# HVG. DONELLI

[redacted], *Auctoris damnati*

Commentarii [redacted], *prohibiti cum [expur]gatione tamen permissi.*

*AD II. III. IV. VI. ET VIII. LIBROS CODICIS Iustinianei, & Lib. Dig. XLV. De Verb. Obligat.*

MAXIMA FERE EX PARTE POSTHVMI, minima viuo patre nati,

*A JACOBO SCHEGKIO, JAC. SCHEGKII NEPOTE, PROfessore Academiæ Tubingensis, Auditore Donelli attentißimo in vsum Iurisprudentiæ studiosorum publicati,*

SVMMARIIS, EPITOMIS, INDICE ATQVE Priuilegio Cæsareo locupletati.

Por comision de los señores Inquisidores lo expurgue en [illegible] a 14 de majo de 1619 [illegible] [illegible] de Salazar

Don Antonio de Cabrera y Lar[illegible]



PRODEVNT FRANCOFVRTI
*E COLLEGIO PALTHENIANO SVMTIBVS Jonæ Rhodij Successoris Petri Fischeri.*

Fray Fran.co de Jesus



# INDEX OMNIVM LIBRORVM ET TITVLORVM CODICIS IVSTINIANEI, quorum enodationes Hugo Donellus comprehendit hoc volumine.



XXIIII. Si

*Tituli Digestorum.*



HVGO-



# HVGONIS DONELLI IVRISCONSVLTI [redacted] NORICI QVONDAM PROFESSORIS,

## Commentarii.

### AD TIT. I. LIB. II. C. DE EDENDO.

SVMMARIA.

1 *Argumentum tituli de edendo & vsus.*

2 *Quarum rerum editio in iudicio postuletur vel ad instructionem petentis, vel ad probationem, & ius de singulis breuiter ex suis locis indicatum.*

1 SVMMA † tituli de edendo hæc est. Actor reo initio actionem edere debet. Ni edat, nulla vocatio est. *l. 1. ff. de eden. auth. offeratur. C. de lit. contest.* De hac potissimum editione agitur hoc titulo & D. & C. vt re ad iudicij primordia necessario pertinente: de quibus primordijs hic agitur. Aliarum rerum editio magis ad probationem petitur, eoque & sequitur fere litem contestatam. Sed tamen, quia & in his sua quædam editio est: occasione ex hoc loco nata, simul & de editione aliarum rerum, quæ in iudicio a litigatoribus inuicem postulantur, eodem siue edicto, siue titulo, siue potius vtroque comprehensum est. Quæ † autem res ab vno
2 ex litigatoribus edi alterius interest, vel ad instructionem petentis, vel ad probationem, de quibus edendis ideo controuersia est, hæ sunt; actio, rationes, instrumenta quæuis alia, acta iudicialia. De harum rerum quatuor editione sic ius est. Quædam sunt ex his, quæ actor petenti reo, & contra reus actori inuicem edere debeat. Ea sunt acta publica iudicialia, *l. 2. ȷ. hic.* item instrumenta priuata quidem, sed vtrique communia, *l procurator. eo.* tum instrumenta priuata simul & alterius propria, sed quibus vsurus sit is, vnde editio petitur. *l. 1. §. edenda. ff. eo.* Quædam contra, quæ pariter neuter alteri cogatur edere. Ea sunt instrumenta alia, quam rationes, quibus quis vsurus non sit. *d. l. 1. §. edenda.* In his tamen diuersa caussa fisci a ceteris. Fisco enim per delatorem agente, omnia instrumenta rei ei edenda sunt, quæ ad caussam delationis pertinent: dummodo de criminali caussa non agatur. *l. 2. §. 1. ff. de iure fis.* Quædam sunt quodammodo intermedia, quæ vni ex litigatoribus edi debeant, non item alteri. In hoc numero sunt actio, & rationes. Actionem solus edere debet actor; quia solus est, qui actionem intendit. *l. 1. ff. eo.* Rationes natura sua & in actorem & in reum pariter cadunt. Sed earum edendarum necessitas aut libertas non est vtrique litigatori communis. Actori imponitur, vt rationes suas petenti reo edat, vnde fides veri constare possit. *l. non est nouum. l. iustum. seq. hic.* Ex contrario reus actori suas edere non cogitur. *l. qui accusare. eo.* nisi ex caussa *l. 1. eo.* vbi caussas exposuimus. Differentiæ ratio redditur *in l. vlt. eo.*

*L. 1.*

Imp. Antoninus Pius A. Æmylio.

*Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras, vt rationes suas aduersaria tua exhibeat: id ex caussa ad iudicis officium pertinere solet. P. P. 4. Calend. Octobr. Sabin. 2. & Seuero cons. 156.*

SVMMARIA.

1 *Quæstio ex facto, & ambigendi caussa.*

2 *Sententia rescripti summatim proposita, & suis partibus comprehensa.*

3 *Reum quoque ex caussa cogi rationes suas edere: & qui in hoc numero, ac quibus de caussis.*

4 *Nec mulieres argentariam exercentes, nec mercatores iis, cum quibus contraxerunt, rationes suas edere necesse habere.*

5 *Reus actori cur rationes suas edere vlla de caussa debeat, & quid prosit actori ea editio.*

6 *Rationes cuiusque in iudicio editas pro aduersario etiam actore fidem facere: & l. nuda. ff. de donat. exposita.*

7 *Caussas exhibendarum rationum, etsi in mulierem non cadunt, tamen huic loco bene cõuenire, quãuis de muliere agatur: eoque & rationes proprie hic pro rationibus, non pro instrumentis aliis accipi debere.*

8 *Rationes suas in proposito reum edere cogi officio iudicis. Id esse non in actione in id quod actoris interest, sed in eo, vt si reus iussus non exhibet, pro conuicto habeatur.*

9 *Rationes suas vt reus actori extra caussas iure proditas edere non cogatur, quam recte constitutum.*

10 *Rationum a muliere rea exhibendarum caussas in proposito nullas esse Antonini, & cur nullæ sint.*

1 PECVNIAM † quis petebat, quam dicebat se apud mulierem, vnde petebatur, deposuisse. Id cum vellet probare, vt probatio ab actore exigitur. *l. actor. ℑ. de probat. l. 2. ff. eod.* dicebat fidem constare posse ex rationibus aduersariæ: itaque vt eas ederet, postulabat. Nec caret in speciem postulatio ratione. Dici enim potest facile ac statim eas exhiberi posse, & quidem sine incommodo mulieris. Quod petenti prosit, rogato non noceat, æquum esse non recusari. *argum. in l. 2. §. quamquam. ff. de aqua pluu. arcend.* præsertim si pertineat ad lites dirimendas: quibus finiendis bonæ leges student. *l. fratris. ℑ. de transact. l. vlti. ff. pro suo.* Id cum facere mulier recusaret, quæsitum est, *an cogenda sit edere, & generaliter, an reus petenti aduersario rationes suas edere cogendus sit?* Consultus
2 † ab actore Imperator respondet eum dispicere debere, quemadmodum, id est, quibus probationibus aliis quam rationibus aduersariæ, probare possit, se pecuniam deposuisse, atque hinc sibi ab illa deberi. Significans ipsum ad eam rem rationibus aduersariæ vti non posse inuita ea; denique aduersam partem vrgendam non esse ad exhibitionem rationum & instrumentorum, per quæ sibi negotium fiat, vt hoc planius explicatur *in l. nimis. ℑ. de testib.* Rationem reddit, quia vt aduersaria rationes suas petenti exhibeat, ex caussa, id est, ex caussa solum, non nisi ex caussa; ad iudicis officium pertinere solet. Innuens in proposito nullam eiusmodi caussam esse, eoque nec cogendam eas exhibere. Vnde recte monuerat actorem initio, vt de aliis probationibus, quam de rationibus aduersariæ cogitaret. Itaque continetur hoc rescriptum argumentatione, quæ si euoluatur, constat his partibus: *Vt reus rationes suas petenti actori exhibeat, in cognitione iudicis positum est, nec nisi ex caussa conceditur. In proposito autem nulla eiusmodi caussa aduersus mulierem interuenit. Non igitur ea actori rationes suas exhibere cogenda est.* Hæ partes dum non percipiuntur, aut non attenduntur vulgo, misere hic locus distortus est. Quæ si isto ordine recte explicantur; & rescripto constabit sua sententia, & locus aliorum opinione obscurus fiet perspicuus. Quare singulas ordine excutiemus. Habet autem propositio tres hasce sententias: *Interdum ex caussa reum edere debere rationes suas actori: & cum hæc caussa est, ad officium iudicis pertinere: & extra has caussas reum nequaquam cogi rationes suas edere.*

3 Sit † igitur prima hæc, cogi reum edere rationes suas, sed ex caussa. Caussæ partim ex persona rei, partim ex persona actoris. Ex persona rei, vt est reorum conditio. Argentariæ mensæ exercitores, id est, argentarii, & nummularii, iubentur edicto edere petenti actori rationes suas ad eum pertinentes. Et hoc quid sit, quamque rationem habeat, exponitur *in l. prætor. l. si quis. §. exigitur. §. rationem. l. quædam. §. nummularios. §. vltim. l. argentarius. ff. eod.* Coguntur & successores argentarii rationes edere. *l. si quis. §. 1. l. quædam. §. nihil. ff. eod.* In eadem caussa sunt omnes, qui res rationesque actoris administrant, vt procurator, tutor, socius. Hoc distant a superioribus, quod procurator domino, tutor pupillo, socius qui societatis res administrauit, socio rationes suas propriis actionibus, superiores ex edicto edere coguntur. *d. l. quædam. in pr. eod.* Ex persona ipsius actoris hæc præstatio inducitur in caussa fisci, cum alicuius bona deferuntur fisco ex iis caussis, ex quibus ea deferri solent, de quibus *in l. 1. ff. de iur. fis.* Nam delatori iubentur edi instrumenta rei ad eam caussam pertinentia; si tamen de re pecuniaria, non de criminali caussa agatur. *l. 3. ff. eo. l. 2. §. 1. ff. de iur. fis.* Atque hæ caussæ rei cogendi ad rationes suas exhibendas. Extra has nulla necessitas est cuiquam eas priuato petenti exhibere. Neque † probo, quod Bartolus & alii tradunt de muliere argentarii munus exercente, & de mercatoribus publicis. Volunt eiusmodi mulierem etsi argentaria non sit, item & mercatores iis cum quibus contraxerunt, rationes suas edere cogendos esse. Mouentur exemplo argentariorum, qui ideo coguntur rationes suas edere petentibus, quia his mandantibus eas tractant, faciuntque hoc modo, vt rationes ad petentes pertineant. *l. si quis. §. ex hoc edicto. ff. eod.* Idem autem faciunt mercatores, & fœmina officium argentarii vsurpans. Sed exemplum non congruit. Non cogerentur quidem argentarii rationes suas edere, nisi ad eum qui petit, rationes pertinerent, nec pertinerent, nisi eo mandante rationes tractassent. Sed non hæc sola caussa est ad cogendum, verum hæc præcipua, quod officium argentariorum caussam publicam haberet: positum in eo, vt dum pecuniam a ciuibus accipiunt, & erogant per partes, diligenter singulorum rationes conficerent: quarum probatio scriptura codicibusque eorum tanquam in munere publico, & publica fide contineretur. *l. prætor. in pr. l. quædam. §. nummularios. l. argentarius. in pr. ff. eod.* Ac nisi quæ sint similes personæ, diserte scriptum est *in d. l. argentarius. in pr. ff. eod.* prætorem non cogere eas edere. Nihil autem tale in fœmina, aut mercatoribus negotiationem exercentibus. In fœminis quidem omnia dissimilia; quæ conditione ipsa personæ ab omnibus officiis ciuilibus & publicis remotæ sunt. *l. fœminæ. ff. de reg. iur.* Ideo & ab officio argentarii, cuius operam publicam, proinde & virilem esse diximus. *l. penult. ff. eod.* Nec si eam operam publice sint professæ, eo magis sint argentariæ, quæ iure prohibentur. & sibi imputent, qui ius ignorantes cum his tanquam cum argentariis contraxerint. Sed nec mercatores in negotiatione sua sunt argentarii. Publico enim munere in eo non funguntur, vt rationes aliis conficiant, quod est proprium argentariorum, *vt modo dixi.* Ac mercatoris munus publicum & virile non esse argumento est, quod mulier mercaturam exercere potest: non enim prohibetur: argentariam non potest, a qua præter alia nominatim remouetur *in d. l. pen. ff. eo.* 4

Quæret † aliquis, quæcunque caussa ex superioribus fuerit, *cur iubeatur reus edere actori rationes suas, quid actori prodesse possit hæc editio?* Nec abs re id quæritur, non tantum actoris caussa, ne frustra id postulet; sed maxime ideo, vt sciri possit, quam recte id fuerit ex vlla caussa constitutum. Nam si actori nihil prodest, malitiose id postulatur, quod non alio spectat, quam vt aduersario sit molestus. Et vero placet malitiis non esse indulgendum. *l. in fundo. ff. de rei vind.* Sed & quod de superuacua cautione scriptum est *in l. hæc stipulatio. §. 1. ff. vt leg. seu fid. no. ca.* idem de superuacua editione licet dicere, perquam iniquum esse superuacua editione reũ onerari. Iam vero quorsum hæc editio? An vt rationibus aduersarii instruatur actor? Atqui frustra petit se his instrui, qui magis scire possit ius suum, quam alius. Quod si ignorat, de se queri debet, & vero contra ius certum id postulat, 5
cum

cum iure denuntietur omnibus, vnumquemque, qui agit, certum esse debere de iure suo, & ante debere rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere. *l. qui in alterius. in fi. ff. de reg. iur.* An ergo, vt actor rationibus aduersarii vtatur ad fidem & reum conuincendum? Nempe hoc restat. Sed hic nos impedit *l. nuda. ff. de don.* qua effici videtur, frustra ad eam rem peti rei rationes, quia hæ aduersus eum fidem non faciant. Sic enim illic scriptum est: *nuda ratio non facit aliquem debitorem.* vt puta, quod donare libero homini volumus, licet referamus in rationes nostras debere nos, tamen nulla donatio intelligitur. Et † res ita habet, vt si iure implorentur rationes aduersarii, hac de caussa implorentur, vt fides veri constare possit. *l. non est nouum. ff. eo.* Sic autem fides pro actore constare poterit, si quod actor intendit, reperiatur scriptum in rationibus rei, & rationes aduersus eum fidem faciant. Quidni vero faciant? fides enim ei contra se haberi debet. *l. de ætate. §. 1. ff. de int. in iur. fac.* & maxime aduersus eum non temere confitentem, sed ita, vt in librum rationum sua manu id referret. Non obstat quod dicitur, nudam rationem non facere aliquem debitorem. Aliud enim est facere debitorem, aliud probare. Ratio dicitur facere debitorem, cum eum, qui scripsit se debere, constat nulla de caussa ante debuisse, sed solum debere ideo, quia in rationes suas retulerit velle se id debere, puta se id donare. quo exemplo vtitur *d. l. nuda. de don.* Vnde & ea ratio nuda dicitur. Nuda ideo, quia sola hæc ratio debitorem facit, aliam autem debendi caussam extrinsecus non habet. Recte dicitur, & ex principiis iuris, quæ sunt de obligatione contrahenda, eiusmodi rationem solam debitorem non facere. Non enim habet contractum, aut quasi contractum. Ex maleficio vero aut quasi maleficio non nasci plusquam manifestum est. Neque porro ex pluribus factorum caussis obligatio nascitur, id est, debitor quisquam constituitur. *§. vlt. Inst. de obl.* Probare autem debitum tunc ratio rei dicitur, cum in rationes relatum est, quid ex aliqua caussa deberi, puta mutui, & fides huius caussæ aduersus debitorem inde petitur. Hanc vero fidem rationes rei, si in iudicio edantur, aduersus ipsum reum præstare possunt, & præstare æquum est. Constet hoc igitur, verum esse, quod hic significatur, caussas esse, propter quas cogatur reus rationes suas exhibere: eas caussas esse, quas supra ostendi: neq; ideo esse repudiandas, quasi actori inutilis sit editio, cum rationes rei exhibitæ aduersus eum fidem faciant: quam ad rem etiam postulantur.

7 Videndum, † an suprascriptæ caussæ solæ, quas diximus, satis huic loco conueniant. Vbi priuata caussa agebatur non fisci: ea cum qua agebatur mulier, quæ neque actoris negotia gesserat; conueniebatur enim ex caussa depositi; & conditione personæ non potuit esse argentaria. Et certe non admodum conuenirent, si de muliere, quæ hic proponitur, diceret Antoninus, *eam rationes suas actori ex caussa exhibere debere.* Nunc autem contra hoc intelligi voluit, eam in proposito exhibere non debere: dum ait, *ex caussa id solere impetrari,* & significat in hac specie facti, *nullam eiusmodi caussam esse aduersus mulierem,* vt postea dicetur pluribus. Sed quoniam generaliter prius hoc statuit, cogi reum quemlibet rationes suas edere ex caussa, neq; aliter intelligi potest, eiusmodi caussam in mulierem, de qua quæritur, non cadere, quã his caussis expositis: faciendum fuit necessario, vt ostenderetur, quænam essent hæ caussæ. Quorum vtrumq; cum apposite dicatur hoc loco in rationibus, non fuit caussa Bartolo & aliis plerisque, cur rationes hic interpretarentur instrumenta contra verbi vsum & significationem, dum vitare volunt, ne si de rationibus, quæ proprie ita vocantur, in persona mulieris ex caussa edendis locũ acceperimus, falsi aliquid, & a persona mulieris alienum dicatur. Quinetiam etsi diceretur aduersaria ista rationes suas interdum exhibere debere ex caussa, vere diceretur, nec mutandum esset verbum rationum. Nam mulier etsi non potest esse argentaria: potest tamen heres esse argentarii. quo casu non minus ex edicto rationes defuncti edere cogitur. *l. quadam. §. nihil. ff. de eden.* Itaq; non incõmode id ipsum cum Accursio fingeremus. Neq; hoc esset diuinare, vt male Bartolus notauit. Contineretur enim his verbis, *Ex caussa;* propterea quod & argentarii heres non minus ex caussa edere dicitur sine diuinatione, quam sine diuinatione diceretur ad hæc verba pertinere argentarium.

Altera † sententia, quæ superiore propositione expressa est, hæc est; *vt ex caussa, quales sunt superiores, reus rationes suas exhibeat, ad officium iudicis pertinere.* 8 Quod hanc significationẽ habet, iudicẽ æstimare debere, an sit iusta aliqua caussa ex his, cur reus rationes suas exhibeat; si caussam esse cognouerit, facere debere, vt reus exhibeat; quod ita fit, si cogat eum ad exhibendum. Quæritur, *quomodo cogat, & omnino quæ sit cogendi ratio officio iudicis in hac re conueniens?* Quæ quæstio nõ temere occurrit. Scio traditũ esse, ex edicto de edendo, quo iubetur argẽtarius rationes suas edere ei, ad quẽ rationes pertinent; si eas petenti nõ edat, actionem petenti esse in id quod sua interest rationes sibi esse editas. *l. si quis. §. ex hoc. l. argentarius. §. vlt. ff. eo.* eaque actio esse dicitur, per cuius metũ cogitur argentarius rationes edere *in l. quadã. in pr. ff. eo.* Sed huic remedio in specie proposita locũ non esse apparet. Non enim agebat actor cum muliere in id quod sua interest, quod rationes suas mulier illi non exhibuisset: sed agebat depositi de pecunia, quam se deposuisse dicebat; quo in iudicio per caussam eius intentionis rationes aduersariæ sibi edi postulabat. Quapropter nec in id quod actoris interest rationes aduersarii fuisse exhibitas, sed de pecunia deposita, nempe in id quod petebatur, condemnationẽ esse oportuit. *l. vlt. §. 1. C. de fid. lib.* Alia etiã ratio in proposito iudici obstat, quo minus, etiãsi velit, & per actionem liceat, possit reũ condemnare in id quod actoris interest rationes ei fuisse editas. Neq; enim ita reum damnabit, nisi prius actor doceat sua interesse rationes exhibitas esse, & quatenus intersit. *§. vlt. Inst. de ver. ob.* Qui autem depositã pecuniã petit ab aliquo, & ad fidẽ intẽtionis suæ postulat sibi exhiberi aduersarii rationes, non potest probare sua interesse rationes eas sibi esse exhibitas, nisi doceat se ob eas nõ exhibitas rem depositã amisisse, quia eius probatio exstaret in rationibus. Id enim quod interest nostra, est id quod nobis abest, quodq; lucrari potuimus. *l. si cõmissa. ff. rem rat. hab.* Porro pecuniam depositã amissam esse docere nõ potest, nisi prius hoc ipsum doceat pecuniã fuisse depositam. Hoc si aliunde probare potest, quã ex rationibus aduersarii, aperte nihil eius interest rationes aduersarii in eã rem edi. Si non potest aliũde, & rationes aduersarii nõ exhibentur, nullo modo potest ꝓbare pecuniam fuisse depositã, eo-

que nec sua interesse, quasi rem depositā ob rationes non exhibitas amiserit. Sic fit, vt nullo modo in hac caussa locu; esse possit isti cōdemnationi ob rationes aduersarii nō exhibitas. Et generaliter probandū est, nunquā actioni in id quod nostra interest locum esse aduersus aliquē ob rationes ab eo nobis non editas, quas edere debebat, nisi prius lis nobis fuerit cū alio de re aliqua, cuius ꝓbatio continebatur illis rationibus; & quia petētibus nobis rationes illæ nō sunt exhibitæ, factum est, vt aut cōdemnaremur psi, aut aduersarius absolueretur, atq; ita rem amitteremus. Sic enim fieri poterit, vt quod eo iudice probare non potuimus, rem scilicet nobis debitam fuisse, aut nos solutione esse liberatos, postea rationes eas nacti, aut aliis instrumentis vel testibus, quorum illo tempore ex aliqua caussa copia non fuit, nunc possimus probare verum fuisse, quod tum intendebamus, ac propterea nos amisisse, cum necessaria probatione rationum deficeremur. Hoc autem in eodem iudicio aduersus eum, a quo edi rationes postulemus, contingere nunquam potest. Idque ita declaratur *in l. argentarius. §. vlt. ff. eo.* Dicendum est, hac postulatione in iudicium incidente hanc esse pœnam in potestate iudicis, cuius metu cogatur reus rationes edere, vt iussus exhibere nisi exhibeat, pro conuicto habeatur. Id quod ita colligimus. Scriptum est *in l. 2. §. 1. ff. de iur. fis.* dubitandum non esse, quin ei qui instrumenta ad caussam pertinentia, quæ exhibere debet, cum posset, non exhibet, nocere debeat, & si verum aliter non inuenitur, ea subtracta esse credātur, quæ nocitura caussæ eius fuerint. At alibi traditur satis pro conuicto haberi eum, qui docetur instrumenta aduersario subtraxisse. *l. si de possessione. in fin. C. de prob.* Quare & is, qui cum possit, & debeat, rationes suas non exhibet, pro conuicto habendus est; quasi scilicet in rationibus eius scriptum esset, quod actor intendit. Quod æquissimum est existimari aduersus eum, qui ex caussa legib. cognita rationes suas exhibere debeat. Cur enim metuit exhibere, nisi quia intelligit rationibus cōtineri, ꝙ actori prosit, sibi noceat?

9 Tertia † sententia superiore propositione non exprimitur; sed ex contrario satis intelligitur. Cum enim dicitur reum cogi rationes suas edere, sed ex caussa; hoc ipso declaratur, si caussa aliqua non sit (vnam autem aliquam ex suprascriptis caussis intelligi volumus) cessare edendi necessitatem. *l. si quis. §. vlt. ff. eo. l. quod dictum. ff. de pact.* Sed cur etiam si superiores caussæ non sint, non cogatur reus priuato actori rationes suas edere? Videtur enim hoc ipso æquum esse, & postulanti actori concedendum, quod postuletur id, vt fides veri possit constare. Nam si reperietur in rationibus reū debere, perquā iniquū sit eum sua cōfessione non teneri. si non reperitur, editio ei non nocet. Immo contra vtraq; hac de caussa actori deneganda est editio. Nam si in rationibus nihil sit, quod illi prosit, non debet ipse id petere, in quo nihil aliud ferat: quam vt sit molestus reo. *l. in fundo. ff. de rei vind.* Sin est aliquid, bis iniquum cogi reum hoc casu rationes edere: primum, quia cogitur suū alteri communicare inuitus; deinde quia aduersus se. Qui rei dominus est, idē debet esse moderator & arbiter rei suæ, nihil vt de ea plus conferat aut commodet alteri quam velit. *l. in re. C. mand.* Hoc ius aperte adimitur ei, si quis inuitus, vbi extrinsecus nulla alia caussa sit, rationes suas aut quidquam aliud suum alteri exhibere cogitur. Quod si nulli mortaliū ius suū detrahendum est, *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur.* quin potius huc omnia præcepta iuris spectant, vt suum cuique tribuatur, aperte iniquum est, & manifestam iniuriam habet, potestatem rationes suas retinendi & sibi habendi cuiquam adimi. Crescit iniuria, si quis etiam aduersus se exhibere cogitur. Bene *in l. nimis. C. de test.* nimis graue est, aiunt Imperatores, postulante actore vrgeri partem aduersam ad exhibitionem eorum, per quæ sibi negotium fiat. In quam sententiam eleganter illud Publii, *Interimitur bis, qui suis armis perit.* At enim si in rationibus scriptum sit reum debere, iniquum sit eum non præstare, quod debeat. Iniquum, si id constaret. Nunc cum id non constet, & probatio huius rei quæratur, non debet iniuria fieri, vt probationem aduersus se, & arma aduersario subministrare cogatur. At etiā actor rationes suas exhibere cogitur petenti reo, *l. non est mirum. j. eo.* Cur minus hoc æquum in reo, quam in actore? dicā ad *l. vlt. j. eo.* vbi differētiæ ratio redditur.

Propositio exposita est, quæ superiores sententias tres continebat, de quibus ordine diximus. Omissa
est † assumtio: sed quæ ex initio huius rescripti, & ra- 10
tione subiecta facile se ostendit: nullam esse videlicet in proposito caussam eiusmodi, propter quam aduersaria rationes suas exhibere debeat. Initio enim dixerat Antoninus, actorem dispicere debere, quibus probationibus aliis vteretur, quam rationibus aduersariæ: significans frustra has peti. Id colligi aliter non potuit, quam si dicatur, esse quidem tempus, cum recte petatur hæc editio; sed ex caussa. hanc autem in proposito non esse. Itaque in ratione hic subiecta inest occupatio tacitæ obiectionis. Diceret enim actor; *reuocor ad alias probationes, quam ad rationes aduersariæ.* Atqui multis in caussis receptum est, vt reus rationes suas edat actori. Occurrit Antoninus, & ostendit id receptum esse, sed ex caussa. quod in specie proposita non accidit. Id autem intelligitur ex iis caussis, quas supra commemorauimus. Nam cum solæ sint, ex quibus superior editio recte postuletur, earum tamen nullam in hac specie incidere apparet. Qui agit, priuatus est, non fiscus. Ea pars cum qua agitur, fœmina: eoque non argentaria. Sed nec cum ea agitur, vt cum herede argentarii. Caussa petendi erat depositum. proinde nec conueniebatur mulier vt procuratrix, tutrix, aut socia, denique vt ea quæ res alienas administraret. Quæ cum constaret in facto esse huiusmodi, non mirum, si Antoninus indicans nullam hic caussam subesse ad petendas aduersariæ rationes, huius rei probationem prætermisit, quam conditio ipsa caussæ subministraret.

Quibus positis recte colligit, mulierem in proposito non esse cogendam rationes suas edere, & simul probat se recte initio monuisse actorem, vt dispiceret, num quas alias haberet probationes pecuniæ depositæ, quam rationes aduersariæ. Quod ideo monet, quia probandi onus est actoris, ac nisi probat, reus absoluitur. *l. actor. j. de prob. l. qui accusare. j. eo.*

L. 2.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Fausto.

*Is, apud quem res agitur, acta publica, tam ciuilia quam criminalia, exhiberi inspicienda ad inuestigandam veritatis fidem iubebit. PP. Non. Iulii, Seuero A & Albino Coss. 195.*

SVMMARIA.

1 *Occasio rescripti, & summa.*

2 Acta

2 *Acta publica quæ, & cur ita dicta.*
3 *Ciuilia acta, & criminalia, quæ, & cur ita dicta.*
4 *Acta publica exhibenda, & cur hæc potius, quam priuata.*
5 *Fisco quæ instrumenta a reo edenda.*
6 *Acta publica quibus desiderantibus exhibenda.*
7 *Acta publica an sæpius petenti exhibenda.*
8 *Acta publica a quo exhibenda.*
9 *Acta publica quo iubente & cogente exhibenda.*
10 *Acta publica exhibere quomodo cogatur, qui exhibere debet, & iussus recusat.*

CAUTUM est edicto de edendo, instrumenta quemque edere debere, quibus vsurus est: quibus autem vsurus non est, edere non cogi. *l.1. §. edenda. ff. eo.* Hoc de instrumentis priuatis & cuiusque propriis dictum accipiendum est. ad communia licet priuata non pertinet: quæ recte petit quisque sibi e-
1 di, cui illa sunt communia. *l. procurator.* ꝫ. *eo.* Ad † publica acta multo minus. Hæc edi iubentur hoc rescripto. & quoniam iubentur edi simpliciter, intelligimus hoc ipso iuberi edi, quod publica sunt; nec referre, vtrum is, a quo editio postulatur, his vsurus sit, necne; siue is sit scriba publicus, siue vnus aliquis ex litigatoribus. Recte. sunt enim hæc quodammodo omnium: vtpote publice in hoc confecta, vt ad fidem & vsum publicum exstarent. vnde & *publica* dicuntur. Locus postulat, vt quæ acta hic nominentur; quid de his exhibendis cautum sit; tum quid ea editio desideret, quando ea hoc loco omissa sunt, cognoscamus. Ac primum de verbo. Agitur hic de actis publicis tam ciuilibus, quam criminalibus, quæ re-
2 scriptum exhiberi iubet. Acta † sunt ea, quæ aguntur: & μετωνυμικῶς dicuntur tabulæ seu instrumenta, in quibus ea acta perscribuntur. vt hoc loco acta publica sunt scripturæ de iis rebus, quæ in iudicio, & apud magistratum aguntur. Quæ absolute etiam dicuntur acta. *l. acta. l. actorum. ff. de re iud.* Publica dicuntur ideo, quia res auctore & teste eo aguntur, perscribunturque, cuius persona & auctoritas publica est; id est, magistratu, & eo qui a magistratu iudicandi potestatem accepit. Vnde & eorum actorum fides atque auctoritas publica habetur: id est, talis, vt non inter litigatores tantum, qui nunc agunt, sed inter omnes personas fidem faciant rem ita gestam esse, vt illis actis continetur, *l. gesta. vlt. C. de re iud. l. in donationi-*
3 *bus. C. de don.* Ciuilia † acta sunt, quæ interponuntur in re pecuniaria. *l. vlt. ff. de fur. iuncta l. vlt. ff. de pri. del.* Criminalia, quæ in caussa criminali. vt ciuilis actio eadem est, quæ pecuniaria, quæ & criminali opponitur. *d. l. vlt. de fur. tit. C. quan. ciui. act. cri. præiu.* Ac de criminalis verbo non ambigitur: quod etymologia satis indicat. At cur ciuile solum, quod pecuniarium? quasi & criminalia iudicia ciuiliter & ex præscripto iuris ciuilis non tractentur. Nata est appellatio ex eo, quod in lite pecuniaria agitur res inter ciues tantum. agit enim ciuis cum ciue, id est, priuatus cum priuato. In criminibus non item. In his enim est quidem qui agat cum ciue; at non ciuis, sed Respublica, de re scilicet ad Remp. pertinente. Agitur enim vindicta criminis, quæ ad Reipublicæ vtilitatem pertinet, *l. locatio. § quod illicite ff. de publica.*

De his exhibendis ita cautum est hoc loco: acta publica tam ciuilia, quam criminalia exhiberi inspicienda ad inuestigandam veritatis fidem iussurum eum, apud quem res agitur. Non abs re dictum hoc est de actis & instrumentis publicis. Nam priuata instrumenta nemo exhibere cogitur, nisi si his in caus-
sa vsurus sit. *d. l. 1. § edenda. eo.* Acta † publica cogitur 4
exhibere is, qui habet exhibendi facultatem. nec vlla conditio hic adiicitur. Nec mirum. de priuatis enim cuique domino priuatim statuendi ius est, vt velit, *l. in re. C. mand.* Publica autem acta, vt ante ostendi, quodammodo sunt omnium: vt non immerito de his idem statui debeat, quod de communibus inter eorum dominos. de quo *in d. l. procurator.* ꝫ. *eo.* Exhiberi autem iubentur non tantum acta ciuilia, sed etiam criminalia: quia ambo pariter sunt publica, ambo ad inuestigandam veritatis fidem ex æquo perti-
nentia. De † criminalibus tamen videri potest aduer- 5
sari, quod cautum est *in l. 2. §. 1 in fi. ff. de iur. fis.* fisco ita edenda esse instrumenta ad caussam eius pertinentia, si de re nummaria non si de capitali caussa agatur. Etiam acta publica quamuis criminalia, instrumentorum appellatione continentur: siquidem & his instruitur caussa, *l. ne caussas. C. de app.* Instrumentum autem dicitur omne, quo caussa instruitur, *l. 1. ff. de fid. inst.* Quod si criminalium actorum editio denegatur fisco; multo magis denegabitur priuato, cuius nullus est fauor, vt fisci. Sed locus superior ostendit, quod de instrumentorum editione illic scriptũ est, de priuatis eius, cum quo agitur, instrumẽtis dictum esse. Iubẽtur enim fisco edi instrumẽta ad caussam fisci pertinentia; sed pro iure priuato fisci, id est, ex priuilegio, de quo sub eo titulo. De iure fisci, agitur. Idq; ex eo magis sciri potest, ꝙ iure communi nemo reus actori instrumenta sua, quibus vsurus nõ sit, exhibere cogitur. *l. qui accusare.* ꝫ. *eo.* Hoc vero priuilegium in instrumentis solum rei priuatis locum habet. Nam alioqui iure communi & priuata, dum communia, cogitur edere, *d. l procurator.* ꝫ. multo magis publica: Et cogitur edere etiam priuato petenti: multo magis fisco. Nihil igitur superior ille locus de actorum publicorum exhibitione, quæ hic statuitur, quidquam immutat. Cur autem fisco, cui iubentur instrumenta rei edi ad caussam pecuniariam pertinentia, non etiam iubeantur edi, quæ ad caussam criminalem pertinent? caussa est in voluntate iubentis, eorũque principum, qui hoc priuilegiũ fisco tribuerunt, quorũ in potestate fuit beneficio suo modum statuere, quem vellent. Quod si quæritur amplius, quid illos mouerit, vt vellent; verisimile est visum eis esse eo vsque progredi in hoc priuilegio; ne nimis acerbe eo oneraretur reus. quod fieret, si etiam in caussa capitis aut famæ cogeretur aduersus se arma subministrare fisco, & iugulũ ipse suũ petere, *arg. in l. nimis. C. de test.*

Sed multa hæc publicorum actorum editio continet; cui petenti, quoties, quis, quo iubente & cogente edere debeat, & quis aduersus recusantem cogendi modus. quibus singulis non cognitis nihilo plus intelligatur de ista exhibendi necessitate, quam si de ea nihil hic scriptum esset. Quod igitur ad locũ intelligendũ necesse sit, de his etiam amplius cogno-
scamus. Quibus † ergo exhiberi iubentur hæc acta? 6
Nõ sane omnibus postulantibus, etsi de eo nihil hic adiectũ est. semper enim hoc tenẽdum est, quod locum habet in omni petitione, nulli concedendã esse editionem, cuius nihil interest. & generaliter nulli indulgendũ id, quo impetrato hoc laturus sit tantũ, vt obsit, aut molestus sit reo, ipse inde nihil commodi consequatur, *l. in fundo. ff. de rei vind.* & supra dixi, vt stipulatione, ita editione superuacua neminem esse onerandum. *l. hæc stipulatio. §. 1 ff. vt in poss. leg.* Solis

igitur conceditur hæc editio, quorum interest acta exhiberi. Interest autem horum: iudicis, qui de re cognouit; litigatorum; interdum & exterorum, quibus sententia præiudicium facit. Iudicis interest, quia cum eum iudicare oporteat, *l. vlt. §. defensores. vers. iudicandi. ff. de mu. & hon.* hoc ille nisi caussa cognita facere non potest. *l. ex stipulatione.* j. *de sen. & int.* nec potest caussam cognoscere nisi ex actis. *l. ne caussas.* j. *de app. l. illicitas. §. veritas. ff. de off. præs.* In hoc numero est non tantum primus iudex, qui cœpit de re cognoscere, & quo auctore acta confecta sunt; sed etiam is, qui mortuo priore iudice in locum eius substitutus est. *l. mortuo. ff. de iud.* item is magistratus, qui caussæ cognitionem permisit suis consiliariis. a quo exigitur, vt saltem sententiam ferat: ac proinde vt omnia, quæ ante acta sunt, audiat & cognoscat. Est item & iudex appellationis, qui bene an male iudicatum sit, statuere non potest, nisi cognitis actis prioris iudicii. Iubentur ergo his acta exhiberi ad eam cognitionem. Ipsi iubere possint pro potestate, an alius adeundus sit, postea dicetur suo ordine. Interest & litigatorũ ea acta ipsis exhiberi, cum instructionis, tum ꝓbationis caussa: quas ad res acta confici traditũ est *in d. l. ne caussas.* j. *de app.* Prosunt actori ad instructionem, vt scire possit, quæ acta sint, & quã recte; vt si omnia recte se habẽt, pergat; si quid omissum est, adiiciat; si quid peccatũ, corrigat. Prosunt & ad eandem rẽ reo, vt sciat, quomodo aduersus ea quæ acta sunt, se tueatur, & si qua in re peccatũ est ab actuario, moneat iudicẽ; petatque, ne patiatur id sibi nocere. Probationẽ vero vtriq; suppeditant in cõmune, si de iis, quæ acta sunt, sit inter eos cõtrouersia. vt, si actor dicat litis contestationem interuenisse, testes tot interrogatos nec reiectos, illa aut illa instrumenta prolata, illa aut illa obiecta, reus neget; proferentur acta, ex quibus fides veri constare poterit, ad quam proinde inuestigandam, vt rescriptum loquitur, recte eorum editio postulabitur. Interest & exterorum illa exhiberi, si quibus sententia in eo iudicio præiudiciũ allatura sit: vt legatariorũ, cum de testamento agitur inter heredem scriptũ & heredem legitimũ: quia cũ testamentum nullum esse pronuntiatum est extra caussam præteritionis aut exheredationis, nihil in eo testamento scriptũ valet. *l. eam quam.* j. *de fid. aut. ex caussa.* j. *de lib. præt. vel exher. l. filio. ff. de ini. rup. test.* vt cognatorũ in caussa status. *l. 2. ff. de agn. lib.* Quamobrẽ & his postulantibus iubebuntur acta edi, si legatarios, aut cognatos esse cõstabit: de quo summatim cognoscet iudex, vt in actione ad exhibendũ. *l. 3. §. sciendum. ff. ad exhib.* Quid, † si iam semel petenti litigatori aut extraneo acta edita sint? Non concedetur editio iterum postulanti, nisi caussa cognita: veluti, si nõ plene exhibita dicantur, aut peregre nunc esse, aut casu esse amissa. *l. si quis. in fi. l. veluti. seq. ff. eo.*

8 A quo † recte postulabitur hæc editio, vt cum postulata erit, exhibere acta cogatur? Ab omnibus videlicet, apud quos ea acta erunt, qui habent exhibendi facultatem, vt fit in actione ad exhibendum, quæ eandem istam exhibitionem persequitur. *l. 3. §. vlt. l. Celsus. §. vlt. ff. ad exh.* Itaque non tantum recte postulabitur hæc editio ab actuario, cuius custodiæ acta commissa sunt, si ea adhuc habet sub custodia sua; sed & a litigatoribus ipsis mutuo, & item ab exteris illis, quos ante diximus; quibus forte prius illa acta edita fuerint, & nondum ab his reddita.

9 Quid, † si ii, a quibus recte petitur, exhibere recusabunt? Nempe cogẽdi sunt iubente eo, qui iubendi ius habet. Quis ergo iubebit? Ait rescriptum, *is apud quẽ res agitur.* His verbis iudicẽ significari constat. *§. 1. Inst. de act.* Sed & illud apparet, non omnẽ contineri, sed eũ apud quẽ res certa agitur, & agitur in præsentia, non autẽ ante actum est. Rem hic accipere debemus, non quamlibet, quasi iubere possit omnis, apud quẽ de re aliqua agitur (iudicẽ enim idoneum quærimus, qui iubẽdi potestatẽ habeat; neq; vero omnis idoneus est iudex, qui iubeat, cum fieri possit, vt qui iubẽdus est, nõ sit eius iurisdictioni subiectus, & extra territoriũ, supraue iurisdictionem suã ius dicenti impune non pareatur. *l. vlt. ff. de iurisd.*) sed rem actorum; seu rem, de qua sunt ea acta, quorũ editio postulatur: vt scilicet rei verbum contrahatur ad id, de quo principaliter hic agitur. Agitur autem de actis iudicii, quæ de re ad id iudicium pertinente conficiuntur. Itaque est hic sensus; iubebit is iudex, apud quem agitur de ea re, cuius illa acta sunt, quæ postulantur. Apud alium iudicem si petuntur exhiberi, non petuntur officio iudicis qui de re cognoscit, sed actione ad exhibendum: de qua actione hoc titulo non agitur. Sed & illud obseruandum est dictum esse, apud quem res agitur in præsens, non autem actum est; vt intelligamus, si finito iudicio actorum editio postuletur apud eum iudicem, apud quem actum est, definitionem ad eum non pertinere. Quod & recte ita temperatum est: primum, quia nec tunc facile concedi solet editio litigatoribus, quo tempore iam eorum nihil interest acta exhiberi: deinde, quia si id quandoq; postea petitur, petitur actione ad exhibẽdum, non officio iudicis. Hic autem, vt modo dixi, agitur de iis editionibus, quæ postulantur præstanturque officio iudicis, *vt declaratur in l. 1.* j. *eo.* Alioqui quę petuntur actione, non ad hunc titulum, sed ad actionem ad exhibendum pertinent. Sed an omnis iudex, apud quem res eorum actorũ propria agitur, iubere potest ea exhiberi? Ne is quidem, nisi sit is, qui & in eum vnde petitur, iurisdictionem potestatemue habeat. Iam enim dixi omnibus supra iurisdictionem suã impune non pareri. *d. l. vlt. ff. de iuris.* Finge acta esse apud alios, quã litigatores, puta apud exteros illos, quibus ante dixi acta exhiberi, quia eorum interest. Ab his peti pendente eodem iudicio, & apud eundem iudicem, vt acta eius iudicii exhibeant. Vere dicetur peti id apud eum, apud quem res agitur. Sed frustra is iubebit exhiberi, atq; adeo iure iubere non potest, si neque ad iurisdictionem neq; ad officium eius pertinebunt, vt qui apud eum iudicem non litigent. Sed etsi in caussa appellationis recte desideret vel iudex eius caussæ, vel vnus ex litigatoribus in ea caussa sibi exhiberi acta prioris iudicii: non erit iudex appellationis idoneus, qui iubeat, si acta erunt apud priorem iudicem, aut apud eius actuarium, non ꝙ iudex appellationis non sit is, apud quẽ agatur res, cuius ea acta propria sunt, quæ petũtur ad exhibitionem: sed quia nec in iudicem priorem iurisdictionẽ habet, nec in eius actuarium. Ad officium certe eius in iudicio appellationis isti non pertinent. Ideo receptum est, vt appellans ipse acta prioris iudici secum adferre debeat. quam ad rem ea sibi dari petet a priore iudice, & iubetur iudex acta cum refutatoriis partium, suisq; literis ad superiorem iudicem dirigere. *l. a proconsulibus.* j. *de app.* Ita restat, vt intelligatur is iudex, apud quem res agitur, postulaturq; actorum eius iudicii editio vel ab actuario ipsius iudicis, vel ab

vno ex litigatoribus, cum quo apud eum iudicem agitur.

10 Sed cum † ab hoc iudice recte iussi erunt acta exhibere aut actuarius eius, aut litigatores ad iurisdictionem officiumue eius pertinetes; quid fiet, si iussi non pareant? Possunt enim non parere contumacia. Dixi cogendos esse. At quomodo cogentur? Nempe ergo hoc superest, vt quoniam cogendi sunt, videamus, quis sit in hac re pro potestate & officio iudicis cogendi modus? Et refert, vtrum recuset exhibere actuarius, an litigatores. Actuario recusante, ipse iudex, cuius de ea re erit iurisdictio, curabit acta pferri, & manu mandatum suum exsequetur, vt fieret in rei vindicatione, cum possessor rem restituere iussus peruicacia non restitueret, *l. qui restituere, ff. de rei vindic.* Sunt enim acta non actuarii, sed iudicis, quæ & iudex iubetur diligenter pro officio conficienda curare. *l. ne caussas. infr. de appel.* Et cum hic vim adhibebit iudex, nihil tamen faciet iniuria; vt qui iure licito id faciat pro iure honoris & muneris, quod sustinet, *l. 3. §. 1. D. quod met. caus.* Poterit & magistratus eum statim ab officio remouere, & alium in eius locum substituere. Nam & is est in officio, seu officialis magistratus; quem proinde dicto audientem magistratui esse oportet in iis, q̃ sunt officii eius, nisi quid iniquum aut turpe magistratus iubeat, *l. omnes iudices. C. de decur. l. 1. §. officium, ỹ. vt omnes iud.* Litigator vero si recusabit, hæc erit cogẽdi ratio pro officio mero iudicis, vt actore quidem recusante reum absoluat; recusante autem reo eũ condemnet: scilicet vt denegãti recusatio ita noceat, quasi acta ab eo essent subtracta. vt fit in caussa fisci aduersus eos, qui quæ fisco instrumenta exhibere iubentur, ea exhibere detrectant. *l. 2. §. 1. D. de iur. fisc.* quæ pœna in eo est, vt qui subtraxit, pro conuicto habeatur, *l. si de possessione. C. de prob.*

*L. 3. Edita.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Fausto.

*Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit æquitas. Data 2. cal. Septembr. Seuero 3. & Antonino cons. 203.*

SVMMARIA.

1 *Edendam actionem reo, & spatium secum deliberandi dandum, quod nunc iure certum est, priusquam adesse iudicio & respondere actori cogatur: & quam recte hoc comparatum.*
2 *Cedere quid sit Vlpiano in illis verbis. l. 1. D. de ed. vtrum cedere, an contendere debeat.*
3 *Edere actionem, quid.*
4 *Editio actionis qualis olim, & nunc.*
5 *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, & hoc quid sit.*
6 *Libellus actionis quid continere debeat in personis litigatorum.*
7 *In re petita.*
8 *In caussa petẽdi, & quæ caussæ vtriusq; actionis tum in personam tum in rem.*
9 *In petitione.*
10 *In nomine actionis: nomina actionibus certa prodita iure ciuili: nomen eodem iure vt certum fuit, ita in edenda actione exprimi debuisse, neq; hoc ius mutatum esse.*
11 *Formulæ actionum sublatæ, & recte: non etiam nomen actionis iure ciuili; aliter iure Pontificio.*
12 *Editam actionẽ emendare & mutare licere: emendare & mutare quid sit.*
13 *Edicti perpetui auctoritas quid moneat in actione emendanda, mutandaue.*
14 *Ius dicentis æquitas quid decernat in hac ipsa emẽdatione vel mutatione.*
15 *Ius dicens magistratus: sed nihilominus & iudicis æquitatem hic intelligi debere.*
16 *Summa eorum, quæ in emendatione & mutatione editæ actionis exigantur.*
*Auctoritas edicti, vel ius dicentis æquitas: vel pro &, hoc loco. ibidem.*
17 *Editam actionem licere mutare vel emendare ante litem contestatam sine controuersia: sed & post litem contestatam.*
18 *Editam actionem post litem contestatam mutare ante Zenonem non licuisse in eodem iudicio, nunc licere: & idem iudicium, quod sit.*
*L. non potest. D. de iud. §. si minus. Inst. de act. explicantur ibidem.*
19 *Auth. qui semel. C. quo. & quand. iud. editæ actionis mutandæ facultatem non aufert.*
20 *Mutare editam actionẽ, & ad aliã trãsire post litem contestatã nõ licere, quin de vetere prius iudicetur, si reus postulet: ante litẽ contestatã omnimodo licere.*
21 *Mutata actione & noua instituta, non continuo veteri renuntiari: & quando renuntietur, aut non renuntietur.*
22 *L. 1. C. de lit. cont. explicatur eius occasio, & coniunctio cum l. edita. C. de ed.*

CAutum † est edicto, vt quã quisque actione vsurus est, eam edat reo, vt proinde is scire possit, vtrum cedere, an contendere debeat, & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conuenitur. *l. 1. D. eod.* Et quoniam frustra editur actio ad istas res, nisi etiã reo spatium sit cognoscendi, & secum deliberãdi, simul hic ei tempus quod satis esset, dari placuit. Iustinianus olim fuisse decem dies scribit: ipse viginti dedit. *Nou. de exh. reis. 53. §. sancimus. auth. offeratur. ỹ. de lit. cont.* Recte vtrumq;. nam si statim cogitur reus venire, & petenti actori respondere ita, vel vt se debere neget, vel vt confessus cedat: eueniet facile, vt aut in mẽdacium, aut in damnum certũ incidat. Potest enim qui vere debet, existimare se nõ debere, vt sic falso neget, atq; ita contendat; qui si maturius cognouisset, non negasset. Potest contra putare se teneri, qui non debeat; vt in hoc errore falso cõfessus cedat aduersario, vbi non debuerit, vtrumq; non sine damno rei familiaris. Cõtendere hic quid sit, notũ est, de eo dictum, qui paratus est litigare, & certare iudicio de eo quod petitur. Cedere † quid sit, ex contrario intelligitur. 2 Nam cũ opponantur cedere & contendere, nõ potest cedere aliud hic significare, quã cedere lite, seu non contendere, sed se dare aduersario atq; vltro cõfiteri paratum se præstare id quod petitur. quod quidem etiã extra ius & statim fieri potest. Itaq; nescio quid quibusdã venerit in mentem, vt hic cedere interpretarentur de cessione specie alienationis, cui constat tantũ locum fuisse in vindicationibus, & dominijs trãsferendis, & ita vt in iure tantũ fieret apud prætorem, cum hic de omni actione agatur etiam in personam, & maxime de his quæ sunt in personam, & præterea liceat restari se nõ contendere etiam extra iudicium, quod hic dicitur cedere.

Hoc iure posito de edẽda actione, hæc incidunt, q̃

deinceps quærantur ad eius editionis cognitionem, quid sit edere actionem, quomodo hęc recte edatur; semel edita actione liceatne hic quidquam mutare & emendare postea, & quatenus, tum quando liceat. Primum, in quo de verbo quæritur, notæ est signifi-
3 cationis. Est † autem edere actionem, indicare actionem qua acturus sis, cognoscendæ actionis potestatem facere. Quod superioribus illis verbis edicti satis significatur, cum editione fieri dicitur, vt cognoscat quisque actionem, qua conuenitur, ac propterea iubetur edi reo, vt actione cognita sciat, vtrum cedere, an contendere debeat, *d.l.1.ff.eod.* Illud quærendum potius, quomodo fiat, vt recte & vt iure oportet, edatur actio, seu quibus rebus constet iusta editio actionis. Quæ cum sit iuris quæstio, itidem vt illa tertia de iure mutandæ & emendandæ editæ actionis, vtriusq; diiudicationem inde petere oportet. Est autem hic locus, ad ius horum vtriusq; iudicandum optima ex parte cõstitutus. Nam cum duas res desideret recta editio, altera pars & ea præcipua hoc loco describitur. Tertiæ aũt illius quæstionis cognitio tota est huius loci, de quib: ordine videamus.

4 Constat † igitur recta editio duabus his rebus, exhibitione actionis, & huius ipsius actionis idonea conceptione. Altera fit, vt videat aut audiat, sensu denique corporis percipiat reus, quid petatur: altera, vt intelligat, quale id sit, quo deinde statuere apud se possit, vtrum cedere, an contendere debeat. Exhiberi & repręsentari sensibus rei sic olim potuit, vt nihil interesset, vtrum actor scripto cõprehenderet, & libellũ daret reo, an vero ei dictaret, aut scripti describendi potestatem faceret. Quinimo & ex albo prætoris ostendi olim poterat, vt diceret actor se illa aut illa actione vsurum; certum locum indicãs videlicet in albo prætoris, vbi illa actio publice proposita edicto exstaret. de quo more scripsi plura *ad l.1.D. si cer. pet* Est aute hæc forma vetus edendæ actionis, tradita *in l.1. in pr. D. hoc tit.* Nunc exhibitio & indicatio actionis talis esse debet ex cõstitutione Iustiniani, vt actor libello actione complectatur, & cum libellum offerat reo, *auth. offeratur. j. de lit. con.* Hinc libelli editio pro editione actionis apud interpretes posteriores & in Decretalibus titulus, *De libelli oblatione.*

Libellus actionem conceptam habere debet, quę conceptio præcipua pars est huius editionis. Ea conceptio cuiusmodi esse debeat, hæc lex ostendit. atque
5 hoc ita declarat. *Edita † actio*, ait, *speciem futuræ litis demonstrat.* Id hanc sententiam habet: tunc actio vere edita intelligitur, cum ita edita & proposita est, vt edita speciem futurę litis demonstret. quod fit actionis institutæ idonea conceptione. fuit quidem propositum Imperatoribus aliud his verbis dicere. est enim hoc rescriptum pars, *l. 1. j. de lit. cont.* vt inscriptio, subscriptio, & sententiæ cohærentia, ac veluti necessaria coniunctio arguunt. In ea autem l. 1. aliud quæsitum fuisse constat, quam quomodo edatur actio. de quo a me in extremo dicetur. Sed tamen hoc ita scriptum est, vt si verum sit, non minus inde illa sententia colligatur, quam dixi. Quam & ipsam voluisse compositores intelligi inde existimare possumus. quod in hunc vsum sub hunc titulum hoc fragmentum relatum est. Speciem futuræ litis hic accipere debemus formam & imaginem futuræ litis id est, id, vnde reus intelligat, quæ & qua de re lis futura sit, vt scilicet hoc cognito sciat, vtrum cedere debeat, an contendere, *vt est in dict. leg. 1. D. eo.* Legitur species actionis, *in d. l. 1. de lit. cont.* sed longe alio sensu. Species actionis est genus actionis certum ac definitum, quo quis se experiri dicit. Species futuræ litis est id, quod futuram litem inspiciendam proponit, quod, vt dixi, positum est in editionis recta conceptione. Bene vero dictũ est, editam actionem demonstrare hoc modo speciem futuræ litis. Actio enim etsi est res incorporalis, quæ vt corpore tangi non potest, sic nec corpore indicari; potest tamen describi ita, vt cõcipiatur animo, ex iis videlicet, quæ eius propria sunt. Quæ cum ita descripta erit, ac deinde edita, haud dubie se ipsam ostẽdet, & vna secum imaginem futuræ litis. Sed etsi non semper actor actionẽ recte edit: non eo tamen minus recte dictum est generaliter, editam actionem demonstrare speciem litis futuræ. Hoc enim ex vsu & sensu communi iuris dictum est, quo verba cum re & effectu accipiuntur, *l. 1. D. quod quis. iur. l. 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vo. est, vi ex.* vt intelligatur hic actio edita, quę recte, non vitiose edita est, quia vitiose edita pro nec edita habẽda sit. vt alias cautum accipitur, quod recte cautum est *l. quoties. D. qui sat. cog.* condemnatus, qui rite condemnatus est, *l. 4. §. condemnatum. D. de re iud.*

Vt sic † edatur actio, vt intelligatur qua de re lis & 6
iudicium futurum sit, &c, vt loquitur rescriptum, vt demonstret speciem futuræ litis, quinque hęc habere debet conceptio, totidem videlicet propria actionis, vt cuiquam iure competat: personas, inter quas agitur; rem quæ petitur; caussam petendi; petitionem; & vna genus, seu nomen actionis. In personis actor dicere debet, quis agat, & a quo petat. Nam sine personis inter quas agitur, nulla est actio, nec quisquam nisi certus certo potest teneri. *§. 1. Instit. de action.* Rem † quoque dici oportet; quia si- 7
militer sine re quæ petatur, nulla actio est. *ibidem*, Rem autem certam dici oportet, alioqui nę res quidem nominetur, quæ non intelligitur. nec potest recte præstari, *l. si in rem. 6. D. de rei vind.* Hactenus tamen certam, quatenus natura cuiusque rei patitur. Nam ex obligationibus faciendi petitur id quod interest, quod est incertum. *l. 1. in pr. D. de act. emt. §. vlt. Insti. de verb. oblig. l. si pœnam. D. eod.* sed hoc eo fit, quia aliter peti nõ potest, quod tale est natura sua. Sed & in ceteris rebus ita certum peti volumus, vt cuiusque iudicii naturæ conuenit, id est ita, non vt singulæ res, & singula corpora, quæ sunt in iure aliquo, semper exprimantur, sed vt res cuique actioni conuenientes, solum appellentur. De quo ex generibus actionum statuendum est. Aliæ sunt actiones de vniuersitate puta hereditate, vt petitio hereditatis. *l. 1. D. de rei vind.* Hic hereditatem dici & peti satis est: non necesse exprimi petitione res singulas. *l. licet. D. de hered. pet.* Quædam sunt generales, quibus non petitur vna res vi sua multas species continens, vt hereditas, sed de plurib. rebus quamuis nec cohærentibus, nec vni nomini subiectis, generaliter tamẽ agitur, vt pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ. *l. pro socio. D. pro soc.* In his petitur res eorum iudiciorum propria; nempe ratio administrationis, & reliqua. *l. 2. D. de neg. gest.* Quædam sunt de rebus singulis, quæ & speciales nominantur. *l. 1. D. de rei vind.* vt rei vindicatio, & ex actionibus in personam, commodati, depositi, ex emto, ex vendito, & similes. In his omnibus quæcunque res est, de qua quis actus est, certam designari oportet. *dict. l. si in rem. 6. de rei vind.*

*rei vind. l. in actione. D. de fur.* Et certe aliter non intelligit reus quid a se petatur, quid debeat, aut non debeat. quod tamen editione consequi debet, *dict. l. 1. D. eo.*

8 Caussam † petendi exigimus: quoniam nulla est actio nisi ex certis & constitutis caussis, §. 1. *Instit. de act.* Fieri autem potest, vt actor eam caussam dicat, ex qua reus debeat, eoque etiam velit cedere: contraq; vt actor eam dicat, ex qua reus non debeat, ac propterea contendendum putet. Actionum duo sunt genera, vnum in rem, alterum in personam, *l. actionum. D. de ob. & act.* Actionis in personam generalis & communis vna caussa est, vt is cum quo agitur, sit nobis obligatus, *d. l. actionum.* Obligationis autem speciales caussæ quatuor a Iustiniano positæ, *tit. Inst. de ob.* contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium: ac proinde totidem caussæ huius actionis *d. §. 1. de act.* Actio in rem duas res desiderat, totidem huius actionis caussas, sine quibus non recte hoc genere agatur. ab actore, vt sit dominus; a reo, vt is rem, de qua agitur, possideat. solus iure ciuili hac actione vtitur dominus. *l. in rem. D. de rei vind. §. namq. Inst. de act.* Et ea nō alius tenetur, quam qui possidet. *d. l. actionum. de ob. & act.* vnde dictum, possessionem parere actionem in rem aduersario. *l. vnic. C. de al. iud. mut. cau. fac.* Has caussas dici debere volumus. Sed est in hac re, quod intersit inter has actiones. In actionibus enim in personam caussam generalē non sufficit dicere: specialem dici oportet. vt puta, nō satis est ita dici; *Peto decem, quia mihi debes*: sed ita concipi oportet, *Aio te decem mihi dare oportere, quæ tibi dedi mutua, & si quæ sunt aliæ similes caussæ, propter quas mihi es obligatus.* Hoc ideo, quia nisi caussam obligationis adiecero, statuere non possis id, sine quo nulla est editio, vtrum scilicet cedere debeas, *an contendere.* Fieri enim potest, vt eam caussam dicam, ob quam debeas: fieri etiā potest, vt eam dicā, ob quam non debeas. In actionibus in rem contra satis dixit actor de iure suo, qui se dominum dixit, id est, qui dixit communem agendi caussam, etiam si nō adiecerit, se dominum esse ex emto, ex donato, aut similib. caussis. Cōtraria nimirum de caussa, quod qui se dominum dixit, id dixit, vnde intelligeret reus vtrum cedere, an contendere deberet. Nam si actor dominus est, vt se esse intendit; quacunque ex caussa erit dominus, semper hoc idem valebit, vt possessor rem debeat petitori restituere, *l. officium. D. de rei vind.*

9 Caussæ † agendi subiici debet petitio. Nulla enim actio est, nisi in petitione alicuius rei, eiusq; rei persecutione: vti nec vllum iudiciū, nisi in quo petatur aliquid, *l. amplius. D. rem rat. hab.* vnde & actiones dictæ petitiones. *l. exstat, D. quod met. caus.* Petitio talis esse debet, vt petatur, quod cuiusq; actionis proprium est. Actionum in rem propria intentio, vt declaretur res de qua agitur, esse petitoris, sic deinde ei restituatur, *l. & ex diuerso. §. 1. l. officium, l. qui restituere. D. de rei vind.* Actionum in personam, vt id petat quisque quod debetur, & eodem modo. §. *huic autem. illic. qua de caussa. Inst. de act.* Ita fiet, vt actio sit negotio & rei propositæ conueniens, quod in omni actione exigitur. *l. 2. J. de for. & imp. act. subl.*

10 Petitioni etiam nomen † actionis adiicere oportuit. Actionum nomina plerarumq; certa esse constat, vt commodati, depositi, mandati, pro socio, ex emto, ex vendito, locati, conducti, & alia infinita. *l. 1. D. de æsti. l. 2. D. de præs. verb.* Hæc non frustra prodita sunt iure ciuili, sed vt qui ageret, actionē suis quāque nominibus appellatam ederet, & quod iubetur quisq; edere actionem qua acturus est, *dict. l. 1. de eden.* in eo hoc ipsum iuberi intelligitur. Id ita esse hæc probāt. Omnē qui in ius vocatus est, recte petere, vt sibi edatur genus actionis, indicat, *l. non videtur in iudicem. D. de iudi.* Pomponius *in l. 2. §. his legibus. D. de orig. iuris,* scribit actiones primum fuisse compositas, & addit, *quas ne populus prout vellet, institueret, certas solemnesq; esse voluerūt.* Solemnes, in solemnib. formulis. vnde actio vulgaris formula appellata, *l. si seruus, 42. D. de fur.* Certas, quia certis appellationibus & nominibus designatæ erant. Vnde vulgares & vsitatæ dictæ, quæ suis nominibus constabant, *l. 1. l. 2. D. de præs. ver.* & quæ certa nomina nō habebant, dicebantur incertæ. *l. rebus. C. de reo. per l. 3. C. de inut. stip.* Ergo hoc dicit Pomponius, veteres voluerunt actiones esse certas, id est, certis nominibus constantes, idque hac gratia, vt his ipsis nominibus designatæ instituerentur, ne populus alioqui institueret, prout vellet. Idem probant *dict. leg. 1. & 2. de præs. verb.* in quibus scriptum est, tunc demum perueniri ad actiones in factum, cum deficiunt vsitata actionum nomina, item cum nomen actionis inuenire non possumus. Quo declaratur sic nomina actionum fuisse, vt quamdiu possent inueniri, tamdiu his esset vtendum, nec prius ad actionem in factum, id est, eam quæ sine nomine factum, & rem gestam demonstraret, confugere liceret. Probant item dubitationes veterum tam multæ, qui in eadem specie facti, de quo facto constet inter omnes, tamen quærunt, vtrū illo titulo & nomine actionis, an illo potius vtendum sit, *l. 1. D. de æstimat. l. qui seruandarum. l. apud Labeonem. §. 1. D. de præs. verb. l. 1. D. si men. fal. mo. dix.* Quæ omnis stulta esset contentio, si contemto actionis nomine sufficeret factum tantum proponere, & ex eo intendere tibi illud aut illud dari oportere. Non est † hoc ius sublatum iis constitutionibus duabus, quæ exstant, *infra, sub tit. de for. & impet. actio. sub.* facessere iubentur, *in l. 1.* iuris formulæ, at nō nomen actionis. formulæ enim non necessariis verbis, aut ad rem pertinentibus, sępe etiam ineptis & nugacibus constabant, quales multæ commemorantur a Cicerone in oratione pro Muræna. Nomen autem rem ipsam exprimit, vt ad actionem certam faciat, qua agatur, quod a reo cognosci magni eius interest. Idque eadem lege satis aperte confirmatur, dum amputari dicūtur nominatim formulæ aucupatione syllabarum insidiantes. Hæc quidem aucupatio non est in verbis apte & cōuenienter rem exprimentibus, cum verba sint ipsę rerū notæ. Quod attinet ad l. 2. hæc tollit necessitatem impetrandæ actionis. at non editionem actionis aptam: quæ olim desiderauit nomen actionis. Ibidem dicitur sufficere, si constet actionem aptam esse, & negotio competentem. Ea demum apta & negotio competens est, quæ suo nomine appellatur, aut verbo idem significante. Denique non dicitur sufficere, si petitio sit apta & negotio conueniens; sed si actio ipsa. quod non potest, nisi de nomine actionis intelligi. Iure Pontificio non exigitur nomē actionis in caussis ecclesiasticis, dum caussa proponatur eiusmodi, ex qua certum sit actionem & petitionem esse. *c. dilecti. ext. de iud.* Quod & vulgo receptum video sententia communi interpretum in caussis ciuilibus, tanquam effectū esset superioribus cōstitutionibus. Neq; hoc 11

iniquum aut reiiciendum esse existimo, si quis de æquo & bono disputet. Dummodo enim constet de iure petitionis, nihil admodum ad rem facit, quo nomine actio appelletur, *§. si quidem in nomine, Institut. de leg.* & recte dictum est, ius ciuile rebus positum esse, non verbis, *l. 2. in fin. C. de leg.* Sed si de iure ciuili Romanorum quæritur, aliud eo iure constitutum esse constat. Quod vel ob hanc caussam maxime tenendum est; quod nisi hoc constituto infinitorum locorum sententia & occasio non intelligetur: innumeræ partes iuris concident.

12 *Quam emendari vel mutari licet.*] Dictum est editam actionem demonstrare speciem litis. Sed an ita est hæc editio, vt ea semel progressa, in ea manendum sit, nec emendationi sit locus? Quod tertio loco quærebamus. Imo & institutam & editam actionem emendare ac mutare licet. Idque est, quod sequitur. Emendare est, priore retenta, ei aliquid adiicere, vel detrahere: veluti, si pro decem mutuis quæ petieram, decem petam, aut pro viginti instituam petere tantum decem. Mutare actionem est, priore omissa instituere nouam. Quod fit vel aliam rem petendo, vel eandem ex alia caussa. Aliam rem, vt, si pro Pamphilo, quem ex testamento mihi deberi intenderam, Stychum petam, quamuis ex testamento. Eamdem rem ex alia caussa; veluti, si eundem Pamphilum insistam petere; sed ex stipulatu, quem prius ex testamento petieram. Horum vtrumque, inquam, licet facere, vt hic traditur, exstantque vtriusque partis exempla; & in his superioris sententiæ confirmatio *in §. si minus, Institutio. de actio.* sed & ius vetus idem fuit ante tempora Zenonis, cuius fit mentio *in d. §. si minus.* Emendare licet in specie *l. in delictis, §. si detracta ff. de noxal. actio.* Mutare *in l. cum fundum, §. vltim. ff. vnde vi.* Quid dubitationis in eo fuerit, ex obiectionibus, quas paulo post subiiciam, intelligetur. Prius quibus conditionibus concedatur hoc loco ista emendatio & mutatio, cognoscendum est. Id enim præcipue pertinet ad diluendas obiectiones.

Aiunt Imperatores, *quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius red-*
13 *dentis decernit æquitas.*] Edictum † perpetuum intelligendum est, qua parte est de edendo. Nam de edita actione hoc rescripto agitur. Edicti de edendo auctoritas quid moneat, scimus ex *l. 1. ff. eod.* nempe vt qua quisque actione acturus est, eam edat. Et ne forte hoc accipiamus de actione, quæ primo instituitur, non autem de petitione noua, quæ in iudicium incidit, subiicitur æquitas, quæ ad omnem petitionem pertinet: nam æquissimũ est, inquit Vlpianus, eum qui acturus est, edere etiã, vt proinde sciat reus, vtrum cedere, an contendere vltra debeat: & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, quã conueniatur. Hæc æquitas, *inquam*, ad omnem petitionem etiam nouam pertinet, pariter enim in omnibus rei interest, nosse quid a se & quamobrem petatur, sine quo illud scire non potest, cedere an contendere debeat. Significatur ergo his verbis, *licere quidem emendare vel mutare actionem semel editam:* sed ita, dum eius, quod nunc aliter petitur, petitio edatur reo, deturque ei tantum spatii, quantum necesse est ad cognoscendum id, cuius caussa comparata est editio, vtrum scilicet & in eo cedere, an contendere debeat: non aliter quam si
14 illi ab initio actio ederetur. Ius † reddentis æquitas hoc exigit, vt emendatio & mutatio, quæ secuta est, sine damno rei contingat. Nemo enim mutare potest consilium suum in alterius iniuriam, *l. nemo potest, ff. de reg. iur.* Estque id ex primis præceptis naturæ, quæ dictant alterum non lædere, neminem alterius conditionem facere posse deteriorem, *l. iustitia, ff. de iustit. & iur. l. soluendo, ff. de neg. gest. l. non debet alteri, ff. de regul. iuris.* Illud autem demum æquum & bonum, quod natura ius est, *l. penultim. ff. de iustit. & iur.* Sic porro mutatio & emendatio actionis sine damno rei contingit, si sarciantur ei damna ab actore, quæ ob temerariam petitionem præcedentem passus est. In quo nihil proprie constituitur aduersus hanc mutationem, sed pœna communis est omnium temere litigantium, de qua hæc iuris constitutio est, eum quem temere aduersarium suum in iudicium vocasse constiterit, viatica litisque sumtus aduersario
reddere oportere, *l. eum quem, ff. de iud.* Ius † reddens 15
idem est, qui & ius dicens: quorum vtroque significatur is, qui iurisdictionem habet, id est, magistratus, aut cui a magistratu mandata est iurisdictio, *l. 2. §. post originem, ff. de origin. iur. l. more, ff. de iurisdict.* Quo verbo non continetur iudex priuatus, seu datus. Hic enim notionem tantum habet, non iurisdictionem, *l. 5. in princip. l. a Diuo, in princip. ff. de re iudicat.* Cur ergo æquitatem ius dicentis dixerunt Imperatores potius, quam iudicis? An quod re semel ad iudicem priuatum delata, non licet apud eum eodem iudicio actionem emendare? Sed vtrunque licere postea ostendemus. An ergo, quia cum apud eum iudicem emendata aut mutata erit actio, impune id fiet, nec poterit per eum pœna temerariæ editionis præcedentis obtineri? Sed generalis constitutio illa est, eum quem temere aduersarium suum in iudicium vocasse constabit, viatica litisque sumtus præstare debere aduersario. Sed & iudici postquam iudex factus est, omnium rerum, quæ in iudicio versantur, officium incumbit, *l. ædiles, §. penul. ff. de ædil. edict.* nec minus iudici eadem æquitas iniungitur, *l. 4. §. vltimo, ff de eo quod cert. loc.* Quid ergo est? Æquitas ius reddentis hæc æquitatem iudicis quamuis priuati non excludit. Non ideo tantum, quod quæ æquitas exigitur ab eo, qui ius reddit, eadem & iudici iniungitur in iis, quæ ad iudicium & officium eius pertinent, vt modo dixi, sed eo potius, quod æquitatem ius reddentis hic intelligere debemus, non eam, quæ proficiscitur a ius reddente; sed eam quæ in ius reddente esse debeat: vt quamuis res agatur apud iudicem priuatum, nihilominus tamen recte dicantur superiora damna sarciri per iudicem, prout ius dicentis decernit æquitas, quia & magistratus æquitas si apud eum
ageretur, idem decerneret. Ita † in summa superiori- 16
bus verbis duo exiguntur ad mutationem seu emendationem editæ actionis; nouæ petitionis editio, & aduersus temerariam petitionem præcedentem rei indemnitas. quisquis erit, apud quem ea mutatio exercebitur siue magistratus, siue iudex, & is quidem priuatus. Vtrunque horum simul reo præstandum inde intelligi potest; quod æquum est vtrumque præstari: ad eam æquitatem hic locus nos reuocat. Et tamen de his hoc loco disiunctim scriptum est, quasi alterum tantum sufficiat, vt fit in disiunctiuis orationibus *l. si quis ita stipulatus, 129. ff. de verborum obligat. §. penul. Instit. de hered. inst.* sic enim verba sunt: *Prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas.* Sed non est nouum in iure vt coniuncta pro disiunctis, sic disiuncta pro coniunctis accipi,

accipi, *vt declaratur in l.1.§.sæpe.ff.de ver.sig.* quod tunc faciendū est, cum sententia loci id postulat. Proinde & hoc loco.

17 Deinceps † quando liceat actionem editam emēdare, & mutare, videamus; vtrum non solum ante, sed & post litem contestatam? Nam ante litem contestatam licere id facere inter omnes conuenit. Merito. siue enim post litem cōtestatam licet, multo magis licet ante, quo tempore nullum adhuc iudicium constitutum est, quod mutationem institutæ actionis impediat, vt fit lite contestata. siue non licet post litem contestatam, vel hoc ipsum maxime argumento est licere ante id facere: quia constat ex hoc loco esse aliquod tempus, cum vtrumque facere liceat. posteriore autem tempore detracto, relinquitur prius, cum necesse sit id licere. Sed an post litem contestatam liceat, magna contentio est; in qua maior pars existimat non licere; quia scilicet ita traditur *in l. non potest. ff. de iud.* non posse videri in iudiciū venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset. ideoque alia interpellatione opus esse. Et de eo loco postea. Nunc doceamus & post litem contestatam licere actionem mutare, multoque magis emendare, non tantum ex constitutionib. posterioribus, sed etiā iure vetere, & eo quod in Pandectas ex iuris auctoribus relatum est. Constitutione quidem Zenonis hoc licere declaratur *in §. si minus. Inst. de act.* Hoc enim significat, quod illic dicitur ea constitutione effectum esse, vt id facere liceat in eodem iudicio. Si in iudicio, vtique post litem contestatam: quia iudicium incipit ex litis contestatione. Hinc illa: *iudicio cœpto*, pro lite contestata. *l.1. C. de iud. iuncta l. lite. ff. de vsur.* Item, rem in iudicium deduci litis contestatione. *l.1. C. de lit. con.* quo significatur, ante litis contestationem nullū esse iudicium, in quod res deducatur. Verum tamen & ante constitutionem superiorem Zenonis valuit ius idem Iurisconsultorum temporibus. Emendatæ post litem contestatam actionis, vbi quid scilicet adiectum est, vel detractum præcedenti actioni, manifestum exemplum est *in d. l. in delictis. §. si detracta. ff. de nox. act.* Mutatæ autem *in l. cum fundum. §. vlt. ff. vnde vi.* vbi rei vindicatione ab aliquo instituta, placet eumdem cognito errore suo, pendente adhuc iudicio de possessione interdicto experiri. Nempe omissa vindicatione prius instituta: quia orta proprietatis & possessionis controuersia, prius possessionis caussam decidi oportet. *l. incerti. C. de int. l. ordinarii. C. de rei vind.* Postremo omni iure id licet, si prohibitum non probatur. *l. nec non. §. quod eius. ff. quibus ex caussis mai. l.1. §.1. ff. de testi.* Quid autē hic adfertur, quo probetur esse prohibitum? In quo quæ obiiciantur, consideremus. Nempe opponitur præcipue *d. l. non potest. ff. de iud.* Non potest videri, inquiunt in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidit. Ideoque alia interpellatione opus est, quæ illius loci diffinitio est. At cum petitur aliquid amplius, aut aliud, aut ex alia caussa, petitio post iudicium acceptum, & litem contestatam accidit. Quare & ad eam rem noua interpellatione opus est. Equidem totam hanc ratiocinationem admitto, neque ideo huic loco quidquam contrarium dicitur. Nā & hoc fatemur sic admitti emēdationem & mutationem istam, vt quod adiicitur, detrahiturve, aut in totum mutatur, id de integro peti debeat, insuper & petitio reo edi, & quidem ita, vt & spatium cognoscendi ei detur. In quo abunde interpellationem illam, cuius meminit definitio confirmamus. Sed hoc voluerunt, qui ista obiectione vtuntur, non licere actionem mutare post litem contestatam, nisi nouo iudicio instituto. Et quid hoc aduersus definitionem huius rescripti, etsi maxime ita esse concesserimus? Dicimus enim licere emendare & mutare actionem. Id non negat, qui dicit licere nouo iudicio instituto: vt non negat is, qui desiderat nouam interpellationem: quam omnes interuenire debere concedunt & ante, & post litem contestatam.

18 Sed † tamen quia & hoc ad potestatem huius mutationis pertinet, quæramus hoc etiam, *an liceat mutare dumtaxat nouo iudicio, an vero & in eodem.* Et probandum est, licere non tantum post litem contestatam, sed & in eodem iudicio. Hoc quidem diserte scriptum est *in d. §. si minus, Inst. de act.* In eodem iudicio non significat solum apud eumdem iudicem, vt Accursius & alii vulgo perperam interpretatur: sed ita apud eumdem iudicem, vt sit etiam idem iudicium, id est, vt non sit necesse nouum institui noua adhibita in ius vocatione, sed sufficiat prius, in quo res tota recte transigetur. Sane quod dicitur id effectum constitutione Zenonis, indicat id antea eodem iudicio non licuisse. Quod & verum est. Nam ante impetrationem actionum sublatam, quod factum est constitutione Anastasii *l. 2. C. de for. & imp. act.* quacunque de re quis iudicio acturus esset, magistratum eo nomine adire oportuit, & actionem, seu formulā iudicii & iudicē ab eo impetrare, si quidem iudicē dare ei videretur. Neque enim hæc necessitas sublata est, nisi quia ante fuerat. Hanc impetrationem sustulit Anastasius, multo ante tempora Zenonis. Sed post eam abrogationem mansit nihilominus necessitas nouo iudicio agendi, id est, aduersarium in ius vocandi ad eumdem magistratum, & experiundi, num is in hac posteriore petitione eūdem, aliumve iudicem daret, an vero ipse cognosceret. Sic enim ius erat, vt extra id quod venisset in iudicium, excedere potestas iudicis non posset. *l. vt fundus. ff. com. diui.* Non venit autem quidquam in iudicium, nisi de quo actio instituta est, cum actio sit ius persequendi iudicio, & viceuersa, hoc ius actio: nec est vlla actio, cuius institutio non debeat proficisci ab in ius vocando. *§. vlt. Inst. de pœn. liti.* Quapropter etiam vsque ad constitutionem superiorem Zenonis nouo iudicio agi oportuit. proinde & superiora illa facere, quæ iudicii institutio exigebat. Secuta est illa constitutio Zenonis, qua effectum est in hac mutatione actionis, vt liceret petitione mutata de ea agere in eodem iudicio, *vt est in d. §. si minus.* id est, apud eumdem iudicem, & eadem instantia: denique ita, vt non esset necesse aduersarium eo nomine vocare in ius, & iudicem nouum constituere. Ne huic quidem constitutioni aduersatur *d. l. non potest. de iud.* si aliam interpellationem, quæ illic exigitur, sic accipiamus, vt verbum significat, nempe petitionem nouam, nihil amplius. Quo quidem verbo non inducitur cum petitione nouum iudicium: cum eadem interpellatio & petitio interuenire possit etiam in eodem iudicio. Et vero ita interpretari conueniens est Iustiniani voluntati, qui omnia quæ sunt in Pandectis sic accipi iubens; quoad licet, ne quid sit in his contrarii, tametsi sint tam variorum auctorum, *l. 2. §. contrarium. C. de vet. iur. enucl.* non dubium est, quin idem & Institutiones suas sic velit accipi, ne quid aut ipsæ Pandectis, aut Pandectæ Institutionib.

contrarii habeant; ne primus in suam ipsius legem videatur commisisse. Aduersaretur fortasse definitio superior ex sententia auctorum. Sed si hac omissa sequimur significationem verborum, & eam, quæ Institutionibus conueniat, id quod Iustinianus voluit, nihil est contrarii. Licet ergo in summa editam actionem emendare & mutare etiam post litem contestatam, non tantum iure nouo, sed etiam vetere; sed olim non nisi nouo iudicio instituto: post constitutionem autem Zenonis etiam in eodem iudicio.

19 Præter † *l. non potest, de iud.* videri potest toti isti emendationi & mutationi editæ actionis in vtrumq; tempus aduersari auth. *qui semel, ꝗ. quo. & quand. iud.* qua cauetur, vt qui actionem instituit, etiam si nihil nisi ediderit actionem, debeat litem ad extremum persequi reo postulante: quod ni faciat, pœna illic constituitur. Contraria sunt, institutam actionem cogi persequi, & ab instituta licere discedere. Quare si quis actionem institutam persequi cogitur, ab instituta discedere non potest: proinde nec institutam emendare aut mutare, cum mutare sit a priore discedentem nouam instituere. Sed Iustiniani constitutio loquitur de iis, qui actionem priorem retinere volentes, tantum cupiunt persecutionem eius, quādiu visum erit, omittere. Non permittitur hæc omissio actionem retinentibus. Quod si quis actionem ipsam priorem omittere velit, ac non persecutionem tantum, de quo nunc agimus; id vero facere concessum est omnibus. Nemo enim inuitus agere cogitur, *ꝗ. vt nemo inuit. ag. vel acc. cog.* Et licet cuique deteriorem conditionem suam facere, alterius meliorem, *l. pactum, ff. de pact. l. soluendo, ff. de neg. gest.* quod facit vnusquisque, qui actioni institutæ renuntiat. Itaque ad istos constitutio Iustiniani non pertinet.

20 Ex hac † re incidit hæc quæstio, vtrum ei, qui a priore actione recedit, vt sequatur nouam, ita liceat a priore discedere inuito reo, vt nec de priore iudicetur, sed statim transeatur ad nouam vetere plane omissa, quasi nec ea actum esset. Quæ sane quæstio non minus ad facultatē istius mutationis, de qua quæritur, pertinet. Puto, si de priore actione lis contestata sit, licere quidem hanc omittere ita, vt ad aliam transeatur sine nouo iudicio; sed hactenus, vt si desideret reus, de priore actione absolui debeat, ne iterum de eadem re cōueniatur. Deducitur enim res in iudicium per litis contestationem, *l. 1. ꝗ. de lit. contest.* De re in iudicium deducta iubetur iudex cognoscere, *l. iudices, ꝗ. de iud.* idem & de cognita iudicare, *l. de qua re, ff. de iudic.* Sic fit, vt qua de re lis contestata est, de ea & iudex iudicare cogatur, si reꝰ postulet. Quod si edita actio emendatur, mutaturue ante litem contestatam, hic ita licet priore omissa ad nouam petitionem transire, vt nec de priore possit iudicari, nedum debeat. Iubetur enim iudex de re iudicare, sed de qua cognouit, *d. l. de qua re.* De re autem non cognoscit ante litem contestatam, quandoquidem de ea solum cognoscere incipit per litis contestationē, *l. 1. ꝗ. de litis contestat.* Neque ea res nocitura est reo: nam qui renuntiauit liti, amplius eam mouere non potest, non magis quam si reus esset absolutus, *l. post-*

21 *quam, infr. de pact.* Sane † non quoties priore actione omissa quis instituit nouam, idem continuo priori renuntiare intelligitur; sed tunc demum, cum posterior petitio ad priorem augendam, aut promouendam nihil pertinet. Quod si pertineat, veteri non renuntiatur, veluti, cum omissa rei vindicatione quam instituerat, experitur quis interdicto de possessione. Quo casu dicitur is non renuntiare proprietati, sed vindicationi, *l. cum fundum, §. vlt. ff. vnde vi.* Merito, cum potius contra ideo progrediatur ad possessionem, vt facilius retineat proprietatem, *§. retinendæ, Instit. de interdict.*

Monendi † tamen sumus fuisse de hac re quandoque dubitatum apud veteres: ex qua dubitatione natum rescriptum, quod exstat *in l. vnic. ꝗ. de lit. contest.* 22
& eius rescripti pars altera, id fragmentum videlicet quod interpretamur, id est, hæc l. *edita*. Quæ mihi caussa erit hoc loco occasionis indicandæ, quæ vtrique parti caussam dederit, & quam ad rem explicandam potissimum sit relata. Postquam ergo hoc ius fuit, vt de re in iudicium deducta iudicem iudicare oporteret, videbatur consequens esse, vt & de actione edita deberet iudicare, quasi & editione actionis res in iudicium deduceretur. Et vero ea dubitatio fuit, de qua consulti sunt Imperatores, cum reddita sunt ab illis hæc rescripta, vel potius redditum id rescriptum, quod deinde diuisum est in hæc fragmenta. Id ex responso intelligetur, quod ad diluendam superiorem obiectionem totum comparatum est. Non negant, quin de re in iudicium deducta oportuerit iudicari postulante reo: sed negant edita actione rem videri in iudicium deductam. Res, aiunt, in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Hic subsistebatur: diceret enim quis: At deducitur res in iudicium litis contestatione, ergo & actionis editione. Occurrunt ergo continenter huic tacitæ obiectioni, & significant male hæc comparari. Inter litem enim contestatam, inquiunt, & editam actionem permultum interest: lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii caussam audire cœperit. Hactenus *l. 1. de lit. contestat.* Sequebatur, vt redderetur alterum membrum distinctionis propositæ: quod & factum est: sed fragmentum relatum in hunc locum, in hæc verba: *Edita autem actio speciem futuræ litis demonstrat.* Quo intelligi volunt Imperatores, litis contestationem præsentem litem continere: editam autem actionem, indicare tantum futuram litem, præsentem non habere. Ex quo inferunt id, de quo quærebatur, editam actionem, quæ nihil amplius sit, quam edita, & necdum in iudicium deducta sit per litis contestationem, licere emendare, vel mutare (intellige omnimodo, id est, sine vllo iudicio vetere vel nouo) dum mutetur prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit æquitas. Hic vere vtriusque rescripti scopus & mens fuit: quorum responsum plusquam manifestum est ad superiorem quæstionem, & ad dubitationem remouendam referri. Ac prope est, vt de actione ante litem contestatam mutanda videantur tantum sensisse Imperatores. Verumtamen si de altero tempore quæratur, dixi ex iure non incerto, quid sequi debeamus, & quam id conueniat verbis huius loci, si quis ea, vt hic proposita sunt, accipiat. Quod ex reliquo iure faciendum est.

*L. Qui accusare*, 4.

Imperator Antoninus A. Epaphrodito.

*Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque iuris, neque æquitatis ratio permittat, vt alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat.*

*beat. Actore enim non probante, qui conuenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit. PP. 5. Id. Mart. duobus Aspris Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Summa sententia rescripti, & nu. 2.*
2 *Instrumenta quædam reum actori exhibere cogi: sua propria, quibus vsurus non sit, non cogi.*
3 *Iuris & æquitatis ratio cum dicitur, quid ius hic ab æquitate differat.*
4 *Actore non probante reum absolui debere, quamuis nihil præstiterit: quæ in eo iuris & æquitatis ratio.*
5 *Actore non probante reũ obtinere quamuis nihil præstiterit, quid sit. perpetuum id ius esse non tantum in ciuilibus, sed & in criminalibus caussis omnib.*
6 *Agit & qui accusat, & accusatio est actio.*
7 *L. vlt. C. de abol. explicatur.*
8 *Accusatore non probante non posse iudicem ex persona sua inducere nouos testes, aut noua instrumenta, sed cogi reum absoluere.*
9 *Sine accusatore posse aliquando iudicem in reum alicuius criminis in iudicio compertum statuere.*
10 *Actore non probante interdum committi rem eius iureiurando, & quibus in caussis.*

1 PEtebat accusator, vt reus exhiberet instrumenta sua, quod diceret, ex his de fide veri constare posse. Recusante reo, quæritur an sit cogendus. Consultus Antoninus respondet in summa cogendum non esse: explicatius autem & de æquitate respondet, eos nimirum qui accusare volunt probationes habere debere, nõ ab aduersario petere. vt enim cogatur aduersarius sua instrumenta inspicienda petenti dare, neque iuris neque æquitatis rationem permittere. idque ex eo intelligi, quod ita ius sit æquissime constitutum, actore non probante eum qui conuenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinere.

Ait, *qui accusare volunt, probationes habere debent.*] Nempe si volunt vincere. neq; enim alia hic necessitas intelligenda est, quam quę indicatur in extremo, vt si quis actor non probat, reus absoluatur.

2 Ait, † *alienorum instrumentorũ inspiciendorum potestas fieri nõ debet.*] Intellige inuito & recusante reo, a quo hæc exhibitio petitur. Nam volenti, vt vult, licet de re sua statuere, & decernere de iure suo. *l. in re. ꝟ. mand. l. pen. ꝟ. de pact.* Est igitur hæc sententia, neminem qui conuenitur, sua instrumenta quæ actori aliena sunt, postulanti actori exhibere cogi: & vt nunc loquitur, inspiciendi ea potestatem facere. hoc enim idem valet. *l. 2. D. ad exhi.* sententia vt nunc proponitur, & in quo actore proponitur, vera & perpetua. Cogitur interdum reus instrumenta, quæ apud se habet, actori edere: sed communia cum actore. *l. procurator. ꝟ. aut si* sunt acta publica, quæ non tam sunt rei, quam omnium, *l. 2. ꝟ.* Sed & sua propria, si his vsurus sit. *l. 1. §. vlt. D. eo.* de quo nonnihil amplius postea ad *l. vlt. ꝟ. num. penult.* Nonnunquam etsi vsurus non sit, sed in caussa fisci, cum is qui fisco bona defert, petit exhiberi instrumenta ad eam caussam pertinentia, nec de criminali caussa agitur, *l. 3. D. eod. l. 2. §. 1. D. de iur. fis.* Ceterum sua propria, seu quæ actori in totũ aliena sunt, vt hic rescriptum loquitur, nemo reus si his vsurus non sit priuato actori postulanti edere cogitur. Ac de his instrumentis, deque eo tum actore tum reo definitio huius loci concepta est. Instrumenta vt dixi, plane aliena hic nominantur. De fisco, quasi huius nomine agatur, nulla mentio. Reus autem hic proponitur, qui adeo instrumentis ad probandum vti nolebat, vt actore non probante vellet absolui, quamuis nihil ipse præstaret, quam ad rem refertur postrema huius rescripti ratio. Videamus tamen, ne in his caussis, quæ sequuntur, dicatur heres de legatis conuentus instrumenta hereditaria exhibere debere desiderantibus legatariis, quamuis nullo modo cogitet aut instituat istis instrumentis vti. Nam in hoc legato, *Quanta pecunia ex hereditate Titii ad me peruenerit, tantam pecuniam heres meus dato:* responsum est, tantam pecuniam peti posse, quantam acceptam in tabulis suis retulit testator: vt proinde ad petitionem legati necesse sit tabulas testatoris edi. *l. qui concubinam §. cum ita. D. de leg. 3.* Item in hoc legato, *Titio Seiana prædia sicuti comparata sunt, do lego,* placet inspiciendas esse literas & rationes testatoris, & ex his vidẽdum, quid appellatione Seianorum prædiorum contineatur. *l. prædiis, §. Titio. D. de leg. 3.* Et fatendum est ista peti ab herede reo, & eo quẽ appareat his instrumentis vti nolle. Sed obseruandum hic peti instrumenta, quæ voluntate testatoris facta sunt ad eã rem cum legatariis communia. Voluit enim testator ea edi ad legatum cognoscendum, eaque hactenus ad legatarios quoque pertinere. Cum enim quid legatum est, etiam illa concessa intelligũtur, sine quibus ad legatum perueniri non potest. *l. 1. §. 1. D. de vsufr. pet.* Aut si quis ipsa instrumenta non ideo cõmunia esse contendet: at saltem communem eorum vsum factum esse iure legati fateatur, necesse est. Nunc de iis instrumentis rei loquimur, quæ nullo alio iure implorantur ab actore, quam quod dicatur fides veri ex his constare posse. Quo nomine nemo reus instrumenta vlla sua propria postulãti priuato actori edere cogitur.

Ait, *cum id neque iuris, neque æquitatis ratio permittat.*] Ius † ab æquitate hic distinguitur, & id quidẽ ius non summum & strictum, cuius nullam rationem habendam esse cõstat. *l. placuit. ꝟ. de iud.* sed ius quod vere ius sit, vt quod hic seruandum esse proponatur. *Sic & in l. vlt. infr. & alibi sæpe.* Quod cum sit, verbo iuris ab hominibus constitutum accipitur. verbo æquitatis id quod semper æquum & bonum est, id est, ius naturale. tale enim hoc ius esse dicitur *in l. pen. D. de iust. & iur.* Non sane quod cum hæc verba accipiuntur generaliter, ius non sit æquum, aut æquitas non sit ius, cum & ius in vniuersum definiatur ars æqui & boni, *l. 1. D. de iust. & iur.* & æquum aperte dicatur ius naturale. *dict. leg. penult. de iust. & iur.* sed quia cum hęc separantur, contrahitur significatio ad species iuris inter se distinctas; more iuris admodum vsitato, quo idem verbum modo generaliter modo specialiter accipitur pro instituto loquentis; *l. 1. D. de adopt. l. iurisconsultus. §. 1. D. de grad. l. pecunia. §. actionis. D. de verb. sign.* Atque in hac distinctione iuris & æquitatis ea est significatio, quam dixi; estque hæc sententia, constitutum id esse, quod intelligi volumus; nec constitutum tantum, sed & per se natura esse æquum, etsi nulla lege aut constitutione sancitum esset; in proposito autem vtrumque efficere, ne quis instrumenta sua aduersario exhibere cogatur. Cuius sententiæ rationem subiicit. 3

4 *Actore enim † non probante, qui conuenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit.*] Habes ius de actore nõ probante constitutum. Cui consequens est reum non debere actori exhibere instrumẽta sua, si nolit. Nam

si hoc cogitur, euenire potest, vt condemnetur ex his instrumentis, quamuis actor aliunde nihil probauerit. Et vt forte nihil illi instrumenta noceant; eueniet tamen hoc saltem, vt aliquid facere debeat, priusquam absoluatur. quorum vtrumque iuri illi scripto aduersatur. Æquitas autem huius iuris manifesta est. Nihil enim æquius, quam neminem condemnari, nisi conuictum, & qui conuictus non est, absolui. *l. negantes. C. de obl. & act.* Neque enim possessionis commodum, quod quis ante obtinet, inuito cuiquam auferri debet, repugnante lege & præceptis naturæ, quæ vetant alterum lædere, ius suum cuiquam auferre. *l. iustitia. D. de iusti. & iur. l. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Quod si conuincendus est reus, ab actore conuincendus est, nec quidquam indignius, quam cogi reum suppeditare actori ad eam rem instrumenta. Primum reus dominus est instrumentorum. Æquum est permitti domino de re sua statuere, vt vult, proinde vt exhibeat, si velit, aut si velit, apud se retineat. *l. in re mandata. infr. man.* Tum autem quando hæc exhibitio aduersus reum ipsum postulatur, nihil est iniquius, quā cogi quemquam aduersus se subministrare tela aduersario, atque ita quodammodo in sese sæuire. *l. nimis. Cod. de probation.*

Dixi, quam recte hæc ratio aptaretur prioribus. De definitione ipsa, qualis per se sit, quidue contineat, breuiter consideremus. Est autem † hæc sententia, si actor non probet, quod intendit, is qui cōuenitur, id est, reus, *l. 3. D. de iur.* quamuis nihil ipse ad probationem iuris & possessionis suæ adferat, tamen obtinebit, id est, absoluetur sententia iudicis, *vt recte Accursius.* Nam cum iubeatur iudex, de qua re cognouit, de ea & iudicare, *l. de qua re. D. de iud.* in iudicando autem aut cōdemnare debeat, aut absoluere. *l. 1. D. de re iudic.* fit, vt si actore non probante reum condemnare non debet, vt non debet, *dict. leg. negantes, C. de ob. & actio.* necesse habeat absoluere. Idque est, quod reus iudicio obtinere contendit. in quo inest illud, quod dicitur commodum possessionis, quod quale sit, ex hac sententia apparet. *§. retinendæ, illic, commodum. Instit. de inter.* Absoluitur ergo reus actore non probante. Ius certum in pecuniariis & ciuilibus caussis. *l. vltim. infr. de rei vind. d. §. retinendæ. ver. commodum.* etsi non est perpetuum per omnia, *vt postea dicetur.* nec quia actor forte probare nō potest, ideo reum necessitate probandi contrarium, aut pro se aliquid afferendi adstringit. *l. actor. infr. de probat. l. nimis. infr. de testi.* Etiamne id valet in criminalibus accusatore non probante? Omnino, quinimmo de accusatore potissimum hæc ratio accipienda est. Adhibita est enim ad præcedentia confirmanda. Propositio autem fuit de iis, qui accusare volunt. Neque † verbum actoris, quo hæc definitio vtitur, refragatur. Verbum enim refertur pariter ad vtrumque, tum actorem, qui pecuniariter agit, ac proprie ita dicitur, tum ad accusatorem. Nam & qui accusat, dicitur agere criminaliter. *l. vltim. D. de fur. iuncta l. vltim. D. de priu. del.* vnde & accusatio dicta actio criminalis, ac ciuili actioni opponitur. *infr. tit. quan. ciui. act. cri. præ.* Et vero hæc sententia in criminalibus caussis perpetua est; vt in quibus iubeantur probationes luce meridiana esse clariores, *l. vlt. ). de prob.*

5

6

7 Sunt, † qui putent atrocia illa crimina excipi, maiestatis, peculatus, & similia, *in l. vltim. inf. ). de abol.* quia illic dicitur, iudicem in his non tantum vrgere debere accusatorem ad crimina probanda, quæ intendit, sed etiam reum ad purganda, quæ negat. Sed quo grauiora crimina hæc sunt, eo prouidendum est diligentius, ne in his facile reus damnetur. Bene enim præcipitur, vbi maius periculum intenditur, ibi magis laboranti reo esse consulendum. *l. 1. §. sed & si quis. D. de Carb. ed.* Et semper obuersari animo debet egregia illa sententia, satius esse nocentem absolui, quam innocentem damnari. *l. absentem, D. de pœnis.* Nam quod dicitur in superioribus istis debere iudicem vrgere reum ad purganda ea, quæ negat, de eo reo dictum est, aduersus quem pleraque probantur, quæ moueant delicti suspicionem. quæ recte iubetur ipse expedire, si potest, vt ex responsis eius veritas inuestigari possit. Et tamen meminisse oportet, si nihil probatur amplius, nec conuincitur reus aliter, manere debere sententiam huius loci, vt non debeat reus damnari, quamuis nihil adferat ad negationis probationem. quam exigere plus quam iniquum est, cum per rerum naturam factū negantis nulla sit probatio. *l. actor. ). de prob.* Rata est igitur hæc sententia in criminibus maxime, actore non probante, idque idonee, reum absolui. Cui † coniequēs esse recte Bartolus putauit, accusatore nō probante non posse iudicem ex persona sua inducere nouos testes, aut noua instrumenta, quibus reus cōuincatur, sed hoc vnum ei superesse, vt reum absoluat. Nam si licet ei per se inquirere in crimen, & testes in id inducere, sæpe eueniet, vt accusatore non probante reus condemnetur, non absoluatur, iudice suas ipsius probationes sequēte. Quam sententiam probo: ne idem incipiat pars esse, & iudex. quod periculose constituitur, & perniciosum est exemplo iudicibus permitti. Potest † quidem iudex interdum & sine accusatore in aliquem statuere. vt de marito responsum est, qui cum vxorem ream fecisset adulterii, repelleretur que ab vxore tanquam eius lenocinio factum esset, placuit iudicem in eum statuere ob lenocinium posse, *l. 2. §. si publico. D. ad leg. Iul. de adul.* Sed hoc tum fit, cum maritus in eodem iudicio detectus est lenocinium admisisse, non iudice probationes inducente, sed vxore, quæ lenocinium obiiciebat, *vt ibidem significatur.* Nec mutat superiorem sententiam, quod placuit iudicem posse & debere de reorum innocentia quærere, eoque & in eam probationes admittere, *l. si non defendantur. D. de pœn.* Non enim eadem ratio est liberationis, quæ condemnationis, defensionis, quæ oppugnationis, constatque nos ad liberandum debere esse proniores. *l. Arrianus. D. de obl. & actio.* Vnde & in alienorum negotiorū administratione receptum est, cum nemo alieno nomine iudicio agere possit, sine domini mandato, *l. naturalis. §. vlt. in pr. D. de præs. ver.* ad alium tamen defendendum etiam sine mandato omnes admitti, idque publice interesse existimatur. *l. seruum, §. publice. D. de procu.* 8 9

In ciuilibus † & pecuniariis caussis nō item superior definitio est perpetua. Interdum in his cōmittitur res iuriurando actoris, vt quanti esse iurauerit, in tantam pecuniam reus condemnetur. Quod cum fit, perspicuum est, quamuis actor non probet, reum condemnari, non absolui. Id autem receptum est tribus in caussis, quæ totidem sunt eius definitionis exceptiones, quas nunc sufficiet tantum indicasse, propterea quod de his scripsi diligentius ad titulum 10

*D. de in*

D. de in litem iurando. Prima ergo caussa est, cum quis deiectus est de possessione fundi aut ædium, queriturque bona quædam sua, quæ tum illic erant, sibi per eam caussam amissa esse. Hic enim de deiectione probari satis est. qua probata, si controuersia sit, quantum illic habuerit, & quanti sit, creditur affirmanti, dum iuret ita esse. *l. si quando. infr. vnde vi.* Secunda, cum res debita periit post moram debitoris. hic enim æstimatio permittitur iuriiurando actoris. *l. in actionibus. in fi. D. de in lit. iur.* Tertia est in iis actionibus in quibus iuratur in litē ob contumaciam aut dolum non restituentis, vel non exhibentis, *l. 1. l. 2. l. tutor. l. in actionibus. D. eo.* Quartam exceptionem vulgo magno consensu statuūt, cum actor probauit, vt loquuntur, semiplene: quia legitur in *l. 3. infra, de reb. cred.* litem iureiurando decidi solere in inopia probationum aut vt alibi in dubiis caussis, *l. admonendi. D. de iurei.* Inopiam autem istam & dubias caussas interpretantur, cum semiplena probatio est, non cum omnino nulla. Sed tota hæc sententia a me refutata est pluribus ad titulum, *de iureiurando*, & probatum, si a iureiurando in litem discesserimus, actore non probante ita reum absolui, vt nihil referat, nihilne omnino probet actor, an probet non plene; quia imperfecta probatio non est probatio, vt nec testamentum quod est imperfectum, *leg. si is qui. l. ex ea. D. qui test. fac. poss.* item quia quæ plena probatio non est, non est iusta & legitima probatio. quod autem non rite & iure fit, pro infecto est, *l. quoties. D. qui satisdare cogantur.* nec quis dixerit semiplenam istam probationem per se quidem probationem non esse, & ideo solam non admitti; sed iureiurando actoris accedente plenam & istam probationem fieri, atque hoc modo probationem ab eo impleri; vt proinde iam reus absolui non debeat. Nunquam enim actoris testimonium probationem habet aut in totum, aut in partem: sed si quis in re sua testificatur, siue vnus is sit, siue plures, in totum a testimonio reiicitur. *l. nullus. D. de testi. l. omnibus, j. de testi.* Porro iusiurandum actori deferre est eum in re sua testem facere. Quare nunquam id iusiurandum inuito aduersario pro testimonio & probatione valere potest, siue de probatione per se & in totum faciēda quæritur, siue de alia præcedente implenda. Quod si verum est, semper ex definitione huius loci illud fateri necesse erit, etiam in semiplena ista probatione, reum absoluendum, quia hæc sola etiam aduersariorum confessione per se non sit probatio, effectum sit autem iusiurandum inuito reo ad eam implendam accedere non posse. Re quidem ab vtraque parte probata, quod fit in dubiis caussis, vti nos hic dubias interpretamur, potest istud iusiurandum a iudice adhiberi, sed confirmandæ magis probationis, & augendæ caussa: ad fidem implendam, quæ prius legitime facta non est, adhiberi nō potest. Quid verbis opus est? de vno teste, quem isti pro semiplena probatione habent, ita cautum *l. iurisiurandi, C. de testi.* vt lex vetet nominatim, ne vnius omnino testis testimonium a iudice non solum admittatur, sed etiam audiatur. Non dicit lex, *ne vnius solum audiatur*, sed *ne vnius audiatur omnino*: vt hoc *omnino*, quæ particula est aduerbium, non possit referri nisi ad verbum sibi adiūctum, cuius sententiam augeat, aut explanet. Vetat ergo lex vnum testem audiri omnino, id est, omni modo. Ergo vno teste producto vetat iusiurandum actori deferri a iudice, vt reus condemnetur; quia isto saltem modo audiretur, & admitteretur vnus testis. lex autem vetat audiri vllo modo. Cetera ad hanc caussam pertinentia ex commentario nostro *De iureiurando* petentur.

*L. 5. Non est nouum.*

Imperator Alexand. A. Valentinianæ.

*Non est nouum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, vt fides veri constare possit. PP. 7. Id. Mart. Maxim. 2. & Æliano cons. 224.*

SVMMARIA.

1 *Rationes suas actorem reo petenti edere debere, & his fidem aduersus auctorem haberi.*
2 *L. nuda. D. de donat. amplius exposita.*
3 *Rationes suas cur actor reo edere cogatur, multa quæ obstant, diluta.*
4 *Rationes esse instrumenta, sed non contineri instrumentorum verbo in edicto de edendo, & cur.*
5 *Rationes suas cur edere cogatur actor reo, quamuis his vti nolit: instrumenta sua alia non cogatur, nisi his sit vsurus.*
6 *Rationes suas non exhibentis actoris pœna.*

IN edendis rationibus alia caussa habita est rei, alia actoris. Reus † actori rationes suas edere necesse 1
non habet, nisi ex caussa, *l. 1. j.* actor suas postulanti reo edere cogitur, vt hic cautum est, & *l. iustum, seq.* Quam recte hæc ita dissimiliter, traditur *in l. vlt. infr.* Cuius autem rei caussa imploretur hæc a reo editio rationum actoris? vt fides veri constare possit, ait rescriptum. Cuius veri? Non vtique debiti probandi caussa. Primum quia non est hoc reo propositum, vt probetur debere, qui se debere negat, & in eam rem quærit probationes. deinde quia rationes creditoris pro creditore non faciunt, cum sint illi instrumentum priuatum, & domesticum, cui fides non habetur. *l. instrumenta, l. rationes. l. exemplo. j. de prob.* Cuius ergo veri? soluti. Petuntur enim rationes actoris a reo, vt ex his constare possit, quantum sub nomine debitoris solutū sit, *vt est in l. iustum. seq.* Nam & hoc in rationes referri solet, quæ vtramq; paginam cōtinent, accepti & expensi. *l. si quis. §. ratione, D. de eden.* Id quod si relatum reperietur; huius rei fides constabit, vt hic loquitur Alex. id est, rationibus fides habebitur aduersus eum qui scripsit, & reus absoluetur, *l. illata, j. de fid. inst.* Ita rationes pro creditore fidē non faciūt: aduersus eum pro debitore faciūt. fides enim cuiq; confitenti aduersus se habetur. *l. generaliter. j. de non num. pec. l. de ætate. §. 1. D. de int. in iur. fac.* Quid est igitur, † quod dicitur, nudam rationem non facere aliquem debitorem, seu non constituere obliga- 2
tionem? *l. nuda. D. de don.* Vere hoc dicitur, nec minus ad solutionem referendum est, vt siue quis scripserit *in rationibus se decem debere Titio*, siue scripserit *se ab eo decem soluta accepisse*, recte dicturi simus, neque illic ista ratione constitui obligationem; neque hic solutionem: seu neque illic fieri debitorem eum qui scripsit, neque hic induci solutionē eius, de quo scriptum est. Sed nihil id aduersus hunc locum. Nam vt ante ostendi ad *l. 1. eod. tit.* & dicendum est amplius, aliud est facere seu constituere obligationem vel solutionem, aliud vere debiti aut soluti adferre probationem. Non constituunt nudæ rationes obligationem vel solutionem: quia tunc id facere dicuntur rationes, & tunc nudæ esse ad eam rem, cum is scribit se debere, quem constat sine scriptura ratio-

num nihil ante debuisse, scribit sibi solutũ esse, quod constat non fuisse ante solutum. Vtrumque verissime dicitur, neque eum quem constat nihil debuisse, ideo se facere debitorem, quia in rationibus scripserit se debere, & ostenderit se id velle: neque eum cui constat non esse solutum, ideo debitori adferre solutionem, quia scripserit in rationibus sibi ab eo solutum fuisse. Certæ sunt enim debendi caussæ iure constitutæ, in quibus non est hæc scriptura. Et solutio naturaliter peragitur pecuniæ numeratione, *l. solutam, D. de sol.* cuius veritatis substantiã falsa adfirmatio mutare non potuit. *l. cum falsa. ꝫ. de iur. & fact. ign.* At si dicatur obligatio iustis ex caussis præcessisse, aut præcessisse naturalis solutio, & probatio quæratur, de quo nunc agitur, hic rationes creditoris fidem rei gestæ facient non pro eo, sed aduersus eum pro debitore. Recte ergo ad eam rem implorantur a reo rationes actoris eiusdemque creditoris.

3 Sed † videamus, quæcunque vtilitas rei esse possit in hac editione, ne non ideo recte constituatur actorem cogi rationes suas edere aduersario. In quo nonnulla, quæ aduersari videntur, breuiter diluemus. Ac primum cur reus actori non cogitur edere rationes suas, actor autem reo rationes quæ nihilominus sunt eius, edere cogatur? Et differentiæ ratio redditur *in leg. vltim. infr.* vbi dicetur. Quid illud, an non aperte videtur refragari, quod scriptum est *in leg. nimis. infr. de test.* nimis graue esse vrgeri partem aduersam ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat? quid enim interest, petat quis ab aduersario, vt exhibeat testes aduersus se, an rationes? Plurimum vero interest. Non enim actor quisquam habet seruos, vt his testibus vtatur, præsertim aduersus se. Rationes autem conficit vnusquisque, non solum vt contineat expensa, sed etiam vt soluta & accepta, eaq; vt prosint non tantum scribenti ad memoriam, sed etiam reo ad eius liberationem, *d. l. si quis. §. rationem. D. de ed.* Quamquam & illud dissimile est, *in d. l. nimis, ꝫ. de testi.* quod actores a reo postulabant eam exhibitionem. sic enim subiicitur; *vnde intelligitis, quod intentionis vestræ proprias adferre debetis probationes, non ab aduersariis aduersus se adduci.* Si de actore id postulante agitur, admittendum est in totum ei omnem editionẽ denegari, quam a reo desideret, siue petat alia instrumenta rei sibi exhiberi, siue eius rationes. Quod non recte transfertur ad reum, si rationes actorum sibi edi postulet. id enim illi concessum est, vt hoc loco, *& l. vlt. infr.* vbi & ratio redditur. Iam & illud expendendum est, iuberi hic actorem exhibere rationes suas, quamuis his vsurus nõ sit. Nam nec de eo hic quidquam adiicitur, & quominus his pro se vtatur, etiam vltro ratio eius prohibet, cum sint scribenti instrumentum domesticum, *l. instrumentum, l. rationes, C. de probatio.* An non iam igitur contrarium est, quod traditur *in l. 1. §. edenda, D. eod.* neminem ne actorem quidem cogi edere instrumenta, quibus vsurus non est? Nam

4 si rationibus † instruitur caussa, vt hic ad eam instruendam rationes implorari videmus, rationes sunt instrumenta. Instrumenti enim verbo omnia significantur, quibus caussa instrui potest, *l. 1. D. de fid. inst.* & omnino ita appellantur, *in leg. vltim. infra eod.* Dicendum est, etsi alias generaliter instrumentorum verbo rationes cuiusque continentur, vt quibus vtatur ad se instruendum, & alios: tamen in superiori sententia non contineri. Concepta est enim sententia non simpliciter de instrumentis, sed iis instrumentis, quibus actor vsurus non est. In quo apparet agi de iis, quibus actor vti possit, si velit, ad eam rem instruendam, ad quam probandam parata sunt; sed tamen in hac causa, de qua agitur, his vsurus non sit, vel quia causa non ferat, vel quia nolit. At rationes proprie nulli sunt instrumenta, quibus vtatur ad caussam per se instruendam, seu ad fidem pro se faciendam. Nulli enim ad eam rem prosunt, vt dixi. Ideo in edicto de edendo separatim de instrumentis & de rationibus cautum esse animaduertere possumus. *l. 1. §. editiones, vsque ad fin. & l. 4. D. eod.* Sed esto, dicet aliquis, superioribus verbis non comprehendantur rationes. At certe res ipsa repugnantiam in se habere videtur. Cur enim † non cogitur actor 5
instrumentorum suorum cognoscendorum potestatem facere, si his vsurus non sit: rationum autem facere iubetur, quamuis nec vtatur, neque adeo vti possit: cum pariter omnia petantur caussæ instruendæ caussa, & vt possit fides veri constare? Differentiæ ratio est, quam & paulo ante attigi, quod rationes natura sua ita conficiuntur, vt scribantur nõ tantum pro creditore, sed etiam pro debitore. Continent enim, vt dixi, duas paginas: vnam expensi, alteram accepti, vnam dati, alteram soluti, neque aliter sunt rationes, *d. l. si quis. §. rationem, D. eo.* Id cum constet, recte in hoc petuntur, vt fides veri pro reo inde sumatur, quam certum est illis contineri. Cetera instrumenta pro eo solum confici solent, qui ea sibi habet, non pro aduersario. Et vt forte quid contineant, quod faciat pro reo, non tamẽ id ita esse certum est: quia non ita semper, nõ ita natura sua confici solent, vbi priuatim conficiuntur.

Rationes † actor iubetur exhibere, & iubetur a 6
iudice, idque iudicis officium est. *l. 1. ꝫ.* Iussus si non exhibet, hæc pœna est, quã dixi ad *l. 1. ꝫ.* vt pro conuicto habeatur, quasi eas rationes reo subtraxisset. *argum. l. 2. §. 1. D. de iur. fis. iuncta l. si de possessione, ꝫ. de probat.*

*L. 6. Iustum.*

Imperator Alexand. A. Vranio.

*Iustum est desiderium eius, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, vt rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutũ sit. PP. 16. Calend. Dec. Maximo. 2. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Etiam Fiscum si agit rationes suas desideranti reo edere cogi & his aduersus se stare.*

2 *L. in fraudem. §. neque. D. de iur. fisc. exposita.*

Non † priuatus tantum actor rationes suas petenti reo edere cogendus est, de quo supra *in l. non est. proxima*: sed etiam fiscus rationes publicas, vt sciri possit, quantum debitor soluerit. *l. illata. ꝫ. de fid instr.* Nam & hoc in rationes referri solet, *dict. l. si quis. §. rationem. D. eo.* Sic fisci caussa est, vt in contractibus suis, & præstationibus priuatorum iure vtatur, *leg. 3. infr. de resc. ven.* sed tum maxime, cum quid ab eo postulatur iure, & quod sine dolo recusari non potest, qualis est rationum fiscalium editio, cum ipse agit, & debitor eas sibi exhiberi desiderat, *l. vltim. infr. eod.* 1

Non † est contrarium, quod scriptum est *in l. in fraudem. §. neque. D. de iur. fis.* neque instrumenta, neque acta a quoquã aduersus fiscum edi oportere. 2

Vt enim

Vt enim quis dederit rationes fiscales vere esse instrumenta caussæ: apparet tamen superius illud ita dictum esse, vt non debeant ista edi a quoquam alio aduersus fiscum. Ceterum fiscus ipse aduersus se rationes exhibere cogitur, si agat, & reus imploret rationes publicas.

*L. 7. Procurator.*

Imperator Alexander A. Valent.

*Procurator priuatæ rationis, instrumentorum, quæ communia tibi esse, cum fisco dicis, describendorum facultatem secundum morem fieri iubebit. Et si quando res exegerit, ad fidem petitionis tuæ apud alium iudicem probandum aliquod eorum proferri: desiderante eo, qui conuenitur, vt id fiat, præcipiet. PP. 10. Calend. Mart. Fusco & Dextr. Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Instrumēta communia recte petere quemuis socium a socio etiam fisco sibi exhiberi.*
2 *Instrumenta tribus modis fieri communia.*
3 *Instrumenta exhibere solum cogendum, apud quem sunt: & communia apud quem deponi & asseruari debeant.*
4 *Instrumenta cum fisco communia recte a fisco exhiberi petere actorem, non tantum qui agit aduersus fiscum, sed etiam aduersus extraneum.*
5 *Fiscus instrumenta communia si detrectet socio exhibere, quæ sit eius cogendi via, siue socio cum fisco lis sit, siue cum extraneo, vsque ad finem.*
6 *Procurator priuatæ rationis, & Rationalis, quis.*

1 REus instrumenta sua, † eademque aduersario aliena, quæ apud se habet, actori exhibere inspicienda non cogitur, *l. qui accusare, supra eo.* Recte *sua.* aliter, si sint actori cum reo communia. Hæc vnusquisque recte petit sibi a socio exhiberi, eoque non tantum priuato, sed etiā fisco, si forte apud eum sint, vt hic rescriptum est. Merito. qui enim de communibus ita agit, nō petit alienā sibi edi, sed sua: cum id, quod nobis cum alio commune est, nostrum sit. *l. pupillus, §. vlt. D. de verb. sign.* est enim nostrū pro parte.
2 Communia † mihi cum alio fiunt tribus modis: Primo, si fundū, exempli gratia, ego & ille emamus in commune, & instrumentum emtionis sit confectum in commune. *l. 2. D. com. diu.* Altero, si is qui fundum solus emerat, & instrumentum eius emtionis acceperat, decesserit pluribus relictis heredibus, inter quos & ego fuerim. *l. si quæ. 5. D. fam. erc.* nam heres in dominium & ius defuncti succedit pro portionibus hereditariis. *l. heres in omne. D. de acq. her. l. heredes. §. an ea. D. fa. erc. l. 2. j. de her. act.* Tertio, si dominus eius instrumenti & fundum & instrumentum pluribus, inter quos & mihi, legauerit, sic enim & plures domini efficimur vtriusq; rei. *d. l. 2. D. com. diu.* Finge hæc eadem mihi cū fisco contigisse. fient & hic instrumenta mihi cum fisco cōmunia, ac de
3 his edendis cum illo recte agam. Nempe ita, † si apud eum sint. frustra enim petitur editio ab eo, qui quod exhibeat, apud se non habet. Hic tamen simpliciter scriptum est id recte desiderari a fisco, & fiscum secundum morem edere iubendum. Recte vtrumq;. Instrumenta enim cum fisco cōmunia apud fiscum esse solent, neq; id casu, sed iure ita ordinante. Communia enim cum sint indiuisa, eoque apud singulos dominos in solidum esse nō possint, *l. 5. §. vlt. D. com.* res cogit ea apud vnū deponi: ea tamen lege, vt quoties vsus erit, & sociis desiderantibus cognoscenda & describenda exhibeat, cum ad eos non minus pertineant. *d. l. si quæ. fa. er.* Cum autem dubitatur, apud quem deponi debeant, si forte inter dominos non conueniat, placuit hanc legem seruari, vt in quo plus dignitatis est, aliis pferatur; puto senior iuniori, amplioris honoris inferiori, mas fœminæ, ingenuus libertino. *l. vlt. D. de fid. insti.* Quam prærogatiuam & dignitatis & certioris custodiæ cum in fisco esse constet, sequitur, vt ex hac lege instrumenta cū illo communia, vt apud eum secundū morem deponi solent, ita & eorum describendorum facultatem secundum morem facere debeat, vt hic scriptum est.

At † quando recte peto a fisco, vt instrumenta cōmunia mihi exhibeat? Nō sane tantum cum ille mecum agit, ego sum reus, vt alias in implorandis rationib. aduersarii plus tribuitur reo, quam actori, *l. vlt. j. eod.* sed & cum vltro ago aduersus fiscum de ea re, de qua instrumentum apud eum est, aut etiam cum ago cū alio extraneo, aduersus quē mihi opus sit eius instrumenti ꝓbatione. Posterius licere diserte hic cautum est. Ex quo intelligitur licere & prius multo magis. Nam si in ea caussa recte peto, quæ ad fiscum non pertinet; multo æquius est idem mihi præstari in ea caussa, quę mihi cū illo intercedit. finge hoc modo. Fundum mihi cum fisco in commune emtum vindicabam pro parte a tertio quodam, qui eum fundum possidebat. Ad fidem eius emtionis faciendam necessarium mihi erat commune instrumentū emtionis, quod erat apud fiscum. Placet hoc loco etiā hoc casu vltro agere me posse cū fisco, vt in eam caussam mihi instrumentum edat. Quāto magis licebit idem ab eo desiderare, si mihi lis sit cum ipso fisco, vbi oporteat dolum malum ab eo abesse? veluti, si istum ipsum fundum emtum cum illo in commune vindicem ab eo pro parte, & illo negante mihi tantū emtum, quantum petebam, desiderem instrumentum eius emtionis mihi ab eo edi. Ergo vtroq; casū actor ego a fisco reo recte peto, vt instrumēta mihi secum communia exhibeat: & generaliter quoties eius instrumenti fidem in mea caussa qualicunque, & cum quouis instituta res exigit. Neque obstant ea rescripta, quæ vetant, ne actor ad fundandam probandamve petitionē suam instrumenta rei desideret sibi exhiberi. *l. qui accusare. s. l. vlt. j. eo.* De instrumentis enim rei propriis hoc dictum est. Cōmunia, vt initio dixi, si quis petit, sua petit, non aliena. petit enim vt sua. pro qua parte sunt eius. 4

Deinceps † videndū, in hac omni petitione, si fiscus recuset instrumentum mihi edere, vt volo, per quem id consequar, qua via, quatenus, & quomodo consequar. Et si quidem iudicium iam institutum sit cum fisco de alia re, in quod iudicium incidit, vt illa editio a me postuletur, ita vt supra proposui: de eo quidem nihil hic dicitur: sed ratio rei transigendæ in eo expedita est. Ipse enim idem iudex, apud quem de alia re agitur (is autē est procurator Cæsaris, seu priuatæ rationis, de quo mox.) ꝓ officio iubebit fiscum instrumentum ita exhibere, vt fides veri ex eo possit constare. sic enim solet transigi hæc postulatio, cum in iudicium de alia re susceptum incidit. *l. 1. l. non est. l. iustum. s. eo. l. 1. j. de ord. iud.* Quod si iussus fiscus non exhibeat, hæc erit pœna, vt pro conuicto habeatur, *vt dixi ad d. l. 1. s. eo. arg. l. 2. §. 1. D. de iur. fis. & l. si de possessione. j. de prob.* Sin erit mihi lis cū alio, in qua caussa cum egerem ad probationem instrumento cōmuni, 5

fiscus neget se exhibere, aut tergiuersetur, obscurior hic ratio est, per quem iudicem consequar, vt exhibeat, & si actione ad id petẽdum opus est, qua actione, tum quatenus recte petã exhiberi, postremo quæ sit cogendi fisci ratio, qua quod volo, consequar. Et de iudice hic scriptum est. Procurator priuatæ rationis, ait rescriptum, vt id fiat, præcipiet. Procurator
6 priuatæ † rationis est is, qui alibi vno verbo dicitur, *Rationalis*. Nã fisci hic caussa est, cum in hac petitione conueniatur fiscus. Ad fiscum pertinentes caussæ ad iurisdictionem *Rationalis*, pertinere dicuntur, *l. ad fiscum. j. vbi caus. fis.* Est autem Rationalis, qui & procurator Cæsaris, vt indicat titulus. *D. de off. proc. Cæs. & Rat. l. 1. & 2. iuncta l. ad fis. j. vbi caus. fis.* Rationalis dictus, quia est ꝓcurator priuatæ rationis, vt hic describitur. vbi priuata ratio demonstrat rationem Cæsaris. subauditur enim nostræ, vt sit procurator priuatæ rationis nostræ. Alexander autem idemq; Imperator & Cæsar loquitur. Idque ita subintelligendum inde licet certius intelligere, quod interdũ exprimitur verbum nostræ. & pro eodem dicitur procurator domus nostræ, *vt l. cum aliquid. j. vbi caus. fis.* Itaque quod *in d. l. cum aliquid.* legitur, *præsente rationali*, vel *procuratore domus nostræ*, hic particula, vel, ἐπεξηγητικῶς accipienda est, vt sit sententia, præsente rationali, vel si malumus, aut, vel quod idem est, aut seu procuratore domus nostræ, idque ex *l. 1. & d. l. ad fiscum, eo. tit.* Erit ergo procurator Cæsaris, & Rationalis is, apud quem hæc editio petetur, & qui instrumentum commune edi iubebit, quia & fisci & caussarum fiscalium iudex est.

Ergo hic alius Iudex, quam is apud quem mihi iudicium de re principali constitutum est cum extraneo. Cum enim id iudicium neq; sit mihi cum fisco, neq; de re ad fiscum pertinente, non potuit in eo iudex esse procurator priuatæ rationis. Hinc ambigendi caussa, cum nõ possit in proposito transigi hæc petitio officio iudicis. q de re principali cognoscit quo iure quave via apud procuratorem priuatæ rationis eumdemq; nouum in hac re iudicem hæc editio a fisco desideretur. Neq; enim satis est eum iudicẽ proponi, qui sit idoneus aduersus fiscum iudex, nisi sit & mihi ius apud eum aduersus fiscum consistendi. Porro cum Rationalis non sit de alia re a me aditus, sed principaliter nunc apud eum de exhibendo instrumẽto agatur, omnino aliquã mihi eo nomine actionem esse oportet aduersus fiscũ. qua id ab eo petam, *l. exstat. D. quod met cau. §. 1. Inst. de actio.* Quæ ergo mihi actio in eam rem aduersus fiscum? Erit vindicatio, aut ad exhibendum actio. Vindicare possum instrumentum pro parte. vt & pro parte meũ est. *l. quæ de tota. D. de rei vind.* Propter actionem autẽ in rem quæ mihi competit, etiam possum ad exhibendũ agere. *l. 3. §. est autem. D. ad exhi.* Sed actio ad exhibendum ad eam editionem, quæ nunc petitur, parũ proficit. cum velim instrumentum mihi exhiberi non vt possim notare instrumentum, & ita id certo vindicare, qui finis esse solet ad exhibendum actionis, sed vt sit apud me, quo possim eo vti in alio iudicio, quod cum extraneo institui.

Restat videamus, quatenus hac actione cogi debeat fiscus instrumẽtum exhibere, & quomodo cogatur. Ac cogendi quidem ratio ex genere actionis sua sponte intelligitur. Actionis enim in rem exitus hic est, vt res petita restituatur. nisi restituatur, vt damnetur is cum quo agitur, quanti ea res erit actoris iureiurando æstimata. *l. officium. l. qui restituere. D. de rei vind.* Sed nõ eadem hic restitutio, quæ in ceteris caussis. In illis enim sic petitur res restitui, vt restituta maneat apud eum, cui restituitur. In hac specie restitutio ad editionem & exhibitionem instrumenti tãtum pertinet. Quamobrem & hanc solam consequor hoc iudicio, & hactenus solũ progreditur iussus procuratoris Cæsaris. quod & significatur hoc rescripto. Hoc enim est, quod dicitur, procuratorem priuatæ rationis iussurum, vt instrumentorum mihi cum fisco communium describendorũ facultas fiat, & si res exigat aliquid eorum proferri ad fidem petitionis meæ apud eumdem iudicem præbendam, desiderante eo qui conuenitur, etiam vt id fiat, præceptum. Sensus est: fiscus iubebitur hactenus exhibere instrumẽtum commune, vt sit describendi copia. Quo exemplo, si extraneus ille tertius, cum quo apud alium iudicem agebam, sit cõtentus, nihil amplius petam a fisco. Quod si idem ille qui a me conuenitur exemplo non cõtentus ipsum authenticum desideret sibi proferri, etiam ipsum authenticũ exhibere fiscus iubebitur, & quidem ita, vt mihi eo vti liceat in eo iudicio quantum necesse est ad fidem aduersus eum extraneum faciendam. Cur ergo non iubetur aperte fiscus instrumentum ipsum mihi restituere, vt exitus actionis in rem postulare videbatur? quia instrumentum nõ est solum meum, sed & fisci, vt nõ magis mihi reddi debeat, quam fisco. Quinimmo iam dixi eam conditionem esse instrumẽtorum cum fisco cõmunium, vt quoniam apud vnum tantum esse possunt, hic vnus sit fiscus, in cuius custodia instrumenta esse debeant. *d. l. vlt. de fid. instr.* solum videndum est, vt ita sint apud fiscum, vt his quoque mihi vti liceat, prout res exegerit, ad fidẽ his faciendam. Rursum cur nõ sufficit exemplum instrumenti sed ipsum quoque authenticum mihi proferendum est? quia exemplũ nihil valet ad fidem, si is qui conuenitur, fidem ei adhibere nolit, vt sequitur in auth. *si quis in aliquo*, quæ sequitur, quæ ideo ad hanc rem explicandam subiecta est.

Auth. ex Nouella 119. c. 3.

*Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti: nulla ex hac memoria fiat exactio, nisi aliud documentũ, cuius memoria in secundo facta est proferatur, aut alia secũdum leges quantitatis debitæ probatio exhibeatur: quia & quantitas, cuius memoria facta est, pro veritate debeatur. Hoc enim & in veteribus legibus inuenitur.*

SVMMARIA.

2 *Ex indice & exemplo alicuius scripturæ neminem conueniendum. sed ex authentico. hoc quid sit, & ratio exposita.*
*Index, exemplum, quid: & cur dicantur calumniosæ scripturæ. ibidem.*
2 *Exemplo fidem non habendam aduersus aliquem quamuis eum qui descripserit, aut describendum mandarit.*
3 *Exemplum instrumenti actorumue etsi descriptum sit a notario scribaue publico mandatu debitoris, nihilomagis debitori nocere, nisi debitor ibidem fateatur se id pro authentico habere.*
4 *L. in fraudem. §. neque. D. de iur. fisci, explicatur.*
5 *Exemplum descriptum ab argentario aut notario nec aduersus eos fidem facere.*
6 *Exempla publicata pro authenticis fidem facere, si authentica*

*authentica casu perierint, & quomodo exemplum publicetur.*

CVM de exemplo, & authentico ipso ad fidem rei gestæ exhibendo supra mentio facta esset proximo rescripto, bene & apposite, vt ante monui, hoc fragmentum subiectum est, quod earum rerum vim
1 & fidem explicaret. Ius † est, & id vetus, non nunc primum a Iustiniano constitutum, quicunque ab aliquo conuenitur, non ex indice & exemplo alicuius scripturæ, sed ex authentico conueniendum esse, etiamsi a fisco conueniatur. Sic Pauli definitio est *in l.2. ff. de fid. inst.* Index est scriptura, quæ alterius scripturæ summam complectitur, & breuiter indicat. Exemplum, scriptura quæ totidem verbis atque alia scripta est; transcripta tamen ab alia. Hoc ergo dicitur, si quid ex alia scriptura descriptum sit, siue summatim, siue totidem verbis, nihil valere transsumtum ad fidem faciendam de eo, quod authentico continetur, si is qui conuenitur, repudiet; sed ad authenticum, id est, id vnde summa aut exemplum ducitur, recurrendum esse. Ratio reddita a Paulo ibidem; calumniosam scripturam vim in iudicio obtinere non conuenire. Bene exemplum, & quodcunque ex alia scriptura describitur, calumniosam scripturam vocat Paulus. Est enim scriptura fallax multis nominibus, eoque ad calumniam struendam, & reum in fraudem inducendum idonea: tum quod repræsentare non potest vitia, si quæ sint in authentico, & propter quæ authenticum vt vitiosum reiici potest: tum quod non semper fideliter exprimit, & refert quæ sunt in authentico. Quod multis de caussis potest accidere. Alias enim qui describit, non recte legit authenticum. interdum quædam mutat, quædam omittit vel dolo, vel incuria, vel etiam nimia festinatione. Certum autem, & minime fallax esse oportet id, vnde in iudicio fides petitur. non enim incerta probantur ex incertis. Quod si exemplum non est eiusmodi, recte colligitur eam scripturam vim, id est, fidem in iudicio obtinere non debere. Idem ius & hoc fragmento confirmatur.

2 Res † dubitationem non habet, si exemplum neque a debitore descriptum sit, neque eius mandatu. Sic enim res inter alios acta est, quæ propterea alteri nocere non debet. *tit. ĵ. res int. ali. act.* Quid si descripsit ipse debitor, aut alius quidem, sed voluntate debitoris, & creditori forte traditum est illius instruendi caussa, quo deinde & ipse aduersus debitorem vtitur? Differit Bartolus pro authentico id habendum esse, & fidem facere aduersus debitorem. Ego puto etiam id ad definitionem superiorem pertinere, nec fidem facere. Nam & definitio generalis est, & manet hic quoque idem metus; quoniam & hæc scriptura fallax est, eoque & calumniosa. Generaliter autem verum & tenendum est, calumniosam scripturam in iudicio obtinere non debere. Quinimo si propius attendere volemus, reperiemus, quod dicitur exemplis non credi, hoc solum casu proprie dici, cum exemplum a debitore, aut voluntate eius transsumtum est. Etenim cum scriptum est ab alio sine voluntate debitoris, non valet id quidem; non tamen ideo, quia exemplum est, sed quia res acta est inter alios. Nam etsi authenticum eodem modo scriptum esset, debitorem non teneret. *l. cum precibus. ĵ. de prob.* Vt ergo dicatur hic aliquid proprium exempli, necesse est intelligi id fidem non facere hoc ipso, quod exemplum est, etiamsi maxime in eo concurrant ea, propter quæ instrumentum authenticum valeret; puta, quia scriptum a debitore, vel eius mandatu.

Quare † nec si a tabulario, aut scriba publico exemplum instrumenti, actorumue datum erit creditori etiam voluntate debitoris, id exemplum aduersus debitorem fidem faciet. Nisi forte debitor ipse ibidem fateatur se id pro authentico habere, & ita creditori datum voluisse. tunc enim debitorem confessioni suæ stare oportet. *l. generaliter. ĵ. de non numerata pecun.* Verum hoc ideo, non quia exemplum sit a debitore confirmatum: sed quia sit authentica debitoris confessio. Et tamen fortasse æquius faciet iudex, si hoc casu debitorem audiet desiderantem authenticum consuli, si facile haberi possit eius copia. Potuit enim & scriba, & notarius, & post eos etiam debitor decipi. Ceterum vbi nulla eiusmodi debitoris confessio, & voluntas est, ratum esse debet, nec si a debitore, aut voluntate eius descriptum sit instrumentum, & datum creditori, exemplo fidem haberi: cum propter metum erroris, quem hic subesse diximus, quem etiam sæpe attentissimis in transcribendo oriri constat: tum etiam quod nisi definitio constituitur in huiusmodi exemplis, nihil dicitur proprium exempli, sed id, quod æque ad omnem scripturam etiam primam pertineat. Negat tamen, vt dixi, Bartolus. 3

Mouetur † verbis *l. in fraudem. §. neque. ff. de iur. fis.* 4 Verba hæc sunt: *Ipse autem fiscus actorum suorum exempla hac conditione edit, vt ne is cui describendi sit potestas, aduersus se, vel Rempublicam his actis vtatur.* His actis, id est, his exemplis actorum. nam prius dictum erat exempla actorum data esse, non ipsa acta, seu ipsa authentica. Subiicitur continenter: de quo cauere compellitur (intellige, is cui describendi potestas facta est, & exempla data) vt si vsus is contra interdictum fuerit, caussa cadat. Ergo, inquit ille, *cui hæc exempla data sunt, potest vti his exemplis aduersus fiscum, qui dedit.* Non recte colligit. Potest enim his vti, quia fiscus agnoscat hæc esse in actis suis. Quod si fiscus neget, aut ignorare se dicat, recte petet, vt acta ipsa consulantur. Sed nihil hac defensione est opus. Ex eo ipso loco satis intelligitur, actorum exempla, quæ a fisco data sunt, aduersus fiscum fidem non facere. Is enim qui ea profert, caussa cadit, vt illic scriptum est. Quod profecto alia ex re non accidit, quam quod exempla nihil probant. Nam his probantibus condemnaretur fiscus, vt conuicti solent. *l. negantes. ĵ. de obl. & act.* Sed si exempla ista nihil probant, cur eorum vsus nocet actori, cum vsus fuerit inutilis? non enim nocet conatus, qui effectum non habuit. *l. 1. ff. quod quisq. iur.* Apparet conatum hic punitum esse, ne quis facile beneficio fisci aduersus fiscum vti vellet. Sed & hic conatus nonnullam habet iniuriam. Eo enim adducit fiscum, vt in suspicionem mendacii, aut turpitudinis alicuius veniat: dum fidem exemplorum repudiando alterutrum cogitur, aut negare ea esse in actis, quæ prius in actis esse fassus erat, aut dicere se nec exemplis a se datis fidem habiturum, neq; nunc acta ipsa editurum. quorũ alterum mendacii est, alterũ manifestæ cuiusdã turpitudinis & confessionis. *arg. l. manifestæ. ff. de iur.* In fisco ergo hæc exempla aduersus fiscum non probant, & nihilominus vetantur ea proferri, ac si contra fiat, pœna statuitur. In priuatis hoc commune, quod & exẽpla a debitore data non magis aduersus eũ fidem

faciunt. Solum hoc distat, quod si creditor his vtatur ea proferendo, pœna non progrediatur longius, quam vt ne his fides habeatur. Ceterum aliis modis probando sibi deberi, vincit.

5 Mouetur † idem Bartolus exemplo argentarii, qui iubetur rationes suas edere ei, ad quem pertinent, ipsi autem petenti eas rationes sibi ab alio edi, denegatur. *l. si quis. §. pen. ff. eo.* nempe petenti exemplum rationum suarum, quarum describendarum prius copiam fecerat ex edicto. De exemplo ergo rationum argentarii dato illic agitur, quod placet recte postulari, & impetrari ab argentario. Hinc Bartolus colligit, exemplum istud rationum aduersus argentarium qui dedit, fidem facere. Quorsum enim, inquit, obtineri hoc exemplum, nisi vt probet? Quod non ita est. Petit quis exemplum rationum argentarii, si eo exemplo contentus esse velit, ad se instruendum videlicet. *l. argentarius. §. 1. ff. eo.* Eo vti si velit ad fidem, non potest. eiusque rei argumentum est certissimum, quod cum de fide eorum quæritur, quæ ad rationes argentarii pertinent, dicitur decurri ad fidem ipsarum rationum; harum probationem scriptura, codicibusq; argentariorum maxime contineri; denique ea gratia iuberi rationes edi. *l. quædam. §. nummularios. §. ceterum. ff. eo.*

6 Hæc † dicta sunt de exemplis priuatis: Publicati instrumenti fides eadem, quæ authentici. *l. 2. ĵ. de testa.* Publicandi instrumenti formam habes *in c. vlt. extr. de fid. inst.* Hinc chirographa in inuentarium relata, & descripta fidem faciunt. *l. chirographis. ff. de adm. tut.* quia inuentarium fit auctoritate publica magistratus *l. vlt. C. arb. tut.* Et tamen ne hæc quidem ipsa exempla publica facta aliter recipiuntur ad fidem, quam si authenticum perierit casu; qui probetur ab eo, qui exemplo vtitur. *d. l. 2. ĵ. de testa.* Id & significatur *in d. l. chirographis. de admi. tut.*

*L. Et quæ. vlt.*

Imper. Alexander A. Floro.

*Et quæ a D. Antonino patre meo, & quæ a me rescripta sunt, cum iuris & æquitatis rationibus congruunt. Nec enim diuersa sunt vel discrepantia: quod multum intersit an ex parte eius, qui aliquid petit, quiq; doli exceptione submoueri ab intentione petitionis suæ potest, rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit, quod vtiq; ipsa rei æquitas suadet: an vero ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi: quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius, qui conuenitur, fundari. PP. Calend. Octobr. Fusco & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Rationes suas cur actor reo edere debeat, reus actori non debeat, differentiæ ratio exposita, & huius explicationis occasio.*
2 *Ratio duplex: Prior.*
3 *Posterior.*
4 *Rationes suas non edentem actorem reo dolo facere, etsi prima ratione non videtur. Hinc doli aduersus eum exceptio.*
5 *Cum iuris & æquitatis rationibus congruere quid sit.*
6 *Instrumenta sua alia quam rationis nec actorem reo edere cogi, si his vsurus non sit.*
7 *Rationes suas quibus quis vsurus sit, aduersario edere debere etiam reum actori.*
8 *Rationes suas reus negans intentionem actoris edere actori nõ cogitur: de intentione cõfessus, & exceptione vtens edere cogitur ad fundandã exceptionẽ suã.*
9 *Rationes suas reus actori ad fundandam actoris replicationem edere non cogitur.*

HOC † rescripto reddit Alexander rationem, cur 1 quibusdam rescriptis superioribus ita ius constitutum sit, vt placeret reum quidem non cogendum in vniuersum instrumenta sua, eoque & rationes actori edere: actorem autem cogendum desideranti reo edere suas rationes. quorum prius de reo comprehensum erat *l. qui accusare. ĵ.* constitutione nimirum Antonini, quem Alexander hic patrem suum nominat, non quia pater esset, sed quia talem videri volebat: certe solebat semper ita appellare, *vt auctor est Herodianus in vita Alexandri.* Posterius de actoris rationibus cautum duobus rescriptis sequentibus, quæ erant huius ipsius Alexandri. *l. non est nouum, & l. iustum. ĵ. eo.* Occasio eius differentiæ hoc rescripto explicandæ hinc nata. Petebat actor, vt reus in caussa, de qua agebatur, rationes suas ederet, quod diceret statim & sine molestia ex his constare posse reum debere, quod petebatur Negabat reus se cogendum edere: proferebatque in eam rem superius illud rescriptum Antonini, quo de instrumentis rei ab eo non edendis generaliter & diserte cauebatur. Actor intendebat cogendum. esse enim contra rescripta Alexandri, quibus caueretur actorem postulanti reo rationes suas edere debere, vt fides veri constare possit. *d. l. non est nouum. & l. iustum.* hæc rescripta etiam ad reum pertinere, quia eadem illa ratione implorarentur rationes rei, vt scilicet fides veri aduersus reum constare possit. Cum hoc ita videretur consequens esse rescriptis Alexandri, nihil aliud supererat, nisi vt de hac rationum rei editione discrepantia rescripta esse viderentur Antonini & Alexandri, in eaq; discrepantia consuleretur a litigatoribus, vel potius a iudice Alexander, quid hic iudicem sequi oporteret. Consultus Alexander respondet iudicem sequi debere rescriptum Antonini patris sui, quo diserte cautum sit, ne reus instrumentorum suorum inspiciendorum potestatem actori facere cogi deberet. Quod & ad rationes pertinet. Sunt enim & hæ instrumenta: quippe ad instruendũ quẽque de rebus suis pertinentia. *l. argentarius. §. 1. ff. eod.* Nec metuere debere iudicem, ne id facere impediatur rescriptis suis, aut ne videantur ea rescripta contraria, quæ actorem rationes suas petenti reo edere iubent. Non enim hæc diuersa esse vel discrepantia: quoniam de dissimilibus personis ita scripta sint, vt diuersis de caussis vtrumque in his recte dicatur, &, vt ipse loquitur, vtrumque cum iuris & æquitatis rationibus congruat. vnde vtrumque illud ius statuere intelligitur, atq; hinc differentiæ rationem orditur.

Hanc † autem duplicem tacite innuere videtur. vtramq; obscurius. quamobrem vtraq; paulo apertius explicanda est. Vna est sumta a facto & fine personarũ, actoris videlicet, & rei rationes alienas implorantium; estq; huiusmodi. Nam reus implorando rationes actoris, facit coactus, neq; id ad lædendum actorem, sed ad se tuendum muniendumq; aduersus eum, qui petit. Actor cõtra implorando rationes rei, implorat, vt hic significatur in extremo, ad fundandã originem petitionis suæ: proinde nec coactus, & simul ad impetendũ oppugnandumq; reum. quorum vtrumque superiori defensioni rei est contrarium. Nam origo petitionis indicat controuersiam ab actore natam, quã ille instituere necesse nõ habuerit. 2

*l. qui*

*l.qui in alterius.in fi.ff.de reg.iur. l.pure. §.vlt.ff.de dol. mal.exc.* Petitionis autem verbum declarat actorem spectare ad reum oppugnandum. Prius concedi manifesta æquitas suadet: posterius hæc eadẽ denegari. Ex qua æquitate hæc nata; ꝓcliuiores nos esse debere ad liberandũ, quam ad obligandũ. *l.Arrianus.ff.de obl.& act.* itẽ, fauorabiliores esse reos, quam actores. *l.fauorabiliores.ff.de reg.iur.* Quo pertinet & illud Quinctiliani lib.4.c.1.*naturalis est pro laborantibus fa-* 3 *uor.* Altera † differẽtiæ ratio ducta est a dolo, qui admittitur in rationibus denegandis. Actor, *inquit Alexander*, rationes suas edere cogitur postulanti reo; quia nisi edit, doli exceptione summoueri ab intentione petitionis suæ potest, id est, quia nõ exhibendo rationes suas peteti reo, dolo facit, vnde est doli exceptio. Cõtra vero reus ideo actori rationes suas edere nõ cogitur, quia dum eas ad fundandã originem petitionis denegat, nihil facit dolo, cum hanc originẽ & petitionẽ ex instrumentis rei fundari nõ oporteat.

Habes differentiæ rationem in rationibus exhibendis inter actorem & reum hoc rescripto traditã; sed quæ nondum plane constituta sit. Laborat enim ratio posterior: qua tamen præcipue hoc rescriptum 4 nititur. Ait † actorem, nisi rationes suas edat reo, doli exceptione summoueri posse. Falsum, dicat aliquis, & merito, vt videtur. Neque enim potest doli exceptione summoueri, qui dolo nihil fecit. *l.1.l.2.in pr. ff.de dol mal.exc.* Quid est autem, quod actor rationes suas aduersus se non exhibens dolo faciat? Imo potius quid hic facit non alienum a dolo? Traditur regula iuris, neminem dolo facere, qui iure suo vtitur, *l.nullus.ff.de reg.iur.* Actor dum rationes suas apud se retinet, & præcipue cum non vult eas proferre aduersus se, maxime iure suo vtitur. Est enim dominus rationum. domini ius est de re sua statuere vt velit, vel eam retinendo, vel aliis communicando. *l. in re.j̃.mand.* Sed & hoc maxime cuiusque, ne cogatur se lædere, qui etiam alterum lædere prohibetur: quod est in primis præceptis iuris. *l.iustitia.ff.de iust.& iur.* Quare, dum hæc facit actor, aperte nihil videtur dolo facere, eoque nec in eo doli mali exceptione remoueri posse. Sed vere dicitur dolo facere actorem, qui petenti reo rationes suas edere recusat. Id prius ita esse ostendam: deinde de obiectione respondebo. Arguitur vero in eo dolus actoris his de caussis; & quod contra id, quod agendo recipit, facit; & quod non præstat reo, quod ab eo exigit. Primum actor actionem instituendo affirmat verum esse, quod intendit, & simul suscipit eius probationem: nam hoc ipsius onus est. *l.actor.j̃.de prob. l.qui accusare.s̃.hic.* Ideo nec vllam rem, qua de re controuersa constare possit, reiicit, alioqui intentioni suæ & consilio aduersaturus. Nunc autem eiusmodi rem reiicit, qui rationes ad eam probationem inducere recusat. Dolo ergo facit, qui aduersus officium a se initio susceptum facit. Quinimo contraria implicando seipsum ab intentione excludit. *arg. in l.2.in pr.ff. quan.app.sit.l.vbi pugnantia.ff.de reg.iur.* Tum autem actor cum petit decem, & reum aliqua exceptione vtentem non audit, nempe hoc ab eo petere intelligitur, vt in exceptione sua sit verus, & bonam fidem agnoscat. Qui veritatem defensionis a reo exigit, prius hanc ipse in intentione præstare debet, nihil vt recuset, ex quo de ea veritate possit constare, quod quidem illi suspectum esse non debeat. Si recusat, aperte dolo facit. Facit enim aduersus æquissimam regulam iuris naturalis sancitam edicto, Quod quisque iuris in alium statuerit, vt ipse eodem iure vtatur. *l.1.ff.quod quisq.iur.* Sic porro sunt actoris rationes, vt cum ad fidem rei controuersæ vocantur, eas suspectas habere non possit; quippe quas confecit ipse, & conficiendo comprobauit. Quocirca si hæ postulentur a reo, vt fides veri constare possit, eam conditionem repudiare non potest. Si facit, dolo facit; quia contra superiorem illam æquitatem naturæ. Aduersus quam qui petit, constat competere aduersus eum doli mali exceptionem. *l.1.ff.de dol.mal.exc.* Nunc respondebo de obiectione. Et verum non est, cum actor postulanti reo rationes suas ad fidem veri edere non vult, id eum suo iure facere. Nullo vero iure id facit, quem contra iuris & æquitatis rationem in eo facere ostendimus. At enim domini ius est de rebus suis statuere, vt velit: illud cuiusque maxime, ne probationes aduersus se subministrare debeat aduersario. Hæc ita sunt, nisi quis illa facto suo amiserit; nisi facto suo rei suæ edendæ, & aduersus se edendæ necessitatem sibi imposuerit. Quod accidit in rationibus actoris, cum ipse aliquid petit ab eo, qui eius caussæ fidem impleri velit ex ipsius petitoris rationibus. quod quamobrem fiat, ante docuimus. Nihil simile in reo, qui inficiatione vtitur, & in hac rationes suas edere recusat desideranti actori. Nihil, inquam, hic facit reus, cur ius illud suum, quod dominorum est in rebus suis pro arbitrio retinendis & aduersus se non exhibendis, amittere debeat. Etenim negando, non modo probandi necessitatem in se non suscipit, sed etiam hoc ipso facto a se remouet: cum onus probandi sit actoris, non negantis rei. *l.actor.j̃.de prob.l.2.ff.eo.* Idem ab aduersario nihil exigit contentus sola infitiatione. Ideo nec quidquam est, quod actori prius præstare debeat, vt nisi id faciat, videatur dolo facere. Constituta igitur differentia est inter actorem & reum in rationibus eorum ab alterutro edendis. Vereque † dictum hic est, quæ re- 5 scripta prius eam statuerunt, cum iuris & æquitatis rationibus congruere. Iuris etiam ab aliis ante constituti: æquitatis, id est, eius iuris, quod semper æquum & bonum est, & est ius naturale. *l.vlt.ff.de iust.& iur.*

Sed meminerimus statui hanc differentiam inter actorem & reum in rationibus, & iis quidem quibus neuter vsurus sit. Quod si aut de aliis eorum instrumentis agetur, quibus neuter in caussa vti velit, aut agetur quidem de rationibus, sed quibus ambo vti statuant; omnis ista differentia superior tollitur. In † instrumentis aliis par vtriusque caussa est & actoris 6 & rei, siquidem his vsuri non sint. Non cogitur reus ea exhibere actori, *l.qui accusare.s̃.eo.* Ne actor quidem cogitur exhibere reo. *l.1.§.edenda.ff.eo.*

Sed † etsi de rationibus agetur, quibus illi vsuri 7 sint, hic quoque par edendi necessitas in vtroque. Cogitur suas illas exhibere actor reo: cogitur & reus suas, quibus itidem vtatur, exhibere actori. Generalis enim de instrumentis & rationibus omnibus definitio tradita est *in d.l.1.§.edenda.ff.eo.* edenda esse omnia, quæ quis apud iudicem editurus est, vel vt postea subiicitur, quibus ille vsurus est, id est, quibus ostendit se in illa caussa vti velle, & quæ ad eam rem ꝑfert. Qui dixit omnia, aperte & rationes, & instrumenta quæuis alia cõplectitur. & cũ dicitur, quę quis editurus est, non obscure hic quoq; ad omnem, qui id faciat, definitio relata est, tam reum, quam actorẽ.

Ac ne dubitemus pertinere hanc quoque ad reum, siue hic rationibus suis, siue aliis instrumentis ad defensionem suam vti constituerit; confirmatur nominatim in huius persona hæc sententia *in l.pen. §.vlt.ff. ad leg. Fal.* in specie huiusmodi. Nam cum legatariis legatum petentibus opponeret heres legem Falcidiam, quasi legatum esset supra dodrantem; placet illic heredem eundemq; reum legatariis desiderantibus cogi edere rationes defuncti, & alia instrumenta hereditaria, per quæ probetur in ratione legis Falcidiæ, quantum sit in bonis. An hic quidquam putamus responderi superiori iuri & distinctioni contrarium; quia diximus reum non cogi edere actori rationes suas, multoq; minus instrumenta sua alia? Nullo modo cōtrarium. Hoc enim posterius dictum est de iis rationibus; quæ implorentur a reo hoc ipso, ꝙ sint rationes, quibus de fide veri constare possit; non autem, quia his reus vti velit. At in superiore specie proponitur heres cōuentus vti exceptione legis Falcidię, & in hac se tueri rationibus & instrumentis defuncti, ex quibus constare possit de quantitate patrimonii. Ergo ideo iubetur ista exhibere, quia ad exceptionem probandam his instrumentis vsurus esset. quod cum fit, iam diximus quisquis his vsurus est, ea prius aduersario edere debere. Tolle vsum futurum rationum, instrumentorumue aliorum: manebit ius superius; non cogi vnquam reum instrumenta vlla sua propria quibus vsurus non sit, postulanti actori priuato edere: ac ne rationes quidem suas, quamuis actor suas reo desiderari omnimodo edere cogatur.

Sed additur in hoc rescripto, *non cogi reum rationes suas actori edere ad fundandam originem petitionis.* sic enim verba sunt in extremo, Si ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret rationes exhiberi, non oportet hoc casu originem petitionis ex instrumentis eius qui conuenitur fundari. Quid ergo, si aperte non imploret actor rationes rei ad fundandam petitionem suam, sed aut ad fundandam exceptionem rei, qua ille vtatur, aut ad fundandam suam ipsius replicationem, qua vtatur aduersus exceptionem? Nam in his duabus caussis de origine petitionis non agitur. Dicendum est, prout in his imploratio instrumentorum rei spectat ad fundandam originem petitionis, ita desiderium actoris repudiari ex superiore definitione: prout autem non spectat, ita desiderium eius admitti ex eadem definitione. Quod enim certa ratione constitutum est, in eo id obseruatur, vt cessante ratione ius quoq; ipsum deficiat. *l. quod dictum. ff. de pact. l. in omnibus caussis id obseruatur. ff. de reg. iur.* Horum autem alterutrum aliter accidit, cum agitur de exceptione rei, aliter cum de actoris replicatione. Quare de vtroq; separatim quærendum est.

8 Propone † igitur de exceptione hoc modo. Petit actor decem mutua. Reus dicit se pacto ab actore liberatum, aut quod exceptioni simile est, se soluisse. Contendit actor de ea exceptione, aut solutione cōstare posse ex rei rationibus. Ideo petit illas in eam rē exhiberi. An audiendus sit, quæritur. Distinguemus, vtrum reus neget intentionem actoris, & simul tamen exceptione vtatur; vt, si neget se mutuum accepisse, & tamen si mutuum interuenerit, dicat se pacto, aut solutione postea liberatum, quæ depulsio cōcessa est, *l. siquidem. ȷ. de exc.* an vero aperte de intentione actoris confessus, exceptione, aut solutionis allegatione se defendat. vt priore casu reus actori rationes suas edere cogendus non sit: posteriore sit cogendus. vtrumq; ideo, quia incidat in eam definitionem, quam dixi. Nam cum reus intentionem actoris inficiatur, ipsa editio spectat ex parte ad fundandam petitionem actoris. Intentio enim negata indiget probatione, vt fundetur. Ad hanc probationem valet editio rationum rei. Quid enim, si in eas retulerit reus se pecuniam vere accepisse; de pacto autem aut solutione postea secuta nihil in his scriptum sit, aut etiam aperte scriptum sit hæc parata fuisse, sed non interuenisse? Cum autem reus de intentione actoris confessus exceptione vtitur, non potest dici editio rationum rei pertinere ad fundandam petitionem actoris; quæ confessione rei satis fundata & constituta est, eoque aliam probationem non desiderat, *l. 3. ȷ. quib. ad lib. proc. non lic.* Quapropter audiendus est actor, si vt de fide eius exceptionis constare possit, imploret rei rationes. Neque id colligitur tantum ex definitione huius rescripti; sed etiam certa ratione iuris eius, quod hic reo tributum est, efficitur. Ius enim certum ante positum est, idque ipsum hoc rescripto magis confirmatur, reum implorare posse rationes actoris, vt de fide intentionis eius possit constare, *l. non est. l. iustum. ȷ. eo.* Atqui reus in exceptione actor est & is qui actionem instituit, reus, *l. 1. ff. de exc. l. in exceptionibus. ff. de prob.* Quamobrem & actor in exceptione rei aduersus reum tanquam mutatis personis eodem iure vti debet. Ita fiet, vt rationes rei implorare possit ad fidem exceptionis expediendam; alia autem instrumenta rei non possit, nisi si quibus reus ad exceptionem probationum vti instituat, vt ante dixi.

Iam † de replicatione actoris videamus. Finge hoc modo. Petit quis decem mutua. Reus tuetur se exceptione pacti, quod dicat actorem pactum esse, ne peteret. Actor hoc confessus replicatione vtitur, ac refert ex aduerso postea pactum factum esse, vt sibi petere liceret, qualis species proponitur *in l. si vnus. §. pactus. ff. de pact. & Inst. de repl. in pr.* Si in hac replicatione desideret actor rationes rei sibi exhiberi, an cogendus sit reus exhibere, quæritur? Vulgo probant cogendum esse, idque defendit Bartolus hoc loco, motus maxime verbis superioris definitionis, ꝙ dicat implorationem rationum in hac specie nō pertinere ad fundandam originem petitionis, sed ad replicationem: in qua constat originem actionis non esse. sic autem verba sunt eius definitionis, nō oportere originem petitionis ex instrumentis rei fundari. Ego autem moueor iisdem istis verbis, vt putem actorem implorantem rationes rei ad fidem replicationis suæ audiendum non esse: quia sic petatur editio ad fundandam originem petitionis, quod definitio prohibet. Quorsum enim replicatio, quorsum replicationis confirmatio, nisi vt exceptione remota, quæ replicatione summouetur, fundetur, id est, stabiliatur & constituatur origo petitionis, quæ alioqui ruitura erat? Sed & hoc confirmatur maxime eo iure, ꝙ in hac editione de actore cōstitutum est. Placet enim actorem a reo desiderare non posse, vt sibi ad probationem intentionis suæ instrumenta rei exhibeantur. denique actore non probante placet reum, etsi nihil ipse præstet, obtinere, *l. qui accusare. ȷ.* quod rescriptum Antonini est, idem quod hoc rescripto aperte confirmatur ab Alexandro. At nemo ignorat actorē in replicatione vere actorem esse. *l. 2. ff. de exc.* Quare & eodem isto iure actor vtatur, neque postulet, vt reus nisi præstiterit instrumentis suis replicatio-

cationis fidem, condemnetur. Non me mouent, quę a Bartolo pro contraria sententia afferuntur. Ille hanc probari putat *l. pen. §. vlt. ff. ad leg. Fal.* qui locus plane ad rem nihil pertinet. Illic enim cogitur quidem heres, idemque reus exhibere legatariis agentibus rationes & instrumenta defuncti, id est, sua. non tamen ad fundandam replicationem actorum, qui nulla replicatione vtebantur; sed ad expediendam fidem exceptionis, quæ sola ab herede obiiciebatur, vt supra de hoc ipso loco ostendi. Iam dixi reum in exceptione actorem esse: vt non sit mirum, si vt de ea exceptione constare possit, ibi reus qui iam actoris personam suscepit, actori, qui pro reo est, rationes suas exhibere cogatur, pro iure aduersus omnes actores constituto, *& hic, & in d. l. non est. l. iustum. §. eo.* Sed hoc amplius obseruandum est in superiore specie, heredem cogi etiam instrumenta defuncti alia, quam rationes legatariis actoribus edere. Verum hoc ideo, vt de eadem specie ibidem docui, quod ad exceptionem legis Falcidiæ, quam heres obiiciebat, idem se istis instrumentis tuebatur, eoque & his vsurus erat, si vellet exceptionem probari. Sic etiam ratiocinatur Bartolus; Actor reo cogitur rationes suas edere ad fundandam exceptionem rei. *l. iustum. §. eo.* Ergo & reus actori suas ad fundandam replicationem actoris: quoniam replicatio nihil aliud est, quã exceptio. *d. l. 2. §. 1 ff. de exc.* Sed male hæc comparantur, vt vitiose ex vno alterum colligat. Replicatio quidem exceptio est: sed longe dissimilis. Exceptio a reo est, & ad eum defendendum liberandumq; spectat. Replicatio ita est exceptio, vt sit ab actore, spectetque ad reum impugnandum atque obligandum. Et hic quoque ante diximus longe aliam caussam esse rei, aliam actoris, proniores que nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Sed & quod propius rationem huius loci attingit, animaduerti debet, rationes quæ implorantur ad exceptionem probandam, non pertinere ad fundandam originem petitionis, sed ad infirmandam: contra vero quę implorantur rationes ad replicationem fundandam, petuntur eædem ad fundandam petitionem. quod huic loco aduersatur.

## AD TIT. II. LIB. II. C. DE IN ius vocando.

### SVMMARIA.

1 *Vocari reum in ius ante omnia oportere, & quam id ad æquitatem & necessitatem iudicii pertineat.*

2 *Non vocato in ius reo, quidquid aduersus eum, aut pro eo pronuntiatum sit aut decretum, nullius momenti esse.*

3 *Non vocatus reus si in iure inuentus vltro petenti respondeat, pro vocatione habendum, & iudicium consistere.*

4 *Vocatio quomodo instituenda aduersus absentes.*

5 *Vocandus reus in ius ante omnia, vt vocatio praecedat etiam editionem.*

6 *De edendo titulum prius in edicto perpetuo propositum, quam de in ius vocando: & cur, cum vocatio agendi ordine sit prior.*

7 *Vocatio editione prior etiam secundum veterem ordinem iudiciorum.*

8 *Vocare in ius quid sit Iustiniano, & eius definitio defensa ex §. vlt. Inst. de pœ. tem. lit.*

9 *Vocationem in ius esse ad eum qui iurisdictionem habet, non ad iudicem pedaneum, seu datum.*

10 *Vocare in ius quid sit Paulo, & huius quoque recta definitio.*

*Experiri ius, experiri de iure, & experiri absolute eadem veteribus, & quid valeant.* *ibidem.*

11 *Vocare quem aliquo, esse denuntiare ei, & iubere, vt ibi adsit, nõ autem inuitum eo trahere, vel ducere.*

12 *Vocare in ius plena definitione quid sit.*

13 *Vocandi in ius qui ritus & olim, & nunc.*

14 *Viatores, & Apparitores, qui.*

15 *Vocari in ius qui in totum non possint iure vetere, & qui non possint sine permissu prætoris: quaque vetandi ratio prætori.*

16 *Vocatus in ius hanc necessitatem olim impositam, vel vt irent statim, vel vt satis aut cautum darent iudicio sisti ad constitutum diem.*

17 *Cautio iudicio sistendi caussa quid contineat, quotuplex, & qualis fuerit olim pro reorum qualitate.*

18 *Vocatum non rite cauentem iudicio sisti, ius fuisse priuato in ius ducere & trahere inuitum, nisi domi sua esset.*

19 *Ductio in ius, vt statim reus in iure litem contestari cogeretur, nisi mallet illic cauere in diem constitutum.*

20 *Lite non contestata de re iudicari non posse iure Romano.*

*Hinc cautio iudicio sistendi caussa, & in ius ductio remedia olim introducta cogendi rei caussa ad in ius veniendum, cum vocatus esset: quibus locus non est hodie in iis locis, in quibus potest lite non contestata aduersus absentem agi.* *ibidem.*

AD iudicium † instituendum aduersarius initio in ius vocandus est. *§. vlt. Inst. de pœ. tem. lit.* Id iudicii finis atque æquitas exigunt. Iudicio enim agitur, vt recte atque ordine contendatur cum aduersario. Quod ita fit, si auditus & conuictus condemnetur: non conuictus absoluatur. nec quisquam non auditus, & indicta caussa aut damnandus, aut absoluendus. *l. negantes. ff. de obl. & act.* Non audietur a iudice, nisi ad iudicem venerit, ibi iura sua expositurus, & tractaturus, si volet. Nec veniet, nisi vocatus. Vocari igitur oportet, quo ad finem, & æquitatem illam iudicii perueniatur. 1

Hoc ita † iure exigitur *d. §. vlt. de pœ. tem. lit.* vt appareat, si vocatio non præcesserit, in reliquo iudicio nihil agi: id est, aduersus eũ qui in ius vocatus nõ est, aut pro eo nihil a iudice cognosci aut statui posse. si quid cõtra factũ sit, pro infecto esse, vt contra ius factum. *l. non dubium. ff. de legi.* vt factum contra iudiciorum ordinem: cuius generis decreta, & iudicata nullius sunt momenti. *l. prolatam. ff. de sent. & int.* Quid tamen † si aduersarius inueniatur in iure, ibiq; conueniatur apud magistratum pro tribunali sedentem, conuentus vltro ac statim respondeat, & litem contestetur? an iudicium quod sequitur, & sententia nõ valebit? Puto valere. Instituta est enim vocatio aduersarii caussa, ne inauditus damnetur. Licuit ei huic iuri renuntiare. *l. pen. ff. de pact.* Et vero quorsum aliam vocationem desideremus, quæ sit superuacua? Habemus enim nihilominus finem iuri propositum, quamuis vocatio non præcesserit. Et ita in toto iure obseruatur, vt quæ desiderantur iure non propter se, sed propter finem aliquem alium, non sint necessaria, nec requirantur tunc, cum sine his nihilominus finem propositum consecuti sumus. Exempli 2 3

caussa, traditio in dominiis transferendis requiritur iure. *l. traditionibus. ȷ. de pact.* Perspicuum est hanc requiri, vt res veniat in possessionem eius, cui rem traditam volumus. A possessione enim dominia iure gentium. *l. 1. in pr. ff. de acq. poss.* Hæc autem traditione transfertur. Finge rem quam translatam volumus in aliquem, iam esse apud eum, puta commodatam aut depositam. Placet hoc casu sola voluntate domini proprietatem in eum transferri, *l. qua ratione. §. interdum. ff. de acq. rer. do.* scilicet quia sit superuacua traditio possessionis transferendæ caussa, vbi iam possessio sit penes eum, quem volumus.

4 Vocari † nisi præsens non potest. Quid ergo, si absit aduersarius, cum quo instituimus agere? Mittetur domum eius, & vocatio domesticis significabitur, qui hanc domino renuntient. *arg. in l. 4. §. prætor. ff. de dam. inf.* Quid si nec domum, nec domicilium habeat, & nusquam exstet? Illic faciendum est, quod fit aduersus eos, qui copiam sui non faciunt, neque defenduntur, quod quale sit, declaratur *in d. l. 4. §. quoties. de dam. inf. & l. hac autem. §. 1. ff. quib. ex caussis in possess. eat.*

5 Vt † aduersarium in ius vocari oportet, sic & ante omnia vocari, vt vocatio præcedat etiam editionem, non, vt quidam putant, editio vocationem. Quod & natura ipsa rei gerendæ fieri debere ostendit, & traditur *in d. §. vlt. Inst. de pœ. tem. lit.* Sic enim illic scriptum est; *Omnium actionum instituendarum principium proficiscitur ab ea parte, quæ est de in ius vocando. vtique enim inprimis aduersarius in ius vocandus est.* Si hinc principium instituendæ actionis; non est initium ab editione. Si inprimis aduersarius in ius vocandus, non inprimis debet ei edi actio. Et hunc instituendæ actionis ordinem sequitur collocatio titulorum in Pandectis, vbi prior est titulus & tractatio de in ius vocando, sequitur de edendo.

6 Quid † est igitur, quod is ordo hic conuertitur? Videmus enim prius de edendo titulum propositum esse, deinde hunc de in ius vocando. Vitiose, dixerit aliquis, vt & alia multa peccata sunt in hac collocatione tum rerum, tum titulorum a compositoribus. Immo & hic idem ordo fuit in edicto perpetuo, quod probat ordo librorum scriptorum ad hos titulos tum Vlpiani, tum Pauli. Vlpianus enim ad edictum de edendo scripsit *lib. 4.* Paulus *lib. 3.* Ad edictum autem de in ius vocando Vlpianus scripsit *lib. 5.* Paulus *lib. 4.* vt indicant inscriptiones eorum capitum, quæ exstant sub his titulis in Pandectis. Quod si hæc ad edictum & isto ordine, fuit omnino & hic ordo edicti. alioqui scripta hæc forent, non ad edictum, sed præter edictum, quia præter edicti ordinem. Quid ergo est? Et vt duplex hic ordo occurrit, ita vtrumque propria ratione recte defenditur. Alius est ordo cogitandi, & se ad futuram vocationem comparandi; alius faciendi & exsequendi, quod constitueris. Cogitandi & se comparandi ordine prior est libelli conceptio: sic deinde hac bene constituta sequitur, vt aduersarium in ius voces, eique edas, quod conceperis. Agendi autem ordine prior est vocatio, sequitur editio. Prius est enim in agendo, vt in ius voces: proximum, vt cur, aut ad quid voces, ostendas. Priorem ordinem vt doctrinæ & institutioni futuræ actionis conuenientem secutus est Iulianus in edicto perpetuo componendo. Cui congruit & is, quē in his titulis hoc loco Codicis seruatum videmus. Alter ille magis placuit in Pandectis. Et hoc, vt videtur, rectius. Est enim naturalis, & instituendæ præsenti cum alio actioni solus conueniens. De instituenda autem actione nunc agitur. Nec † vero aliter 7
ius fuit veteribus, quam vt prius in ius vocari oporteret aduersarium; tum deinde ei ederetur actio, etiamsi quis ad veterem ordinem iudiciorum nos reuocet, quo actiones impetrabātur a prætore, *l. 2. ȷ. de for. & imp. act. sub.* Nam primū non impetrabatur actio ante vocationē, ne quis forte hanc impetrationē vocationi anteponat; sed tunc cum lis cōtestabatur. Tunc enim dicebatur actor iudiciū accipere. vnde lis cōtestata & iudicium acceptum pro eodē. *l. cum fundus. in pr. ff. si cer. pet. l. vulgo. ff. de vsur. l. illud. ff. de her. pet.* Impetrabatur autem iudicium, seu actio, cum accipiebatur; nec accipiebatur, nisi impetrata: vt accipere & impetrare idem hic valeant. Deinde vt quis concedat prius actiones impetrari debuisse, quam edi, de quo non litigabo: tamen ea res non facit, quo minus præcederet vocatio editionem. semper enim hic ordo futurus esset, vt prius quidem impetrare oporteret actionem, quam ad hanc instituendam in ius vocare: at certe & vocare etiam prius, quam vocato edere. Etenim post impetrationem saltem actionem reo significare oporteret: in quo est vocatio in ius, initium scilicet litis instituendæ. Et vero etiam temporibus veterum Iurisconsultorum, quibus in vsu adhuc erat actionum impetratio, vocationem præcessisse, secutam autem esse editionem, & quidem interdum multo post, non obscure probat *l. non videtur 13. ff. de iud.* Non videtur, ait Modestinus, in iudicem consensisse, qui edi sibi genus actionis apud eum iudicem desiderat. An qui id desiderat, hunc Modestinus intelligit vocatum in ius, an non? Vocatum sine dubio. alioqui ad iudicem non venisset, neque hac exceptione defugeret iudicium, quod ante non intenderetur. Nondum tamen edita ei erat actio, vtpote quam sibi edi desiderat. Vocatum igitur Modestinus intelligit, cui actio ante non erat edita; sed postea edenda est: & quidem ita, vti eam edi reus multo post postulet, nempe apud iudicem. Semper ergo, vt dixi, ordine agendi vocatio prior, editio posterior. Sed quoniam actor, cum reum in ius vocat, ne frustra vocet, iubetur ei actionem edere, seu libellum offerre, qui hanc editionem in se habeat, *auth. offeratur. ȷ. de lit. cont.* meditandi & se comparandi ordine prius est, vt is de actione seu libello recte concipiendo instruatur, quem deinde recte conceptum offerat, edatue ei, qui in ius vocatus erit.

Postquam aduersarius in ius vocandus est, cognoscendum est, quid sit in ius vocare, vt quod definitio verbi indicabit, id seruemus in re tum, cum ad aduersarium in ius vocandum ventum fuerit. Sic † Iu- 8
stinianus explicat *in §. vlt. Inst. de pœ. tem. lit.* vt in ius vocare sit *vocare ad eum, qui ius dicturus sit.* Cur non dixit, esse vocare in eum locum, in quo ius redditur: cum iuris verbum alias quidem sæpe id declaret, *l. pen. ff. de iust. & iur.* hoc autem loco non aliud significet? Sic enim verbum intelligi necesse est, quoties præpositionibus seruit aut motum ad locum, vel ex loco, aut consistentiam in loco significantibus. Motum ad locum, vt cum dicimus *vocare in ius, ire in ius, & similia. tit. ff. in ius voc. vt eant, vel sat. vel cau. dent.* Motum ex loco, vt in veteribus formulis cum dicebatur, ex iure manum consertum vocare. Consistentiam in loco, vt cum dicebatur, quando te in iure cōspicio: vt cum dicimus confessos in iure pro iudicatis habe-

haberi, *l. 1. infr. de conf.* Cum ius, inquam, in his orationibus id significet, cur non dixit Iustinianus, *in ius vocare esse vocare in eum locum, in quo ius redditur*; vt vim verbi definiti exprimeret? Quia rem definire voluit, non verbi significationẽ tradere. non immerito: quandoquidẽ sola verbi significatio cognita nõ sufficeret ad rem, de qua hic agitur, explicandam. Potest enim quis vocari in eum locum, in quo ius redditur, vt tamen vocetur ad scribam, aut aduocatum, vel ad consiliariorum aliquem, non ad eum, qui ius dicturus sit. Hoc autem non est in ius vocare, vt nunc in ius vocationem exigimus. Volumus enim ad eum vocari, qui de re controuersa ius dicturus sit. Definitio ergo hic rei est, non explicatio nominis. Et tamen si quis hanc ipsam explicationem desideret, habet in his verbis expositam. Neque enim potest quis vocari ad eum, qui ius dicturus est, quin vocetur vna in eum ipsum locum, in quo id ius dicetur, & quidem eum, in quo publice more maiorum ius dici solet: quando nec alibi ius dici potest, nec alius locus ob eam caussam ius dicitur, *l. penul. D. de iust. & iur.* Sed si hic definitionem rei esse volumus, verendum est, ne definitio sit vitiosa, quia manca. deest enim iuris experiundi gratia, quod Paulus in huius verbi definitione expressit *in l. 1. D. de eo.* Manca esset, nisi in eo. §. *vlt. de pœn. tem. lit.* intelligeretur ex præcedentibus Iustinianum hoc ipsum sentire, ac prope verbis exprimere. Proponit enim de actionibus instituendis. Omnium earum instituendarũ principium esse in eo, vt aduersarius in ius vocetur. subiicit, *id est, ad eum, qui ius dicturus sit.* Hic ordo sermonis satis indicat, atque adeo cogit eum intelligi, qui ius dicturus sit de re proposita, id est, de actione, de qua instituenda sermo erat, vt sit sententia, aduersarium in primis in ius vocandum, id est, ad eum, qui ius dicturus sit de his ipsis actionibus, quas instituimus, & quarum instituendarum caussa aduersarium in ius vocandum esse voluit. Porro aduersarium vocare, vt ius dicatur de actione sua, nihil aliud est, quam vocare iuris experiũdi caussa. Recta igitur definitio additis circumstantiis eius loci, quæ si seorsim a propositione eius loci transsumatur, non careat vitio.

9 Bene † autem dixit, *ad eum, qui ius dicturus est*, non *ad iudicem*; vt intelligatur vocari quemque debere ad eum qui iurisdictionem habet, puta magistratum, aut cui a magistratu mandata est iurisdictio: non autem ad eum, qui tantum habet notionem, id est, iudicem priuatum, seu pedaneum, vt hi distinguuntur, *in l. 5. in pr. D. de re iud.* Et res ita habet. aduersariũ ad prætorem, aut alium qui iurisdictionem habet, vocari oportet: qui scilicet pro iurisdictione de re cognoscere, aut in ea iudicẽ dare, si ita res ferat, possit, ac deinde sententiam exsequi. *l. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Ad iudicem autem datum vel pedaneum nulla vocatio est. *leg. 5. D. ne quis eum, qui in ius voc. est, vi ex.* hoc ideo, quia huius nulla est de re iurisdictio. notio autem non prius esse potest, quam ipse a magistratu, ad quem in ius itum est, iudex in ea caussa datus fuerit.

10 Alia † Pauli definitio est *in l. 1. D. eo.* vt sit vocare in ius, iuris experiundi caussa vocare. Hæc finem vocationis complectitur, ad vocationem in ius ita necessarium, vt nisi quis dum aduersarium in ius vocat, dicat se ideo vocare, vt iure iudicioque cum illo experiatur de ea re quam libello complexus est, nulla sit vocatio ad futurum iudicium necessaria. Experiundi iuris verba sunt veterum ad significandam actionem vsitata. Dicimus enim experiri de iure, siue de re aliqua; vt in edictis prætorum passim illa formula occurrit, Intra annum, quo de ea re experiundi potestas erit, *l. 1. D. ex quib. caus. mai. l. 1. D. quan. act. de pec. an. est. l. 1. D. quæ in frau. cred.* Dicimus & ius experiri, *vt supra Paulus loquitur*; quomodo & Cicero dixit in Oratione pro Cæcinna, homines inermes, qui ad cõstitutum iuris experiundi caussa venissent. Dicitur & absolute experiri, vt intelligatur de iure, *l. 1. D. de diu. temp. præscr.* Omnia pro eo, quod est agere cum aduersario de re aliqua apud magistratum: ab hoc petere, vt per eum nobis liceat ius nostrum obtinere in eo, quod petimus, *l. 1. de diu. temp. præsc.* Et recte qui ita agit, dicitur experiri. Tentat enim hoc modo, quam actionem, quodq; ius a magistratu de eo quod petit, impetret. Experiri autem tentare & periculum facere significat. Tentare autem dicitur ideo, quia non certum habet se consecuturum, quod petit: cum fieri possit, vt vel non æquum postulet, vel quod iure petit, probare non possit, vel reus absoluatur iniuria. Sed & hæc definitio videtur manca. deest enim illud, quod est apud Iustinianum, ad eum qui ius dicturus sit. Imo & id inest in hac definitione. Non exprimitur verbis: at vi verborũ satis intelligitur. Non enim experimur ius, aut de iure nostro, nisi apud eos, qui de eo ius dicturi sunt. Quare & hoc intelligendũ est. Plenam definitionem si quis malit, licet vtrumque coniungere, vt sit in ius vocare, ad eum qui ius dicturus sit, vocare iuris experiundi caussa.

Sed hucusque † & in definito, & in definitionibus 11
superioribus vnum idemque verbũ retinetur, quod non explicatur definitione: nempe vocare. Hoc vero verbum quid valeat, dubitari potest. Non enim satis cõstat, an vocare, sit ducere & trahere in ius inuitum, cum Caius scribat *in l. plerique. D. eo.* eum qui quempiã de domo sua in ius vocet, vim inferre videri. Nulla vis infertur ei, qui de domo sua nõ extrahitur. Constat etiam eum, qui in ius vocaretur olim, nisi caueret, in ius duci solitum. *tit. D. in ius vocati vt eant, vel satis vel cautum dent.* Sed neminem ex iis, qui latine sciunt, ignorare arbitror, vocare aliquem aliquo, esse denuntiare ei, & iubere, vt eo veniat. Cicero pro Cæcinna: *Tu me ad verbum vocas. non ante venio, quam recusaro.* & paulo post: *Quoniam satis recusaui, venio iam quo vocas.* Vocas, id est, iubes & postulas, vt veniam. Vnde Cicero venire se dicit, quo vocatur. Et cum dicitur *in l. 3. §. vlt. D. de testi.* testes euocandos, intelligimus, quod est *in l. 4. D. eo.* denuntiandum his esse testimoniũ, & desiderandum ab his, vt adsint testimonii dicendi caussa. Idem & in verbo *vocandi* intelligamus, cum aduersarium in ius vocandum esse dicimus. At enim ducitur in ius, qui vocatur, vt olim ius fuit. Primum non semper. Non enim ducebatur, qui cauebat iudicio sistendi caussa. Deinde non si ducebatur, qui vocabatur, ideo vocare aliquo erat in ius ducere. Adiuncta erat vocationi ductio, quia hæc illam sequebatur: sed non ideo hęc sunt eadem. Nam & qui vocabatur, ei imposita erat necessitas cauendi, si nollet duci. neque ideo vocare est cauere. Quapropter † si totum hoc in ius vocare, quã plenissime de- 12
finitione explicare volumus, dicendum est in ius vocare, esse, denuntiare & edicere aduersario, vt veniat ad eum, qui ius dicturus est, iuris experiundi caussa.

Non satis est vocationem esse. Iustam esse oportet: alioqui in ius vocatus nec vocatus videatur, *l. quoties. ff. qui satis. cog.* Iusta est, cum aduersarius vocatus est, quomodo oportet, & is vocatus, quem iure licet vocare. Itaque in iusta vocatione duo sunt spectanda,
13 ritus vocandi, & persona vocati. Ritus † priscis in hoc genere non alius, quam vt qui acturus erat, ipse in ius vocaret. Quod facere potuit & per se, & sua auctoritate, non magistratus, vt probant ea, quæ varie collecta sunt in hanc sententiam a Duareno *lib. 1. Disputat. cap. 7.* Quando id mutatum sit, non liquet. Certe vtrumque contra obtinuisse ante tempora Iustiniani, ex scriptis iuris auctorum, quæ in libris nostris extant, apparet. Magistratum quidem prius adiri debuisse, & huius iussu aduersarium in ius vocari, ostendunt. Nam in *l. cum proponas. ȷ. de bon. auct. iud. poss.* Imperatores Diocletianus & Maximianus consultorem sic alloquuntur: *Eum qui tibi obligatus est, secundum iuris rationem adito rectore prouinciæ potes conuenire.* Non contenti dicere, *adito rectore prouinciæ*, addunt, *secundum iuris rationem*: vt intelligamus fuisse hanc iuris rationem, id est, formam in iudiciis iure tum vsurpari solitam, vt nõ conueniatur aduersarius, nisi adito præside. Idem confirmat Nouella Iustiniani de *litigiosis. §. omnem.* Denique sic rem transigi solitam iidem illi ipsi Imperatores Diocletianus & Maximianus non obscure indicant *in l. diffamari. ȷ. de ing. manu.* vbi interpellatus præses dicitur vocitasse partem aduersam. Sed ne repetamus huius iuris initium ab horum Imperatorum temporibus, valuit hoc ius etiam temporibus Vlpiani & Pauli. Scribit enim Vlpianus in *l. si quis ex aliena. ff. de iud. eum qui in ius vocatus non venit, contemnere auctoritatem prætoris.* Paulus *in l. 2. ff. si quis in ius voca. non ier.* scribit, *eum qui in ius vocatus non venerit, ex caussa a competente iudice mulcta damnari.* Palam est non contemni auctoritatem, quæ prius nõ interuenit: nec statui mulctam nisi aduersus nec obedientem ciuem: nec posse dici magistratui non obediuisse, nisi qui a magistratu iussus non paruit. Quod autem ad vocantem attinet, etiam per viatores, seu exsecutores litium vocari solitum aduersarium, non priuatim per actorem, declarat quod apparitores, qui in ius aliquem vocarant, poterant exigere a reo sportulas, conuentionis & operę suæ mercedem, *§. tripli. Inst. de act.* non exacturi haud dubie, si
14 in eo non necessario munere fungerentur. Sunt † autem viatores iidem, qui & veteribus dicuntur apparitores; quorum opera in exsequendis iussis & decretis ac sententiis suis magistratus vtitur, *l. si pignora. ff. de euict.* ab apparendo, quod magistratui appareant, id est, præsto sint ad iussa magistratus capessenda.

In persona vocati est, vt vocetur, qui iure potest vocari, de quo cautum est ea parte edicti, quæ est de
15 in ius vocando, exstatque *in l. 2. l. 3. l. 4. ff. eo.* In † quo obseruandum est prætorem fecisse duos ordines eorum, qui in ius vocari non possunt. Vnum eorum, qui in totum per id tempus, quo vocantur, vocari nõ possunt. Alterum eorum, qui non possunt sinę prætoris permissu, & venia petita. Priore ordine complexus est magistratus populi Romani, qui imperium habent; item eos, qui necessaria aliqua de caussa, & Reipublicæ vtili, impedirentur, ne venirent. qui omnes nominatim enumerantur *in d. l. 2. 3. & 4. in pr.* Posteriore excepit prętor parentem, patronum, patronam, liberos, parentesque patroni, patronæue. Exstat fragmentum in *l. 4. ff. eo.* Adde heredes patroni, patronæ, quamuis extraneos, ex *l. 2. hoc tit. C.* Patroni etiam vxor excepta hoc eodem titulo, *l. 1.* Sed ex sententia edicti, quia dum prohibetur patronus in ius vocari, prohibetur ne ei fiat iniuria. Patitur autem quis iniuriam etiam per vxorem, *§. patitur. Instit. de iniur.* Quod ius cur prætor in supra scriptis personis constitueret potius, quam in ceteris, caussæ nihil erat, nisi in vocatione inesset aliquid, quod in persona magistratuum esset contra ipsorum dignitatem; in persona eorum, qui aliquo officio & opera detinerentur, esset, quod illos ab ea re abduceret: in persona autem parentis & patroni fieret contra reuerentiam istis personis debitam, nisi permissus prætoris accederet. Id autem fuit illis temporibus, quod qui in ius vocabãtur nisi irent, aut cauerent iudicio sisti, inuitos duci ius erat. de quo mox. Quod ne committeretur aduersus eos, quos dixi, ideo excepti sunt edicto. In quibus etsi prætor simpliciter parentes nominet: tamen sciendum est de parentibus accipiendum esse, qui liberos, a quibus vocantur, in potestate non habent, *l. vlt. hoc tit.* Nam qui sunt in potestate, his cum patre nulla lis, nullum iudicium esse potest, ne permissu quidem prætoris, nisi de iis bonis, quæ acquisitionem patris effugiunt, *l. lis nulla. ff. de iud.*

Finis † & effectus iustæ vocationis hic, vt qui voca- 16
tus est, ad constitutum diem veniat. Quod dum Romani olim a vocato obtinere student, duorum alterum a vocato exegerunt, vel vt iret statim, seque apud magistratum sisteret; vel vt satis, aut cautum daret iudicio sistendi caussa. In quam sententiam titulus D. *In ius vocati vt eant, vel satis vel cautum dent.* Estque hæc necessitas cauendi & veniendi in ius, argumentum in quo versatur & titulus *de in ius vocando* Digestis, & reliqui omnes, qui inde sequuntur vsque ad titulum *de edendo.* Ergo qui nolebat ire, cauere cogebatur, atque hac cautione eundi necessitatem defugiebat. Cauebat se ad constitutum diem, qui ab actore dictus erat, iudicio staturum.

Vnde † cautio seu promissio iudicio sistendi caussa 17
facta, cuius tam crebra in ea parte mentio in Pandectis, *l. 2. §. 1. §. prætor. ff. qui satisd. cog. l. vlti. ff. si quis in ius voc. non ier. l. 1. in ius voc. vt eant. tot. titul. si quis caut. iud. sist. cau. fac. non ob.* Iudicio, id est, iudicii caussa, seu ad iudicium, intellige accipiendum. vt sistere se iudicio dicatur reus, cum se sistit in iure, vt iudicium quod datur, accipiat, seu patiatur litem secum contestari, vt significatur *in l. si eum. in fin. ff. si quis caut.* vel vt alibi, vt secum agendi potestatem faciat: quod fit iudicium accipiendo & litem contestando, *l. etsi. eo.* In hac re pro conditione reorum cautio triplex recepta erat; satisdatio, cautio iuratoria, nuda repromissio. Vnde ille titulus ff. *Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suæ promissioni committantur.* Item ille, *In ius vocati vt eant, vel satis, vel cautum dent.* satisdent, si ii sunt, a quibus satisdatio exigitur. cautum dent sine fideiussoribus ii, a quibus nihil amplius exigitur, quam cautio seu repromissio; eaque duplex, alias iuratoria, alias simplex & sola. Satisdare est promittere fideiussoribus datis, *l. 1. ff. qui satisdar. cog.* Iurato promittere, est ita promittere, vt amplius iures te facturum, quod promiseris. Nuda promissio & cautio est, cui nec fideiussores, nec iusiurandum accedit. Satisdabant omnes etiam parentes & patroni, qui non possidebant immobilia. qui possidebant, ab his satis-

datio

datio non exigebatur, *l. sciendum. ff. qui sat. cog.* Cauebant igitur hi solum, sed alias vt iureiurando id firmarent, interdum vt repromitterent duntaxat. Iusiurandum ab omnib. pariter exigi solitum consentaneum est: nisi sint quibus id iusiurandum remitteretur. Legimus autem iusiurandum de calumnia remitti parētibus & patronis, *l. iusiurandum & ad pecunias. §. qui iusiurandum. ff. de iur. l. liꝫ et. ff. de obseq.* Quo exemplo & his remissum id iusiurandum de quo agitur, recte dicemus, quod ideo exigeretur, quia de fide parentis filius, patroni libertus dubitaret, & postea de periurio queri vellet. Ita fit, vt soli hi ex iis qui immobilia possidebant, cauerent tantum, non iurarent; ceteri etiam iurarent se iudicio adfuturos. Ex iis qui immobilia nō possidentes satisdare cogebantur, alii fideiussorem iubebantur dare locupletem; alii qualemcunq; dedissent, admitti iubebatur. Locuples pro rei qualitate exigebatur fere ab omnibus. Soli hi fuerunt, a quibus qualiscunque fideiussor accipi iuberetur, parens, patronus, patrona, liberi patroni, patronæ, vel vxor, nurusue, hoc *in l. 1. & 2. ff. in ius voc. vt eant.*

18 Sed † vt si caueret reus, hoc consequebatur, ne cogeretur venire; ita si ea conditione non vteretur, vt veniret, sine cunctatione iubebatur ire. Simul & ius erat priuato reum in ius ducere, & trahere inuitum: si tamen extra domum conspiceretur. Nam eum qui erat domi suæ, non licebat de domo sua in ius vocare, id est, extrahere & ducere, *l. plerique. & l. sequent. ff. eo.* Quem morem ducendi multis testimoniis cum aliorum auctorum, tum nostrorum confirmauit Duarenus *lib. 1. Dispu. cap. 1.* Hinc illa consequentia. Primum vt qui aliquem duceret, eum prætor tueretur. quod & fecit vetans, ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat, tit. *ne quis eum qui in ius voc. est, vi exi.* Deinde, vt quoniam in hac ductione inerat aliquid dedecoris, & velut infamiæ, ab eo vindicaret eos, quos eo dedecore ab actore affici non conueniebat. Quod & ipsum fecit, dum eas personas partim vetat simpliciter in ius vocari, partim vocari sine permissu suo, de quibus supra dixi.

19 Sed † quorsum ductio ad prætorem? An vt statim compelleretur reus illic litem apud prætorem contestari, vbi nondum edita actione & spatio dato deliberare non potuisset, vtrum cedere, an contendere deberet? Iustinianus *in Nouel. de exhib. reis. §. illud quoque,* indicat, eo spectasse ductionem, atque hanc vim habuisse. Neque hoc iniquum videri debuit, aut aduersus edictum de edendo, quo eiusmodi spatium reis datum est ad delibeãrdum, *l. 1. ff. de eden.* De se enim queri debuit, qui cum posset cauere, & deberet, non cauit. Putem tamen, si apud prætorem paratus esset reus cauere in diem constitutum, quod prius nolebat, auditum fuisse, neq; ideo ductionem fuisse inutilem, vt quæ ab inuito iam extorqueret, quod sua sponte non præstitisset.

20 Sed † amplius quæritur in hoc iure, quid opus fuerit non dico ductione in ius, sed vllis omnino cautionibus iudicio sistendi caussa aduersus eum, qui in ius vocatus non veniret. Vt in iudicium veniret, inquies, & ibi lite cum eo contestata iudicium cum illo constitueretur, quo deinde actor recte atq; ordine de iure suo experiretur. Quid ergo, an eo absente de caussa cognosci, & res aduersus eum iudicari non potuit? Nam si potuit, cur rebus non necessariis oneramus actorem, ac vocato, nec veniente reo non statim de re cognoscitur? Et sciendum est, ordinem iudiciorum iure Romano ita esse, vt lite non contestata non possit de re iudicari, *vt diserte testatum est in Nouel. de exhib. reis. § 3. §. si vero.* Quod & in Decretalibus expressum est titulo in eam rem nominatim concepto, *Vt lite non contestata non procedatur.* de quo alias plura scripsimus suo loco.

Propone ergo nobis aliquem locum, in quo ita ius sit constitutum, vt quamuis aduersarius vocatus non venerit, possit tamē iudex cognoscere aduersus eum, & re cognita iudicare. hic necesse erit omnem istum ordinem in cautionibus, & satisdationibus exigendis; in ducendo reo, qui nō caueat; tum id ius omne, quod ex hac caussa nascitur, tanquā superuacuum, & ad iudicium peragendum inutilem cessare. Qua ex re factū est in Gallia, vt dum prius admiserunt in iudiciis peragendis, ideo nec toto superiore iure cautionum, aut ductionum in ius ad reum in iudicio se sistere cogendum vtantur.

## AD TIT. III. LIB. II. C. DE PACTIS.

### SVMMARIA.



De vi pacti, omnisque conuentionis edictum est a prætore propositum, quod sub hoc titulo cum in Pandectis, tum in Codice explicatur. Id edictum est, quod proponitur *in l. Iuris gentium. §. prætor ait. ff. eo.* Eius edicti duæ sunt partes. Vna, qua prætor pollicetur se pacta seruaturum. Altera, qua pollicetur, se quædam non seruaturum, in quibus nominatim excipit ea, quæ dolo malo facta erunt, & quæ contra leges. In priore parte ingens occurrit dubitatio ex eo, quod pro iure certo traditum sit, ex pacto actionem non nasci, *l. Iuris gentium. §. sed cum nulla. §. quin imo. ff. eod. l. legem. C. eod.* hoc enim posito, quæritur primum, an videatur id cum edicto conuenire, in quo prætor pollicetur sine exceptione se pacta bona fide facta seruaturum. Deinde si quædam valent, quædam non valent, magna quæstio est, quomodo, quaue nota hæc genera distinguamus. Postremo vt quædam valeant, quædam non valeant, tamen hoc erit explicandum, cur placeat vnum genus valere potius, quam alterum: cum ratio naturalis, quæ pacta tuetur, efficere videatur, vt omnia pacta debeant seruari. Est enim hæc, conueniens esse æquitati naturali fidem seruare, *l. 1. ff. eod.* Ea vero ad omnem conuentionem 1

pertinet. Nos quæ erant huius loci, expedire conati ſumus ad *l. legem.* & *l. in bonæ fidei. ‡. eod.* In altera parte edicti quærendum eſt, quod ſit pactum dolo malo factum. quod attingam ad *l. cum poſtea. ‡.* item quæ contra leges, quæ in fraudem legum. de quo mihi conſtitutum eſt dicere ad l. *pacta, quæ contra. ‡.* Ad vtramque autem partem, & omnino ad omnem conuentionem ante omnia pertinet quærere, quid ſit pactum, quid conuentum: quando prætor edictum ita concepit, *pacta conuenta ſeruabo.* de quo nunc dicam.

2 Pactum † eſt, duorum pluriumue in idem placitum & cōſenſus. Sic enim pactio definitur ab Vlpiano *in l. 1. ff. eod.* Nobis autem videtur cum aliis multis, iiſque eruditiſſimis hominibus idem eſſe pactum & pactio. Sed de eo mox plura. Nunc ſuperioris definitionis verba expendemus: quia ſiue idem eſt pactum, quod pactio, ea eſt definitio, quam quærimus: ſiue non ſunt iſta eadem: tamen hæc differentia erit eorum ſententia, qui iſta diſtinguunt, quod pactio generis nomen eſt, pactum ſpeciei. At ſemper ineſt genus in ſpecie: vt dicendum ſit, pactum eſſe pactionem, ideoq; duorum placitum, & conſenſum: tametſi pactum erit aliquid amplius. Vtraque igitur de cauſſa illa definitio ſuperior hoc loco explicanda eſt. *Eſt placitum & conſenſus,* vt intelligas remoueri ſermonem & tractatum eorum, quorum nullus conſenſus, nulla voluntas eſt, vt furioſi, & infantis, *l. furioſi. ff. de regul. iur. l. 1. §. furioſum. ff. de oblig. & actio.* & eorum, qui aliter loquuntur, ac ſentiunt, vt ſunt, qui promittunt vel loci, vel doctrinæ cauſſa, *l. 3. ff. de oblig. & actio.* & qui promittunt etiam ſimulandi gratia, vt fiat is contractus, quem appellamus imaginarium, *l. contractus imaginarii. ff. de oblig. & actio. Duorum pluriumue,* poſitum ad diſcrimen ſupremarum voluntatum, quæ habent quidem ſententiam & placitum: ſed vnius teſtatoris, non duorum. Vnde illud dictum *in l. verba ff. de verb. ſignifi.* verba, contraxerunt, geſſerunt, ad teſtandi ius non pertinent. Sunt enim videlicet verba contrahētium. Ita ad diſcrimen pollicitationis, quæ habet promiſſionem: ſed ſolius offerentis: non duorum conſenſum *l. 3. ff. de pollic. In idem,* valet in hoc, vt idem aliquid fiat, ſequatur, aut contra ne fiat, ne ſequatur. puta, vt des aliquid, aut facias: aut contra ne des, ne facias: veluti, ne a me petas. Recte autem, & conſulto dictum eſt in idem, non in eadem re: quia non omnes, qui de eadem re conſentiunt, paciſcuntur, ſed qui conſentiunt in eandem rem. De eadem re, ſeu in eadem re conſentire dicuntur, qui de eadem re idem ſentiunt, quique affirmant rem ita aut ita ſe habere, vt cum philoſophi virtutem ſummum bonum eſſe ſtatuunt. In eandem autem rem, & quod idem eſt, in idem conſentiunt, non qui de eadem re idem affirmant tantum: ſed qui ita affirmant, vt ſimul recipiant futurum, vt ea res ſequatur. quod qui faciunt, promittunt. proinde paciſcuntur. Ergo definitur pactio iſto modo, eiuſque definitionis ea vis, & ſignificatio eſt, quam modo dixi. Num † idem ſit pactum,
3 vt neq; plus, neque minus contineat, quæritur. Duareno non videtur doctiſſimo & grauiſſimo Iuriſconſulto. de qua re ille ſcripſit ad *l. 1. ff. eod.* & eandem ſententiam poſtea tutatus eſt lib. 2. *Diſput. cap. 8.* Ceteris videtur omnibus eſſe idem. cum quibus ego ſentio. Ac mihi quidem multas & graues cauſſas habere videor huius ſententiæ. Quid eſt enim ex iis, ex quibus ſignificatio verbi deprehendi ſolet, quod hic nō concurrat, vt pactum idem eſſe interpretemur, ſiue analogia & ratio in verbo ſpectatur, ſiue vſus loquendi veterum, ſiue ipſius auctoris, id eſt, Vlpiani mens & ſententia cum alibi, tum in huius edicti interpretatione? In ratione verbi animaduerto, quod differt promiſſum a promiſſione, ſtipulatus a ſtipulatione, emtum ab emtione, hoc neceſſe eſſe pactum differre a pactione. Eſt enim in omnibus eadem analogia, deriuatio & inflexio a ſuo themate eadem. At promiſſum & promiſſio idem ſignificant: ſtipulatus & ſtipulatio idem: ſimiliter emtum & emtio. Stare promiſſis eſt id, quod dicimus ſatisfacere, & obtemperare cautioni, id eſt, promiſſioni. Pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſum, id eſt, promiſſio *in l. 3. ff. de polli.* Actio ex ſtipulatu eſt, actio ex ſtipulatione *in l. prædia. ff. de acti. emt. l. ſi pacto. ‡. eod.* vt actio ex emto, actio ex emtione, *l. ex conuentione. ‡. eod.* idem igitur ſimiliter pactum & pactio. Si de vſu verbi quæritur, Cic. *libr. 2. de Inuentione*, eodem modo pactum definiuit, quo Vlpianus hoc loco pactionem. *Pactum,* inquit, *eſt quod inter aliquos conuenit.* Auctor ad Herennium eodem modo *libr. 2.* Si quæritur de Vlpiani ſententia, ipſe de pacto ſcripſit idem *in l. 3. ff. de pollic.* quod de pactione. *Pactum,* inquit, *eſt duorum conſenſus, atque conuentio.* Quid hoc loco? non ſcripſit ille quidem diſerte de verbo pacti. ſed cum interpretaretur edictum de pactis, haud dubie pactionem definiens, & conuentionem, nihil aliud declarauit, quam iſta ſe intelligere eſſe eadem, pactum & pactionem, cōuentum & conuentionem. Sane enim pactum & conuentum definire eum oportuit: quoniā hæc verba erant in edicto. Pactionem autē & conuentionem quid attinebat definire, ſi hæc a pacto & conuento differunt: cum hæc verba in edicto non eſſent? Non dubium eſt igitur, quin, vt dixi, Vlpianus prudens & attentus ſcriptor ideo pactionem & conuentionem ſolum definierit, quia pactionem & pactum, conuentionem & conuētum idem valere & declarare ſtatuerit. Sed mouetur præcipue Duarenus, quod ſi pactum eſſe dixerimus duorum placitum & conſenſum, conſequens erit cōtractus eſſe pacta: conſequens hoc quoque, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quorum neutrum ille admittendum putat. Ego autem nihil video eſſe, cur ſi contractus conuentio eſt, non dicatur etiam pactio & pactum. Negat ille ſe animaduertiſſe, venditionem, locationem, & ſimiles contractus a veteribus dici pacta. Fortaſſe ne pactiones quidem dici animaduertit. Neque eo minus pactiones dici confitetur. Sed pacta dicuntur ſine dubio *in l. in traditionibus. infr. eodem.* Quod enim illic dicitur dominia rerum traditionibus, non nudis pactis transferri, valet non conuentionibus ſolis, quæ traditionem non habent, qualeſcunque fuerint. Nam nec pacto nudo, vt hoc titulo pactum nudum appellamus, nec vllis venditionibus, aut cōtractibus aliis dominia rerum transferuntur, *l. quoties. ‡. de rei vin.* Ille probat contractus pacta non eſſe. quam ad rem profert multos locos cum ex aliis auctoribus, tum ex noſtris, in quibus in ſumma, contractus a pacto conuento diſtinguitur. quibus non efficitur, meo iudicio, quod vult. Illi enim loci arguunt, non eſſe idem contractum, & pactum. quod eſt veriſſimum. Sane enim multum inter ſe diſtant, vt diſtat ſpecies a genere. Pactum † enim genus eſt: pacti & conuentionis ſpe- 4
cies contractus. Sed non eo minus contractus eſt pactū. Semper enim genus de ſua ſpecie dicitur: vt, *homo animal*

animal est, etsi inter animal & hominem multum interest. Ac ne quis dubitet hoc in pacto recte dici, etsi a contractibus distinguitur; idem plane licet animaduertere in pactionis verbo. Sic enim scriptum est *in l. 3. ff. de usuf.* vsumfructum constitui extra testamétum pactionibus & stipulationibus. Hic quoq; pactiones distinguuntur a stipulationibus. At nihilominus stipulatio est pactio iisdem etiam auctoribus. Quapropter non si pactum a contractu distinguitur, ideo cótractus pactum non est. Plus dico: etsi concesserimus pactum specialiter accipi pro pacto nudo: non tamen ideo consequens erit, pactum generale nomen non esse, cum per se ponetur. Non enim nouum est, idem verbum & generis nomen esse, & speciei: quod adoptionis, cognationis, actionis nomina satis probant, *l. 1. ff. de adopt. l. Iurisconsultus. §. 1. ff. de grad. l. pecuniæ. §. actionis. ff. de verb. sign.* Imo, † inquit, cum pactum ab-
5 solute nominatur a veteribus, pactum nudum intelligitur, nec contractus continetur. quod declarat veterum regula, ex pacto actionem non nasci, *l. 7. §. quinimo. ff. eo. l. legem. J. eo.* Sed hæc regula nihil eum adiuuat. Nam vt veteres hac regula contractus certos, eosdemque qui proprio nomine appellantur, excludunt: sic excludunt & incertos, cum dedi tibi, vt faceres, & similes *d. l. legem J.* Neque tamen quisquam ex eo colligit, hanc conuentionem pactum non esse, cum do tibi ea conuentione, vt mihi des, aut facias. quod si faceret, multis modis vt in re aperta refelleretur. Nisi forte pacti verbo eas tantum intelligimus conuentiones, quæ actionem non pariunt, vt ille significare videtur multis locis. quod non ita est. Nam conuentio de pignore, pactum est, etsi ex eo iure honorario nascatur actio, *l. si tibi decem. §. de pignore. ff. eo.* Quare si ex suprascripta regula non recte colligitur hæc pacta non esse, quamuis actionem pariant: ne illud quidem ex ea recte collegeris, contractus pacta non esse, quia contractus certi actionem pariunt. Cur ergo in supra scripta regula pactum intelligunt veteres pactum nudum? non quia omne pactum sit nudum (alioqui male quædam dicerentur nuda, ad discrimen eorum, quæ nuda non sunt) sed quia pactum, quatenus nihil, nisi pactum est, per se actionem non parit. Qui dotem ea lege dedit, vt ea sibi redderetur soluto matrimonio, habet quidem ille actionem exsistente conditione conuentionis: sed non ex pacto, id est, ex pacto solo: sed ex eo etiam, quod præter
6 conuentionem dedit ea lege, vt acciperet. † Ergo, inquit ille, hoc edicto de pactis cóuentis edicens prætor de conuentionibus omnibus edicere intelligitur. Quod abhorrere a sententia prætoris existimat. Pollicetur enim se pacta esse seruaturum. Hoc edicere de contractibus esset superuacuum & ineptum, cum contractus satis iure valeant sine tuitione prætoris. Quam sententiam confirmari putat & edicti collocatione, & Iurisconsultorum circa hoc edictum interpretatione. Etenim edictum inter ea, quæ iudicium antecedunt, locatum est: non alia de caussa, quam quod pactum ad litem remorandam pertineret. Sic autem pertinet, si quod pactum est, quo id agitur, vt a lite discedatur. Congruit hæc sententia Iurisconsultorum interpretationi, quæ sub hoc titulo in Pandectis talis est, vt post edictum omnis illorum tractatio sit de iis pactis, quæ fiunt, ne quid petatur. Sed nihil horum, vt puto, reperietur. Esset ineptum, & alienum, fateor, prætorem de contractibus edicere, si hoc solum polliceretur se pacta seruaturum. Núc autem ea excipit, quæ dolo malo, & contra leges facta erunt. Hoc in contractibus statuere non modo non est otiosum: sed etiam est eiusmodi, vt de his solum contractibus, qui iure valent, statui oportuerit: in ceteris autem cóuentionibus fuerit inutile & superuacuum. aduersus has enim satis iure munitus est reus; cum iure ipso actionem non pariant. Contractus autem, qui iure pariunt actionem, etiam si dolo malo, aut contra leges quid promissum sit, necesse est reum teneant, nisi hic aliqua exceptione defendatur. Ea vero exceptio hoc edicto aduersus omnem eiusmodi pactionem est comparata.

Iam † cum ea exceptio æque ad moram iudicio af- 7
ferendam, & tuendum reum pertineat, atque illa, quę ex pacto nascitur, non est, cur minus ad instruendum iudicium, quam pacti exceptio, existimetur pertinere. Et ideo vtraque de caussa edictum hoc loco recte collocatum.

Quod † autem post edictum propositum omnis 8
fere hoc titulo tractatio Iurisconsultorum in Pandectis, est de pactis, quibus id agitur, ne petatur, non debet in eam parté accipi, quasi de aliis prætor hoc edicto nó senserit (alioqui hoc efficietur non contractus nó esse pacta: sed illud potius, *vt recte Baro scripsit ad §. quin imo. l. 7. ff. eodem.* non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne agatur. quod ne hi quidem dicunt, qui contra disputant) sed quia maxima pars eorum pactorum, quæ ex hoc edicto valent, est eorum, quæ pariunt exceptionem. Nihil igitur affertur, cur hic sub pactionis verbo pactum non sit definitum, multoque minus, cur pactum non sit duorum pluriumue consensus.

Quid † sit conuentum, videamus. Et vt ante pactú 9
pactionis definitione: sic deinde quid sit conuentum, conuentionis definitione explicat Vlpianus *in d. l. 1. §. 1. ff. eo. Conuentionis*, inquit, *verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendiue caussa consentiunt, qui inter se agunt.* quod nihil aliud est, nisi conuentionem esse plurium consensum, vel placitum contrahendi transigédiue negotii caussa interpositum. Vbi contrahere negotium valet, obligationem contrahere. Transigere autem, finire, & dirimere. Nam nisi ita accipimus, pacta liberandi debitoris caussa interposita conuentiones non erunt. quod aperte falsum est. Idq; Vlpianum sensisse apparet ex eo, quod dicit verbum conuentionis generale esse: item ad omnia pertinere, de quibus consentiunt, qui inter se agunt. quod quidem non aliter fit, quam si conuentionis verbum omnem consensum contineat tam eum, qui ad alium obligandum, quam eum, qui ad reum liberandum pertineat. Itaque qui in hac definitione verbum transigere pro gerere, vsurpatum esse, eoque & prætermitti potuisse dicunt, non video, quomodo aliam interpretationem imperitis & rudibus tribuant. Nam ne illi quidem ipsi ignorát, transigere latinis interdum esse finire & conficere rem, efficere, vt nihil sit amplius nobis negotii cum aliquo. vt apud Terent. in And. act. 1. sce. 5. *quot modis contemtus, spretus. facta, transacta omnia. hem repudiatus repetor.* Quod si ita est, pactio & cóuentio idem exprimút. Nam illud, *in idem*, quod est in definitione pactionis, quid est, nisi in hoc, vt aliquid fiat negotii vel contrahendi, vel dirimendi caussa? definitio igitur amborum eadem. proinde & ipsa inter se eadem. Quapropter vt conuentionis sic pactionis verbum generale est. Cur † ergo in verbo conuentio- 10

nis id solum dixit Vlpianus, verbum hoc generale esse? vt intelligeremus non solum pactionem esse generale verbum, quod ex definitione prius intelligebatur: sed etiam conuentionem. quod de conuentione prima fronte potuit dubitari. Vt enim est verbi origo, vnde conuentio dicta est, non videatur fortassis pertinere ad eos, qui de negotio transigunt. Horum enim consensus & factum potius dicatur discessio, quam conuentio: cum ipsi non in eamdem rem veniant, sed ab eadem re discedant. Quod & verum est, si negotii, a quo disceditur, ratio habeatur. Sed si is consensus spectatur, quo agitur, vt a negotio discedatur, etiam hic consensus conuentio est. Qui enim ita consentiunt, in eamdem sententiam simul veniunt & decurrunt, vt Vlpianus loquitur: quod ille in conuentionis verbo spectandum esse monet. Quod si conuentio placitum est duorū & consensus, erit & conuentum duorum placitum & consensus. Ex quo intelligitur & pactum & conuentū idem esse, & vtrumque per se positum idem valere. Itaq; vt dicimus absolute promissum facere, sic absolute dicimus facere conuentum, stare conuentis eadem significatione. *Cic. lib. 1. de offic.* Potest enim accidere promissum aliquod, & conuentum, vt id effici sit inutile vel ei, cui promissum est, vel ei, qui promiserit. Idem *lib. 3. de off.* Sic multa, quæ natura honesta videntur esse, temporibus fiunt non honesta: facere promissa, stare conuentis, reddere depositum commutata vtilitate fiunt
11 non honesta. Neq; † vero si hæc iunguntur, diciturq; pactum conuentum, ideo mutatur conuenti significatio, & quod per se substantiuum erat, iunctum fiet adiectiuum, quod vel inde constare potest, quod pro, pactum conuentum, Iuuenalis alicubi dixit pactum & conuentum, his verbis: *Conuentum tamen, & pactum, & sponsalia nostra Tempestate paras.* & Cicero pro Cæcinna: *Quæ iudicia, aut stipulationes, aut pacti & conuenti formula non infirmari aut infringi potest?* Sunt igitur hic duo substantiua ἀσυνδέτως iuncta, vt alia pleraque eiusdem modi, æquum bonum, purum putum, sarta tecta, ruta cæsa. Sed si idem est conuentum, quod pactum, cur hæc coniunguntur otiose, cum alterū sufficiat? Fit hoc vel rei magis exprimendæ caussa κατὰ τὸ αὐτό, vt in illis, æquum bonum, cum idem sit boni consulere, quod æqui consulere: & in illis purum putum, cum argentum id purum sit, quod est putum, & putum, quod purum: vel, quod mihi propius vero videtur, ambiguitatis vitandæ gratia,
12 quæ est in verbo pacti. Nam † pactum & a paciscor deducitur, & a verbo pango. A paciscor pactum est, conuentum, a pango, pactum est, fixum, aut iunctum: huius ambiguitatis tollendæ caussa additur *conuentum*: vt cum dicit prætor, *pacta conuenta seruabo*, perinde fit, quasi diceret, *pacta seu conuenta*, vel pacta (hæc autem intelligo, *quæ sunt conuenta*) seruabo. Id ita esse ex eo probari potest, quod verbum ipsum pacisci cum ponitur, per se ponitur. Non enim dicimus quemquam pactum esse, cōuenisse. Similiter & verbum pactionis. Inauditum est enim pactio, conuentio interposita est. cur? quia scilicet verbum pacisci & pactionis, notæ est, & certæ, non ambiguæ significationis, non minus, quam cōuenire, & conuentio. Eo videlicet ad significationem explicandam non eget adiuncto. Nomen pacti, non item certum, vt dixi, propter incertum deriuationis. Hæc incertitudo adiuncto declaratur. Cetera ad vniuersam de pactis quæstionem pertinentia si quis vno in loco velut in tabula proposita desiderabit, ea summatim ac methodo a me comprehensa ad calcem huius commentarii adiecta reperiet: vt hac opera etiam, si videtur, ad singularium partium, quæ hic fusioris interpretationis caussa suis quæque locis sparsæ sunt, ordinem & collocationem, ac totius velut corporis exædificationem vtatur.

*L. 1. Conditionis.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Philino.

*Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, vt, si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restitueret: pactū eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando, cum liberos Philinus non sustulerit, interpositum non idcirco potest iniquū videri: quod facta (sicut placuit) diuisione diem suum, te filio eius superstite, functus esset. PP. VII. Kalend. Decemb. Seuero A. & Victorino Coss. 204.*

SVMMARIA.

1 *Summa sententia obscuri rescripti.*
2 *Hypothesis, quæstio, atque ambigendi caussa.*
3 *Responsi verba obscura explicantur.*
4 *Conditionis incertum quid sit, & quid contineat in specie hic proposita.*
5 *Conditionis incertum quomodo hic finitum conuentione.*
6 *Conditionis incertum quam hic finitum non iniquis rationibus.*
7 *Spem fideicommissi conditionalis pacto remitti posse, ipsum fideicōmissum repudiari non posse, & differentiæ ratio.*
8 *De viuentis bonis non pacisci eum, qui heredi fideicommissario spem fideicommissi ab eo relicti remittit.*
9 *Fideicommisso relicto ab herede si is sine liberis decesserit, præferri liberos fideicommissario, sed ita vt nihil hic liberis legari intelligatur, eoq; nihil obstent liberi, quominus heres remoto fideicommissario quiduis de bonis possit alienare.*
10 *Sextantis in specie proposita a Philino dati nullam esse ob liberos ab eo postea susceptos repetitionem, quia non sit datus ob caussam, si liberos postea non suscipiat, aut quia caussa non sit expressa.*
11 *Transactio in specie hic proposita, & cur species in hunc titulum relata.*

HAbet hoc rescriptum hanc sententiā: Qui spem fideicommissi † conditionalis sibi delati, ac cu- 1
iuslibet futuræ perceptionis pacto remittit, & pro ea remissione quid accipit, non sine iusta & præsente caussa accipit. proinde quamuis spes emolumenti, seu perceptionis postea deficiat: tamen cessabit dati repetitio, tāquam ob caussam dati caussa secuta. Species † facti huiusmodi. Pater decessit duobus filiis 2
heredibus relictis, Philino, & Licinio, Frontonibus. Is pater testamento aut codicillis petierat a Philino, vt si sine liberis decederet, portionem suam hereditatis Licinio Frontoni fratri suo restitueret. Philinus, a quo fideicommissum relictum erat, nondum susceptis liberis veritus, ne non susciperet, & cupiens tamen portionem suam ad suos heredes transmittere, egit cum Licinio fratre fideicommissario, vt is spem fideicommissi remitteret, seu pacisceretur se in omnem euentū fideicommissum non petiturum. obtulitque

tulitque ei pro ea re sextantem portionis suæ, id est, duas vncias, quas iam nunc ille haberet proprias, quamuis fideicommissi conditio defecisset. Placuit conditio Licinio, itaque pactus est Licinius se fideicommissum nunquam petiturum. Philinus sextãtem pactus est. Secundum hanc conuentionem diuisio hereditatis inter fratres facta est; itaq; Licinius, idemque fideicommissarius semissem accepit iure hereditario: ex conuentione autem sextantem nomine fideicommissi a se remissi. quo factũ est, vt is octo haberet vncias ex hereditate: Philinus dumtaxat, quod reliquum est, id est, vncias quatuor. Philinus postea filium sustulit, illum ipsum, qui hoc rescripto consultor proponitur, quo superstite Philinus pater decessit. Quo loco notandum est, fideicommissi conditionem defecisse, atque ita nullum fuisse fideicommissum, quod Licinius remitteret. Hinc caussa Philino filio sextantis a patre dati repetendi, de qua re hic agitur. Dicit Philinus Licinium Frontonem inique accepisse, aut certe inique nunc sibi defendere sextantem, vt remitteret fideicommissum: cum nihil remiserit. Nam etsi potuit ab initio dubitari, an fideicommissum hic vllum esset: tamen ex euentu cœpit intelligi nullum id fuisse: cum eius conditio defecerit. De hac re consuluntur Imperatores. Respondent conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum esse. hoc sentiunt. Fidei-

3 commissum † in proposito nullum fuit: sed fuit conditio fideicõmissi, cuius cõditionis incertum, quamdiu Philinus vixit, perseuerauit. hoc incertum finiuit Licinius Fronto fideicõmissarius conuentione, cum pactus est, se, etsi fideicommissi cõditio exsisteret, nihil esse petiturum. Cum pro ea re sextantem accepit, factum id est, non iniquis rationibus: cum remiserit aliquid, & vicissim eo nomine quid acceperit. Ex quo concludunt deinceps Imperatores, quamuis postea defecerit conditio fideicommissi: tamen pactum ab initio iustum, euentu iniquum non fieri: cum constet sextantem datum, vt conditionis incertum finiretur, quæ caussa ita est secuta, vt quo minus exstiterit, nulla res queat efficere. Videndum est, quod sit hoc incertum cõditionis: quomodo sit finitum: tum cur finitum non iniquis rationibus. Conditionis

4 incertum est, † incertitudo, quę ex superiore conditione fideicommissi nascitur. Incertitudo ea est. Nam quamdiu Philinus pater, quem fideicommisso oneratum proposuimus, viuet, incertum est, vtrum pars eius apud eum maneat, & heredes eius, an restitui debeat ex fideicommisso. etenim si liberos relinquit, pars ab eo, & heredibus eius non recedet. sin decedit sine liberis, pars ex fideicommisso debebitur. Hoc

5 incertum † illi finitum est superiore conuentione Licinii Frontonis: quia ex ea conuentione cœpit iam nunc esse certum, partem Philino ex conuentione constitutam nunquam ab eo, si volet, recessuram. siue enim liberi sunt, nullum est fideicommissum. siue nulli sunt liberi: tamen Licinius Fronto fideicommissum non potest petere, obstante ei conuentionis exceptione. Finitum igitur conditionis superioris in-

6 certum est, vt est propositum. Neque † finitum est iniquis rationibus, si quid accepit, vt remitteret, aut finiret, & remisit finiuitue. Hic occurritur, hoc ipsum iniquum esse, Licinium Frontonem pro hac remissione quidquam accipere. hoc enim totum, remittere spem fideicommissi, seu finire conditionis incertum, nihil esse: cũ spes fuerit inanis, vt ex euentu apparuit, & ex hac remissione nihil Philinus consequatur. Nam & sine hac remissione partem suam Philinus retineret. Nos vero dicimus multum ex hac remissione Philinum consequi vel statim & in præsentia. Atque in summa tria consequitur commoda ex ea re. Primum, quod iam certum habet portionem hereditatis sibi ex conuentione relictam ita suam esse, vt de ea possit statuere, vt libet. Alterum, quod metus ei adimitur insidiarum, qui ex huiusmodi fideicommissis nasci solet, *l. de fideicommisso. infr. prox. tit.* Postremum, quod hoc metu amoto concordia inter fratres constituitur, & retinetur, dum Philinus nihil habet amplius, cur diffidat Licinio fratri nihil iam ex fideicommisso speranti, *dict. l. de fideicommisso.* Cum tam multa ad Philinum ex hac conuentione & remissione redeant: apparet non iniquum esse, vt pro his Licinius sextantem accipiat, acceptum ad extremum retineat. Hæc sententia est & ratio rescripti, aduersus quam duo videntur dici posse, suntque eiusmodi, quæ contra vulgo disputari solent. Primum dici potest Licinium Frontonem non dico non remisisse fideicõmissum, sed nec fideicommissi spem remittere potuisse, quamdiu pendet fideicommissi conditio. proinde nec remisisse, aut finiuisse incertum conditionis, contra quam Imperatores aiunt. Deinde & illud dici potest, quamuis Licinius spem fideicommissi recte remiserit: tamen Philinum patrem, si quid pro eo vellet dare, potuisse ipsum dare de suo. ceterum sextantem, de quo nunc agitur, in fraudem liberorum suorum non potuisse. de quibus paucis videamus.

Primum † dicitur fideicommissi spem nec pacto 7
remitti posse pendente fideicommissi conditione, argumento esse quis dixerit, quod fideicõmissum pendente conditione repudiari non potest, *l. si ita scriptum. §. 1. D. de leg. 2.* Sed hoc nullum argumentum est. Siue enim caussa est, cur ista inter se distinguantur pactum & repudiatio, siue non est, certe separari constat: vt fideicommissum quidem sub conditione relictum pendente conditione repudiare non possimus, *d. l. si ita scriptu. §. 1. D. de leg. 2.* at de eo pacisci liceat pendente conditione, *l. & heredi. §. filiusfa. l. pactum. in fin. D. eo. & hic.* Ne tamen putemus temere separari ista, cum in pacto insit fideicommissi remissio itidem, vt in repudiatione, differentiæ ratio hæc erit, quod repudiatione iam nunc, & in præsens tempus fideicommissum remittitur, quod pendente adhuc conditione nullum est. pacto remittitur in futurum, idque cum fideicommissum peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem delatam ad se pertinere. qui paciscitur, hoc dicit, se quamuis postea res cœperit deberi, tamen eam non petiturum. Prius repudiatione effici non potest: quia per rerum naturam non licet remittere eam obligationem, quæ nulla est: a nobis abdicare id, quod delatum non est. Posterius pacto recte efficitur: quia remittitur id, quod est in iure nostro; & licet vnicuique paciscendo iuris sui persecutionem deteriorem constituere, *l. 7. §. si paciscar. & l. pactum. D. eo.* Eandem vim habet, quod traditum est de repudiatione, eius nimirum esse nolle, qui potest & velle, *l. 4. D. de acquir. hered. l. eius. D. de regul. iur.* Superiorem sententiam de vi pacta non offendit, quod traditur *in l. nos. infr. de postl. re.* de facultatibus eius, qui ignoratur, vtrũ viuat, necne, nec transigi posse, id est, nec ab vno ius in his facultatibus delatum remitti posse. Non enim ideo hic remissio

iuris non valet, quia in hac incertitudine ius nostrum sit adhuc in suspenso: sed quia de viui hereditate pacisci nō licet. *l. vlt.* ∫. *eo.* & nihil interest ad periculum pactionis, vtrū de mortui, an de eius bonis agatur, cuius vita in incerto est. Multo minus ei sententiæ aduersatur, quod si ante aditam hereditatem heres voluntatem accommodarit legatario, vt ei rem legatam possidere liceret, placet eam voluntatem non obesse heredi adita hereditate, quominus legatum ad se reuocet. *l. 1. §. quod ait prætor, voluntate. ff. quod leg.* Hic enim animaduertitur sola permissio heredis sine pactione fore, vt nūquam id repetat, etsi heres factus erit. Permissio nulla est eius, qui si vellet, nolle non potuit: eius est velle, qui potest & nolle. *l. eius. ff. de reg. iur.* &
8 contra *l. si quis extraneus. §. 1. ff. de acq. here.* † Sed affertur hoc etiam, cur Licinius Fronto fideicommissarius nihil videatur hic remisisse, ac ne spem quidem, quia nec potuerit. quippe paciscitur de parte, quæ est Philini fratris post mortem eius non petenda, id est, de hereditate viuentis, non mortui. porro de bonis viuentis nec pacisci licet, nec transigere. *l. vlt.* ∫. *eo. l. nec nos* ∫. *de postlimin.* Sed dicendum est hanc partem, quæ nunc Philini est, cum pactum interponitur si diuersa tempora spectentur, modo esse Philini, modo defuncti patris. Quandiu Philinus viuit, tandiu eius est. mortuo Philino sic eius esse desinit, vt retro non videatur vnquā eius fuisse, sed patris, atque eius semper mansisse remota Philini persona. Deniq; ex fideicommisso testatori succeditur, non heredi, a quo relinquitur fidecommissum. *l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vulg.* Iam vero in hunc casum paciscitur Licinius de ea parte, quo Philinus sine liberis decesserit. quo tēpore res defuncti patris, eiusdemq; testatoris esse incipiet, vt a principio. Quare in id tempus pactionem conferendo paciscitur de hereditate eius, qui iam nūc mortuus sit, non de hereditate viuentis. Nihil ergo proponitur, cur Licinius conuentione spem fideicōmissi non recte remiserit. Quāquam quid attinet hic laborare? de bonis viuentis non licet pacisci, id est, de viuentis successione nobis non delata, quamuis ei renuntiemus. de quo dixi ad *l. vlt.* ∫. *eo.* at quominus renuntiemus viuentis bonis, quæ nobis deferuntur ex fideicommisso, nulla lex vetat: cum liceat heredi rogato heredibus suis consulere. vide, quæ scripsi ad *d. l. vlt.* Sed fortasse fideicommissum recte remiserit Licinius Fronto: at Philinus sextantem de portione sua liberis suis adimere non potuit. De quo altero iam cō-
9 sideremus. Et † sane si ex iudicio defuncti patris portio Philini debuit restitui eius liberis, quidquid de ea portione alienatum fuerit, a liberis reuocari potest. Sicq; est in vniuersum conditio rerum fideicōmisso obnoxiarum, vt nihil de iis possit in fraudem eorum, quibus fideicommissum datum est, alienari. *l. vlti. §. pe. & auth. seq.* ∫. *comm. de lega.* hoc autem in proposito ita videri potest, cum testator ita dixit, *si sine liberis Philinus decesserit*, portionem suam fratri restituat, hac conditione, *si sine liberis decesserit*, voluisse testatorem liberis exstantibus portionem his restitui, esseque in his verbis fideicommissum, hoc argumento, quod in *l. Lucius. 85. in fi. ff. de hered. inst.* Scæuola scribat, *ex suprascripta conditione testatorem prætulisse liberos fideicommissario.* Sed hoc ratum sit, ex superiore conditione nihil relinqui liberis, & generaliter ei, in cuius personam conditio collata est, nec legari nec relinqui quidquam. *l. si quis sub conditione. ff. si quis omis. caus. test.* quemadmodum & illud verum est non legari eas res, quæ ponuntur in conditione. Vt, si testator ita dixerit, *si heres meus penum non dederit, decem dato*, penus non est legata, sed decem sola, etsi cupit testator penum ab herede dari. *l. 1. §. item si ita. in fin. ff. ad l. Falc.* Quapropter nihil obstat superior lex, quæ est de rebus oneratis fideicommisso, quominus siquid Philinus de portione sua alienauerit, inuitis liberis rata sit alienatio. Verum est tamen suprascripta conditione adiecta testatorem prætulisse Frontoni fideicommissario Philini liberos: scilicet vt si concurrerent Philini liberi, & Fronto, & aliquid esset in bonis Philini, liberi eius portionem patris sui potius obtinerent. sic enim liberi præponuntur Philino ex iudicio testatoris. Sed non ideo efficitur his fideicommissum datum. Quin imo ita recte dicetur, vt testator prætulit Philini liberos fideicommissario: ita Philinum prætulit ipsius Philini liberis, eodem plane modo, vt fit in donatione caussa mortis. Hic enim dicimus donatorem malle donatarium habere rem donatam, quam heredem suum. neque tamen ea res impedit, quominus malit se habere, quam donatarium, & de ea quominus possit pro arbitrio statuere. *tit. de donatio. in princ.* 10
Aiunt † Imperatores Philinum pactū esse de sextante dando, cum liberos nōdum suscepisset. Inepte mihi videtur dubitari, an si Philinus postea liberos suscipiat, id satis sit caussæ, vt sextans repetatur, quasi Philinus, si id sperasset, sextantem daturus non fuerit. Quod enim ob caussam futuram nominatim datum est, id est, vt aliquid sequatur, sane caussa nō secuta repeti potest. At num sextans, hic datus est ea lege, vt maneret penes Licinium, si liberi a Philino suscepti non essent? Immo contra ita aperte datus est, vt omni modo maneret apud Licinium, dummodo is iam nūc fideicommissi spem remitteret. Tum autem vt demus Philinum hoc animo fuisse, vt liberis susceptis sextantem repeteret (quod nemo dicet, cum factum Philini aperte ei aduersetur) tamen nihil ei profuerit ipsum fuisse hoc animo, si hanc conditionem nominatim non adiecit. *l. si repetendi.* ∫. *de cōd. ob caus. da.*
Quæsitum † est, sitne in hac specie transactio, an pactum dumtaxat, vt sciremus, quam apposite species relata sit in hūc titulum, de pactis, & quid ad eum pertineat. Non dubito, quin sit transactio, vt in specie *l. de fideicommisso.* ∫. *seq. titul.* cum vtrobique remittatur spes fideicommissi modico præsente accepto, & vtrobique fideicommissum sit incertum. Nam quid ad rē facit, quod fideicommissum fuit illic mutuum? An eo minus est incertus euentus fideicommissi condiditionalis, quia vni tantum relictum est sub conditione? Sed non ideo hoc rescriptum non recte sub hoc titulo locatum est. Nam in specie hic proposita nō id quæritur, an possit trāsigi de fideicommisso: sed an pactum sit iustum, quo id agitur, vt sextans Licinio detur huius remissionis nomine: ac respondetur iustum esse, eoque seruandum. Quod plane ad edictum de pactis pertinet. 11

*L. post venditionem. II.*

Impp. Seuerus & Antoninus A A. Claudio.

*Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas mouisse probare poteris, eosq; eas spontaneā voluntate suscepisse: exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. PP. prid. Idus Febr. Seuero III. & Anton. A A. Coss. 203.*

SVMMARIA.

1 *Hereditatis venditæ commodum & incommodum*

atq;

*atque onus omne ad emtorem spectare, vt ipsa & potestate verbi.*

2 *Hereditate vendita, nihilominus venditorem obligatum teneri creditoribus hereditariis, vt ante, non etiam emtorem.*

3 *Hypothesis: rescripti summa, & quæ in eo quærantur.*

4 *Emtor hereditatis actiones hereditarias nomine venditoris suscipiendo venditorem liberat, & quo iure, vtrum exceptione, an iure ipso.*

5 *Hereditarios creditores cum emtore hereditatis agendo videri cum emtore tacite pactos, ne a venditore petant, & vnde colligatur hoc pactum.*

6 *Pactum creditorum hereditariorum cum emtore interpositum, ne a venditore petant, venditori prodesse, & cur.*

7 *Pacto superiore venditorem liberari etiamsi emtor non sit soluendo.*

8 *Tacitum pactum ex edicto valere.*

9 *Tacitum pactum liberandi caussa quod sit, & quibus ex rebus colligatur.*

10 *Cautio reddita debitori.*

11 *Acceptilationem inutilem pactum habere, ne petatur.*

12 *Vsuras in futurum acceptas pactum habere, ne intra id tempus sors petatur.*

VT possit genus facti & conuentionis ratio, quæ hic proponitur, commodius intelligi, ante breuiter dicendum est, vendita hereditate quid agatur inter emtorem & venditorem hereditatis. Nam & de his quæstio est, & ex eo iure fere omnis pendet huius rescripti ratio.
1 † Et constat id agi, vt quemadmodum res hereditariæ omnes, itemque actiones, lucrum denique omne hereditatis sit emtoris: sic damnum etiam, atq; incommodum omne ad eundem respiciat: quo in genere est æs alienum. proinde id agitur, vt æs alienum emtor hereditatis agnoscat, *l. 2. §. non solum. §. sicuti. §. vlt. ff. de hered. vel act. vend.* Id ex conditione rei venditæ agi intelligitur. hereditas enim venditur. hereditas autem iuris nomen est, eaque commoda & incommoda continet, *l. hereditatis. ff.*
2 *de verbor. signific. l. 1. 2. 3. ff. de bo. poss.* Hoc † quamquam agitur inter emtorem & venditorem hereditatis: non tamen ea vis est huius conuentionis, vt aut venditor, qui re vera est heres, non amplius teneatur creditoribus hereditariis, aut emtor, in quem hereditas est translata, his incipiat teneri: Inter ipsos res geritur tantum, vt quod agunt inter se ipsis tantum aut prosit, aut noceat. Itaque si emtor creditoribus sponte satisfaciat, fidem liberat. si venditor ipse soluerit, cum conueniretur, id ipsum ab emtore venditi iudicio consequetur. Ceterum ea conuentio alios non attingit, nec obligationem, quæ fuit, mutat. Quod ad venditorem attinet, is iure primum heres exstitit, atque hereditate adita ita cœpit æri alieno teneri, quasi qui cum creditoribus hereditariis contraxisset. Hocque est, quod dicitur hereditatem æri alieno nos obligare, quamuis non sit soluendo, *l. more ff. de acq. hered. l. apud Iulianum. in fi. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* obligatione suscepta, facto suo creditorum obligationem nec tollere potuit, nec mutare *l. debitorum. ꝟ. eo. tit.* nec quia hereditatem vendidit, ideo desinit heres esse, qui semel exstitit, *l. ei qui soluendo ff. de her. instit. l. & eleganter. §. sed quod Papin. ff. de minor.* Quod attinet ad emtorem hereditatis, quia neque heres fit emtione (cum hereditas testamento, aut lege ab intestato, non priuata pactione deferatur. *l. hereditas. ꝟ. de pact. conu. l. lege. ff. de verb. sig.*) neque idem cum creditoribus hereditariis quidquam contraxit, aut aduersus eos deliquit: his sine dubio propter emtionem hereditatis non tenetur, itaque nec his agentibus, si velit, cogitur respondere. *l. 6. ꝟ. de her. vel act. vend.*

Cum † hæc ita sint, ex facto quæsitum est. Claudius quidam heres hereditatem vendiderat. Creditores quibus debebatur aliquid ab ea hereditate, postquam hereditatem venditam, & apud emtorem esse cognouerunt, hunc potius secuti, qui se pro herede esse vellet, cum eo agere instituerunt, & ab eo ius suum persequi. Nullo iure id quidem aduersus eum, qui ipsis non tenebatur: ne quis forte nunc requirat, quas actiones mouerint creditores aduersus emtorem, quas nullas habuerunt, *l. si pupil. §. vlti. ff. neg. gest.* Sed tamen mouerunt. Ille cum, *vt supra diximus*, iis respondere non cogeretur, quoniam tamen legem venditionis sequi vellet, neque exspectare, dum conueniretur a venditore, si quid ille creditoribus soluisset, sponte actiones suscepit. Mox creditores, siue quod emtorem litigiosum hominem experirentur, a quo nihil possent æqui impetrare, siue quod soluendo non esse eum comperissent, emtore omisso cum venditore, qui ipsis proprie obligatus erat, agere cœperunt. Consuluit Claudius hereditatis venditor numnam videantur creditores ipsum liberasse, postquam pro eo emtorem secuti sunt? Rescriptum est ipsum exceptione taciti pacti non inutiliter defendi. Ergo hæc dicunt in summa Imperatores: emtorem hereditatis actiones hereditarias nomine venditoris suscipiendo, eũ taciti pacti exceptione liberare. Tria sunt, quæ hic vocentur in quęstionem. *Primum* quod dicunt liberari venditorem exceptione: cum illud potius videatur dici debuisse, liberari eum ipso iure. *Deinde* quod dicunt defendi eum exceptione taciti pacti: cum in eo quod gestum est, nullum plane pactum proponatur, atque etiam id, si quod sit, interponatur cum emtore, non cũ venditore. *Postremo* quod dicunt absolute, defendi eum nihil distinguentes, vtrum emtor hereditatis soluendo sit, nec ne.

Exceptione †, aiunt, defendetur venditor. Immo ipso iure, dicat aliquis. Nam ita est regula iuris, vt quisquis pro nobis iudicium suscipit, nos etiam inuitos liberet itidem, vt si solueret pro nobis *l. solutionem ff. de solut.* Solutione autem constat nos iure ciuili liberari, *l. 5. ꝟ. eo.* Et expendendum est, quod dicitur, *pro nobis*, in regula iuris. Is suscipit iudicium pro nobis, qui nostra tantum gratia, nulla sua, iudicium suscipit. Iam vero in proposito emtor hereditatis actiones suscipiendo, & si id agit, vt venditorem liberet: magis tamen negotium suum gerit, id studens, ne si illius defensionem non suscipiat, ipsi iudicio emti teneatur: cum id agatur, vt iam dixi, inter emtorem & venditorem hereditatis, vt emtor omnia onera suscipiens pro venditore satisfaciat. Quisquis autem actiones, aut defensiones ab alio sibi mandatas suo nomine exercet, rem suam & negotium agit, *l. qui stipendia. ꝟ. de procur.* Ita hoc sentientes Imperatores in hac specie subtili iure debitorem non liberari, hoc ei relinquunt, vt exceptione saltem pacti defendatur. 4

Ergo † hoc iam secũdo loco quæritur, quodnã tandem hic pactum sit, quo eum defendi volunt. Non. n. aliud esse potest, q̃ id, quo creditores pacti sunt, se a ve- 5

ditore hereditatis non petituros. At vbi tandem hoc pacti sunt? nisi enim cum aliquo conuenerint, non est duorum pluriumue in idem consensus: ac proinde nec pactum. Nihil autem eorum hoc loco proponitur. Et sane nihil tale aperte pacti sunt: ne quis forte huiusmodi aliquod pactum quærat. vnde tacitũ pactũ esse dicitur, non nuncupatum, siue expressum. Sed factum aliquid est, & gestum a creditoribus cum emtore, ex quo eiusmodi consensus, qualem supra diximus, colligitur. hic consensus pactum est. *l. 1. ff. eod.* Id quia non minus pactum est, quam si esset expressum, consequens est valere non minus. *l. 2. 3. & 4. ff. eo.* cum prætor nihil amplius polliceatur, quam se pacta esse seruaturum. Ex quo relinquetur, creditores ita cum emtore agendo videri cum eo pactos esse, nihil se amplius eo nomine a venditore petituros. Nam vt dicamus pactum hoc factum esse cum venditore, nulla ratio permittit: cum creditores nihil cum venditore locuti esse, nihil egisse proponantur. Præterea manifestum est hoc loco dici pactum esse tantum ideo, quia creditores cum emtoribus egerint, illi actiones susceperint. Restat, vt videamus quibus ex rebus hæc voluntas, atq; conuentio inter creditores, & emtores hereditatis in hoc facto colligatur. Et obscurum non est, quid hic agatur. nempe enim emtores ideo suscipiunt actiones, vt aliquem eo facto liberent. Igitur vt vel se, vel venditorem. Ipsi non tenentur creditoribus hereditariis, quantumuis ea lege hereditatem acceperint, vt creditoribus satis facerent, *dict. l. 2. J. de her. vel act. vend.* Quare non obscure id agunt, vt liberent venditorem hereditatis, aut certe ne ab eo petatur: propterea quod re vera præcipue sibi consulunt, voluntque se liberatos a venditore. Id autem ita fit, si ab eo non petatur. Quid creditores? nempe agendo cum emtoribus hac ipsa lege eorum personam sequi intelliguntur. Cur enim cum iis agunt, quos sciunt iure sibi non teneri? Quia sciunt hac lege eos emisse hereditatem, ne venditor amplius inquietaretur, sed omnia onera in emtores hereditatis transirent. Itaque ex hac conuentione agentes cum volentibus emtoribus, conuentionem cum illis interpositam sequi, & quia sequuntur, etiam probare, eiq; assentiri intelliguntur. Habes consensum creditorum & emtorum de hac re, ne creditores a venditore petant. Quem consensum pactum esse nemo ambigit.

6 Sed † enim ex hac re, dicat quispiam, in aliud incommodum incidimus, admittentes pactionem cum emtoribus interpositam venditori prodesse, & per liberam personam alii exceptionem acquiri. quod ius vetat, §. *ex his igitur. Instit. per quas personas nobis acqui. l. 1. J. per quas personas.* Nihil nos id mouerit. Vt enim cum stipulamur alteri dari, quod nostrum interest, valet stipulatio. §. *sed & si quis. Inst. de inut. stipul.* sic & recte paciscimur alteri, cum paciscimur, ne petatur ab eo, cuius dissolutam esse obligationem nostra interest, *l. & heredi. §. vltim. l. fideiussoris. ff. eod.* Iam autem satis dictum est interesse emtorum hereditatis a venditore non peti, vt qui conuentus a creditoribus hereditariis, si quid præstiterit, id repetiturus sit ab em-
7 toribus. Restat † tertium, vt quæramus, etiamne si emtores hereditatis non erunt soluendo, tamen nihilominus exceptione tutus sit venditor, atque ita creditores suum amittant. Et ex verbis rescripti apparet nihil referre, vtrum emtores soluendo sint, necne: cum dicatur venditorem defendi exceptione, tantummodo vt probentur creditores aduersus emtores mouisse actiones suas, & emtores suscepisse. Sed quominus dubitemus ita esse hanc sententiam diserte expressit Paulus *in l. inter. §. abesse. ff. mandati. Etsi*, inquit *debitor delegatus soluendo non sit: tamen bonum nomen fecit creditor, qui admittit creditorem delegatum.* loquitur ille quidem de debitore delegato. Sed nihil interest, vtrum aliquem sibi a vero debitore oblatum creditor admittat, an admittat eum, qui vltro iudicium suscipiat pro vero debitore. Nam vtroque modo fit delegatio, si quis aliena tantum caussa iudicium suscipiat, *l. delegare ff. de nouat.* Sũt qui dissentiant. Sed meo iudicio nihil satis idoneum videtur afferri pro creditoribus. Etenim si dicent iniquum esse se nihil consequi: respõdebimus, si pacti sint, ne quid consequerentur a venditore, esse æquissimum ipsos conuentioni suæ stare. *l. 1. ff. eo.* Siquid temere in eo admiserunt, dicemus eos hoc facilitati suæ expensum ferre debere, *l. 3. in fi. ff. vt in poss. leg. esse lic.* Si dicũt creditores se non fuisse hoc animo, vt liberarent venditorem, si emtores hereditatis soluendo non essent: non sunt audiendi, cum factum eorum ipsis repugnet, id est, cum agendo sine vlla conditione, appareat eos & sine vlla conditione pactos esse ne a venditore peterent, *arg. l. si repetendi. J. de cond. ob caus. l. non est ferendus. ff de trans.* Pro his facere quibusdam existimatur *l. promittendo. §. si a debitore. ff. de iur. dot.* vbi Paulus, cum scripsisset *si maritus admiserit debitorem mulieris promittentis dotem, cum is soluendo non esset, periculum mariti esse:* hanc rationem subiecit, *quia sciens tale nomen secutus videatur, quale in obligatione fuerit.* Quoniam de sciente Paulus loquitur, inde colligi putant, si creditor ignorauerit debitorem delegatum esse soluendo, eius periculum non esse. Sed potius in illis verbis Pauli expendi debet illud, *videatur.* Paulus non dicit creditorem in ea specie, quam tractat, admisisse scientem (nam de eo nihil proposuit) sed dicit videri eum scientẽ admisisse. Quod ego sic accipio, quasi ita dixisset: cũ creditor admisit debitorem delegatum, neq; inquirendũ putauit in eius conditionẽ & facultates: perinde, hoc est, quasi sciens illum soluendo non esse, eum admisisset. Videtur igitur sciens admisisse, etsi re vera admiserit ignorãs. Hoc si intelligere & sentire Paulũ ex aliis Pauli scriptis, constare potest, hic hæsitari non debet. Nemo .n. melior, & magis idoneus interpres Pauli, q̃ ipse Paulus. At iam supra dixi Paulum hanc sententiã expressisse *in l. inter. §. abesse. ff. mand.* Hæc de sententia rescripti. Illud † ad sententiam edicti ex eo a- 8
nimaduertendum, non minus ex edicto tacita pacta valere, id est, quæ sine verbis intelliguntur, q̃ quæ exprimuntur verbis. Quid .n. interest, verbis voluntas & cõsensus declaretur, an re aliqua & facto? *l. 2. ff. eo. arg. l. de quib. ff. de legib.* Omnis autem consensus duorum, pactum est. Proderit igitur in vniuersum tenere, quid sit tacitum pactum, & quonam ex genere facti istiusmodi pacta colligamus. Tacitum † pactum est, cum 9
ex eo, quod aperte gestum est inter aliquos, alterius rei, de qua nihil aperte cautum est, consensus & volũtas colligitur. Sic autem colligitur, quoties quod geritur, tale est, vt id sine alia re, quæ præcedat, inutile aut elusorium futurum sit. Quæ res enim eiusmodi est, quam natura præcedere oporteat, ea sic accipitur, quasi præcesserit sententia & voluntate eorum, qui illud, de quo constat, inter se gesserunt. Nam eos quidem, qui gesserunt quid inter se, semper

per

per existimari par est, id quod fecerunt, non frustra gerere voluisse, *arg. l. quoties in actionib. ff. de reb. dub. l. si quando. ff. de leg. 2.* Ita si id quod gestum est, sine alia re valere non possit, necesse est videri eos, qui quod est consequens probarunt, etiam ea, quæ antecedunt, probare & constituere inter se voluisse. qua ratione receptum esse scimus, vt qui hereditatem repudiauit, aut agnouit ab intestato, cum eam ex testamento posset adire, videatur prius tacite ex testamento repudiasse, *leg. illud. ff. de acquirend. hered.* Non enim scilicet fieri poterat, vt ab intestato adiret quis, aut repudiaret hereditatem, nisi hæc prius ex testamēto esset repudiata. Frustra autem ab intestato repudiare quemquam aut adire voluisse, cum factum eius refragetur, non credimus. Nunc in pacto, de quo
10 agitur, ne res exemplis egeat, paucis iis vtemur, quæ his titulis occurrunt.

Creditor† debitori suo reddidit cautionem. Placet videri hoc facto inter eos conuenisse, ne creditor peteret, *l. 2. ff. eo.* nempe ideo, quia tunc reddi solet cautio, cum creditor amplius nihil petere debet, frustraque redditur, si postquam sit reddita, creditor adhuc pecuniam possit petere. Frustra porro reddere voluisse si se dicat, non audietur. Sic quia prius est, vt debitorem liberatum velit, quam cautionem reddat, si modo aliquid agere, non ludere voluit: redditione cautionis etiam illud, quod in re vtilitet gerēda ante-
11 cedere oportuit, voluisse intelligitur. Item † siquis debitorem liberaturus per acceptilationem, inutilē acceptilationem interposuerit, siue quod interrogatus annuerit tantum, siue quod ex interuallo responderit: placet tamē tacita pactione id actum videri, ne peteretur. *l. si vnus. §. pen ff. eo. ti. l. an inutilis. ff. de accep.* Cur? quia non dubium est, si quis ad acceptilationem interponendam accesserit, prius fuisse, vt vellet libe-
12 ratum debitorem, nisi si frustra id facere voluit. quod non est existimandum.

Eiusdem † rei & hoc exemplum est *in l. qui in futurum. ff. eo.* qui in futurum vsuras a debitore acceperit, hunc Florentinus ait tacite pactum videri, ne intra id tempus sortem petat. Cur hoc, inquam? Ista ipsa ratione, quam supra dixi, quia fieri nequeat, vt vsuras totius illius temporis iure habeat creditor, si per id tempus iure ab illo sors exigatur. At vsuras cum accepit, habere etiam voluit: alioqui ne accepisset quidem. Vnde intelligitur & id quod prius erat, voluisse, vt tantisper sors maneret apud debitorem. Hæc ipsa ratio & in specie, quæ hoc rescripto tractatur, valet. Nam emtorem, cum iure nihil deberet, non frustra actiones suscepisse certum est. At frustra suscepit, si & a venditore peti potest adhuc, vt deinde eodem nomine a venditore postea conueniatur.

*L. Seruus. III.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Restituto.

*Seruus creditoris meliorem caussam domini facere potest: in deterius autem reformare nouo pacto non potest obligationem recte constitutam. P P. VIII. kal. April. Seuero. III. & Antonino. AA. Coss. 203.*

SVMMARIA.

1 *Paciscendo alterius conditionem deteriorem facere nulli licere.*

2 *Seruus aut filiusfa. paciscendo an detrahere possit domini, vel patris obligationi. & num. 5.*

3 *Cur de his personis potius id dubitatum, & dubitatio summota.*

4 *Regula iuris explicata: Cuius ex persona quis lucrum capit, eius & factum eum præstare debere.*

5 *Seruus dominum obligans ex contractu de peculio, ex maleficio noxali actione, non ideo domini conditionem facit deteriorem.*

6 *Deteriorem alterius conditionem iure facere neminem posse: natura & facto, puta rumpendo, quemuis posse.*

LEX est †naturæ perducta in mores, & ius ciuil, eo- 1
mnes posse, atque adeo debere alterius conditionem, quo ad licet, facere meliorem: deteriorem facere, & omnino alteri nocere non posse. *l. soluendo. ff. de neg. gest.* Contra hanc legem si quis paciscitur, vt ne is qui debebat alteri, creditori suo teneatur, aut vt teneatur aliter quam prius, nihil agit ex edicto: quia prætor pacta contra leges aut regulas iuris facta non seruat, *l. iuris gentium. §. prætor. l. contra. ff. eodem.*

Ex† hac naturæ regula neque seruus domini, neq; 2
filius patris obligationi vllo suo facto quidquam potest detrahere, *vt hic traditur. & in l. filius. ̄j. eo.* Quod tamen sic accipiemus, nisi seruus aut filius liberam habeant administrationem peculii, & res, de qua paciscuntur sit peculiaris, tum eam ita remittant, vt pro ea accipiant tantundem, *d. l. contra. §. si filius. ff. eo.* Neque enim hic quidquam aduersus superiorem legem naturæ peccatur, propterea quod videtur ipse dominus, aut pater pacisci, cum his mandantibus, & permittentibus seruus, aut filius paciscuntur.

Sed† cum lex pertineat ex æquo ad omnes, qua 3
cauetur, ne quis alterius conditionem faciat deteriorem: non abs re est quærere, cur hoc solum & *hic*, & *in l. filius. ̄j. eo.* in seruo & filio statuatur, quasi quidquam hic proprium sit in istorum persona. Et nō dubium est, quin cum hoc generaliter definiri potuisset de omnibus, idcirco de certis quibusdam personis dictum sit sub hoc titulo, quia res in his personis haberet dubitationem, vt proinde dubitatio etiā in his tolleretur. Et quidem de pacto curatorum, tutorum, dubitari potuit num id pupillo noceret: de pacto debitorum interdum, num noceret creditoribus. hinc. *l. pactum curatoris. l. debitorum. & l. seq. ̄j. eo.* Sed præcipue in seruo & filiofam. num quid hi paciscentes, aut debitum accipientes detraherent domini, aut patris obligationi. Nam seruus stipulando domino acquirit. Proinde videri potest consentaneum, vt qui obligationem contraxisset, idem etiam iure dissolueret: cum quibus rebus obligatio contracta est, iisdem in contrarium actis dissoluatur, *l. nihil tam ff. de reg. iur.* Huc accedit, quod seruus quodammodo peculii dominus est, *§. actiones autem. Inst. de act.* Eadem sunt & in filiofam. Nunc ergo admonemur, nihil esse in his, cur a superiore regula discedatur. Et recte. vt enim dederimus eiusdem esse dissoluere obligationem, qui & contraxit: tamen hac ratione efficietur esse domini dissoluere obligationem non serui; propterea quod videatur ipse dominus vice serui contraxisse, *§. ei vero. §. post mortem. Inst. de inut. stip.* Quod autem ad peculium attinet, ita res habet: seruus quodammodo dominus est peculii: reuera non est. Neque enim seruus quidquam proprium habere potest, nec filiusfa. quod sit a patre profectum. *§. 1. & 2. Instit. per quas pers.*

Est† etiam regula iuris, *cuius ex persona lucrum ca-* 4
*pimus, eius nos & factum præstare debere.* Sed regula hunc habet sensum, vt ex cuius persona lucrum capimus in re aliqua & negotio, in eo ipso & factum serui, qd ab initio intercessit, præstare debeamus: nō idē id,

quod postea. Finge seruum quid vendidisse: pecuniam domini credidisse fœnori certa addita lege, vt dominus quid faceret, aut non faceret. Non licebit videlicet domino, negotium a seruo gestum probare, qua parte sit illi vtile, idem improbare, qua non expediat. *l. sin autem ff. eo.* certa enim lege seruus rem domino acquisiuit, quam dominus in fraudem alterius mutare non potest. Neq; hoc modo fit domini conditio deterior. licet enim domino si ei expedire videbitur, factum serui in totum non agnoscere. Re autem domino vtiliter, & sine conditione quæsita non licebit seruo quidquam postea faciendo de iure domini detrahere. Eodem modo superiorem regulam interpretatur Africanus *in l. cum mancipium ff. de æd.* quia, inquit, & illud ex bona fide sit seruum, cú quo negotium fuerat gestum (loquitur de seruo, qui ignorans mancipiũ morbosum emerat) & rursus delictum (id est scientiam) eiusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debeat. Expende illa verba, *quod in contrahendo admiserit.* vide *l. 4. §. in hac exceptione. ff. de dol. excep.* Neque sane si quis quid alteri acquirere potest, ideo consentaneum est & illum ei nocere posse. Toto enim genere distant *nocere & prodesse.* Sed quid in vna hac specie consistimus, dicimusq; seruum paciscendo non posse reformare in deterius obligationem domini recte constitutam? In totum seruus nihilo magis, quam alius quiuis, domini conditionem deteriorem facere potest. Nec huius regulę vllas video esse exceptiones, in quibus tamen colligendis alii tam diligenter sunt occupati.

5 At † potest seruus, si ad adipiscendum missus sit, aut acquirere iussus, domino non acquirere. *l. vlt. in fi. ǰ. de acq. pos. l. 3. ǰ. de her. inst.* Potest Sed aliud est posse meliorem conditioné non facere, aliud facere deteriorem. *in d. l. vlt. ǰ. de acq. pos.* Possum tibi nõ acquirere si velim: adimere quod sit tui iuris, non possum.

6 At † enim seruus dominum obligat & ex contractibus de peculio, & ex dilictis noxali actione. Nos videamus, ne cum hæc rectissime constituta sint, non faciat seruus in vtroque conditionem domini deteriorem. Quod enim dominus de peculio tenetur ex contractu serui, primum nihil domino in eo detrahitur; quippe qui de suo patrimonio non cõueniatur, sed serui. Seruorum enim quasi patrimonium intelligitur peculium, quod domini ipsius permissu habent *§. actiones autem. Instit. de act.* Deinde domini voluntate fit quod ipse de eo conuenitur. Ideo enim peculium seruo habere permisit, vt tamquam in re propria ageret, negotiaretur. Quod si cum seruus eo nomine conueniri non possit (neque enim in iudicio stare potest) dominus pro eo conueniatur, quoniam in potestate eius iure ciuili peculium est: voluntate tamen eius magis, quam facto serui id fieri intelligitur. Est enim in potestate domini consequi ne teneatur, peculium adimendo. Quod autem ex delictis seruorum tenetur dominus noxali actione, id est, ea, qua aut æstimationem damni præstare debeat, aut seruum noxæ dedere: non ideo tamen ne hic quidem conditionem domini deteriorem fieri concesserim. Etenim si cogeremur id damnum præcise prestare, quod a seruo nostro datum est, tum sane conditio nostra per seruum fieret deterior: cum sæpe vltra æstimationé serui facto eius oneraremur. Nunc autem supra æstimationem serui non tenemur. quippe illum dedendo noxæ liberamur, *§. 1. Insti. de noxa. act. l. 1. ff. eo. titu.* An non igitur hactenus saltem conditio nostra fit deterior, quod illo cogamur carere? Ne si quidem. Quod enim illius factum præstare cogimur, ne impune aliis noceat, rei onus adiunctum est itidem, vt animalibus nostris, quæ si pauperiem fecerint, eodem modo aut damnum debemus præstare, aut animal noxæ dedere, dedendo autem noxæ liberamur, *l. 1. ff. si quadr. paup. fec.* At & rerum nostrarum ceterarum sua quædam onera sunt, quæ cum præstamus, non dicitur ab iis conditio nostra fieri deterior, sed res pluris non fuisse quam quantum iis oneribus deductis superest. Hac enim lege habebantur, vt præstarentur hæc onera. Tanti autem res quæque esse putanda est, quanti est oneribus deductis futura. Sint onera maiora grauioraque, quam vt eas res habere nobis expediat, non erit vllum in ea re incommodum nostrum, si rebus cesserimus. Quod in omni re nostra ad onera effugienda possumus facere, *l. cum fructuarius. ff. de vsufr. l. etsi forte. §. Labeo. ff. si ser. vind.* At enim ipsę res hæc onera nobis afferebant. Sed non est incommodum, quod rei ipsius æstimatione pensatur. Quod ne quis a me primum subtilius dici putet, quã verius, idem scripsisse sciat Vlpianum ad interdictum. Vnde vi *l. 1. §. quod ergo ff. De vi, & de vi arm.* in his verbis: *Quod ergo additur*, aut familia tua deiecit, *merito scriptum est, in eum scilicet casum, in quem familia mea vi deiecit. ceterum si iussit, deiecit ipse. Nec grauari debet dominus, qui non iussit, seruorum suorum factum præstare. si non iussu eius deiecerunt. Nam non grauabitur hoc nomine: quippe cum aut perueniret ad eum aliquid, & restituet: aut non peruenerit, & ipsos seruos noxæ dedendo maleficii caussa, indemnis erit. Quod enim noxæ dedere compellitur, in damno non debet computari: cum serui in hoc possint domini conditionem deteriorem facere.* Seruos ait deteriorem posse facere hactenus domini conditionem, si quod dedere seruum compellantur, æstimes. At idem & hoc in damno esse negat: quia si quid hic præstandum sit domino, ipsius rei deditione præstetur.

Sane † seruus domino facto ipso damnum adferre 7
potest. Potest res domini vrere, frangere, rumpere iniuria. Sed nihil hoc ad hunc locum. Quod enim seruum domini conditionem deteriorem posse facere negamus, sic accipi debet, vt intelligatur non posse iure, id est, non posse ita, vt quod serui factum corporaliter non ademit, id ius adimat domino, dum factum serui ratum habet. Quidquid enim fecerit seruus, non eo minus, quam ante, dominus de iure suo agere potest, neque eo magis aduersus dominum eo nomine potest agi Quominus autem seruus naturaliter nocere possit domino, quod omnes quantumuis extranei in quemuis facere possunt, nulla iuris prohibitio potest efficere.

*L. Postquam. IV.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Valeriæ.

*Postquam liti de prædio motæ renuntiasti, caussam finitam instaurari posse nulla ratio permittit: PP. IV. Id. Febr. Albino & Æmiliano Coss. 207.*

SVMMARIA.

1 *Renuntiare liti quid sit, & quibus rebus hac renuntiatio arguatur.*

2 *Lis mota cum primum quis in ius vocatus est, & quid distet a iudicio cœpto.*

3 *Renuntiatione litis caussam non aliter finiri quam conuentione*

*conuentione, eoque ita, si præsente aduersario renuntiatio interuenerit.*

4 *Renuntiationem litis apud acta interpositam absente aduersario, ne sic quidem renuntianti nocere.*

5 *Lis & caussa quid differant.*

6 *Litem non significare instantiam, & quid sit instantia.*

VT transactione caussa finitur: ita volunt Imperatores finiri & litis renuntiatione. Merito. nihil enim interest vtrum ideo a lite discedas, quod litem aduersario remittere velis aliquo accepto, an quod liti diffidas, ideo in lite suspecta nolis perseuerare.

1 Renuntiare † liti eadem forma dicitur, qua renuntiare societati: vt igitur renuntiare societati est, denuntiare a societate se discedere, testari se amplius in societate manere nolle, *l. si conuenerit. l. actione. § diximus ff. pro socio.* ita renuntiare liti est, a lite desistere, testari se nolle amplius in lite, quam institueris perseuerare, *l. destitisse. ff. de iud.* Quod cum de significatione verbi intelligatur, quibus verbis hoc fiat, quærendum non est. Quocunque modo ostenderit quis se a lite desistere, fecit, quod quærimus, liti renuntiauit. Sed non solum verbis liti renuntiatur: verumetiam rebus ipsis, & factis. Hoc tunc accidit, cum quis iudicio suscepto de re aliqua, nouam litem aduersus eumdem instituit, qua instituta priori illi locus esse non possit. veluti, si filius, qui de inofficioso testamento patris aduersus heredem scriptum agere cœperat, legatum ex testamento patris ab eodem petere instituat. Eo facto, quasi electo iudicio patris, filius ab inofficiosi querela excluditur, *l. si filius. ff. de minorib. l. nihil interest. ff. de inoff. test.*

2 Addunt † Imperatores finiri caussam, si quis renuntiet liti motæ. Recte, *motæ*, neque enim lis est, nisi mota sit. Motam vtrum tunc solum accipimus, cum lis contestata est; an vero cum primum reus in ius vocatus est, & illi edita actio? Nam si de iudicio quæreremus, id tunc primum cœptum diceretur, tunc primum res in iudicium deduci, cum lis contestata est, *l. 1. C. de iud. l. 1. C. de litis contest.* Sed aliud est lis contestata, vel iudicium cœptum, quod nisi ex intentione actoris, & rei depulsione non nascitur: aliud lis mota. Mota lis intelligitur ab actore solum, cum primum moueri, & institui ab illo cœpit de aliqua re controuersia. Quod si litis verbum omnem actionem persecutionemque nostram significat, *l. litis. ff. de verb. sig.* mota lis intelligitur simul, atque actio instituta est. At mouetur, instituiturque actio tum, cum reus vocatur in ius, & libellus conuentionis illi offertur. sic enim scribit Iustinianus *in §. vlt. Inst. de pœ. teme. lit.* omnium actionum instituendarũ principium ab ea parte, edicti proficisci, qua prætor edicit de in ius vocando. Idem *nouella constitutione 112. de litig.* §. 1. litigiosam rem esse definit eam, de qua inter aliquos quæstio mota est, vbi res ad conuentionem tantum iudiciariam, & in ius vocationem processerit. Lis autẽ, & litigiosa res coniugata sunt. Si litigiosa res, lis de re est. Quare qui controuersia mota ab instituto desistere se dixerit, quamuis nondum lis sit contestata, liti motæ renuntiauit, quod quærimus, & renuntatione litem finiuit.

3 Aiunt † Imperatores litem renuntiatione finitam instaurari non posse. recte hoc loco quæritur, quid obstet petitori, quo minus cum liti institutæ renuntiauerit, iterum de eadem re possit agere, si velit. Nam profecto si fuit actio personalis in eum, qui obligatus est, is hoc modo liberatus non est. *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* si in rem actio, non ideo dominus esse desiit, qui litem omisit, *l. si quis vi. §. differentia. ff. de acq. pos.* Quid igitur obstat, inquã, quominus agat? Dicendum est consensum & conuentionem: quia cum renuntiauit liti, id est, se in lite perseuerare nolle dixit, perinde hoc sit, quasi de ea re agere nolle, nolle se petere dixisset, quandoquidem petitio sine lite esse non possit. Inde quæsitum est, si actor testato apud aliquos, vt fit, dixerit se liti renuntiare, cum reus abesset, ecquid illi obstet ea renuntiatio? Consequens est nihil obstare: quia nõ sit conuentio nisi inter consentientes? nec consentiat reus, qui quid paciscatur actor ignorat. Nec proderit reo, si re postea cognita id sibi placere dixerit. fieri enim potest, vt eo tempore actor non consentiat.

Quid † si apud acta professus sit actor se liti renuntiare? Si absente aduersario id fecit, puto ne id quidem ad renuntiationem aut finiendam caussam valere: nihil obstare denique actori renũtiationem. Nam si reo, qui absente aduersario est confessus, nihil nocet confessio, vt pro iudicato habeatur, *l. certum. §. si quis absente. ff. de confes.* cum tamen non solum hoc modo lite cedat, sed etiam vna de iure aduersarii fateatur: multo minus nocebit actori renuntiatio, qui ideo liti renuntiauit, non quod haberet malam caussam, sed quod probare se posse, quod intendit, diffideret, vel quod euentum iudicii metueret. Et sane qui confitetur se debere ac postea se non debere affirmat, is aut mentitur, aut mendacium dicit. quo æquius est ei mendacium suum nocere, qui liti renũtiat, nihil facit contra fidem, si eamdem actionem iterum repetat nouis probationibus suppetentibus. Quare si ne confessio quidem, quamuis in iure facta, confitenti nocet, vbi res gesta est aduersario absente: sine dubio renũtiatio nuda eodem modo facta non nocebit. Atque id etiam efficitur hoc modo. Renuntiatione nuda litis debitorem non liberari, nec actorem dominum esse desinere constat. Necesse est igitur si actor post renuntiationem amplius agere non potest, aut ei pacti conuenti obstet, aut doli mali exceptio. Pactum, id est, duorum placitum & consensus, vbi aduersarius abfuerit, intelligi non potest. Quod autem nunc agit contra, quã prius instituerat, non ideo dolo malo facit. Potuit enim, vt dixi, ideo liti renuntiare, quia probationibus deficeretur. Quare cum nouas probationes nunc afferat, quod ius suum persequitur, dolo caret. Ita vt illi renuntiatio noceat, hoc illum aduersario, testari, & denuntiare necesse est. Quod reus accipere tum intelligitur, cum ab actore renuntiante quasi re finita discedit. Non me mouet, quod hic de renuntiante tantum agitur, non de eo qui renuntiauit præsente aduersario. Nam etiam hic non dicitur caussam renuntiatione finiri. hoc solum dicitur, caussam finitam instaurari non posse. quod valet, si finita sit, instaurari non posse vllo prætextu. Quod rescriptum est, cum posset dubitari, etiam si esset ab initio finita, an tamen ex caussa postea posset retractari. quod Imperatores vetant. Prius igitur quærendum est, an finita sit caussa, & qua conditione finiatur. Dicemus vero non aliter finiri, quam si renuntiatio habeat pactum, cuius exceptio renuntiantem remoueat. In summa hoc rescripto non an renuntiatio caussam finiat: sed si finiuit semel, an perpetuo agenti obstet, quæritur. Nec abs re. Nam cum potuerit a-

ctor ideo liti renuntiare, quod illum probationes tūc deficerent, nunc repertis instrumentis iusta caussa esse videri potest, cur ius suum persequatur: quia non hoc animo esset, vt si probationes suppeterent, litem omitteret. quod Impp. negant. huc .n. pertinet, quod dicunt, caussam finitam instaurari nullam rationem permittere. quasi dicerent neq; hāc, neq; aliam rationem afferri posse, cur lis volūtate actoris finita instauretur: q̄uis inopia probationū tum renūtiationi caussam attulerit, non iuris diffidentia. Alioqui nullus erit litium finis: quia facile species aliqua caussæ instaurādæ quæsita fuerit, vt quod recte finitum erat, repetatur, *arg. l. fratris. j. prox. tit.* Hoc si cui non est satis, affero etiam, quod est certius. Aio etsi hic diceretur aperte caussam renuntiatione litis finiri: tamen verbo renuntiationis vi ipsa satis includi, vt aduersario ipsi aut præsenti aut absenti per nuntium vel per epistolam renuntietur. Nam & societatem solui dicimus, si quis ex sociis societati renuntiauerit, neque additur præsente socio, *l. si conuenerit. l. actione. §. diximus. ff. pro soc.* Et tamen hoc ipsum intelligitur. consensu enim contracta societas non nisi contrario consensu dissoluitur, *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* Sed & *in §. manet. Inst. de soc.* quod initio dicitur, si quis societati renuntiauerit, id in extremo exponitur de eo, qui socio renuntiauit societatem. Sic & in matrimoniis & in sponsalibus repudio dissoluendis dicitur solum renuntiationem interuenire oportere. & tamen hoc sic accipitur, vt coniugi ipsi renuntiare oporteat, vel præsenti, vel absenti, per nuntium, aut epistolam, vel ita, vt renuntietur iis, qui sunt in eius potestate. Vnde renuntiationis verba hæc sunt, quæ nominatim ad eum cui renuntiatur, referuntur: *tuas res tibi habeto, tibi agito; conditione tua non vtor. l. 2. ff. de diuor.* Ita plane hoc rescriptum ad eum non pertinet, qui liti renuntiauit absente aduersario. Sed aduersus Impp. rescriptum solet hoc disputari, contra ius esse, vt pactum in vna re factum, in alia re noceat: cum vnum aliquid pacto remissum fuerit, vltra quam remissum est, debitori prodesse non posse, *l. si vnus. §. pactus. ff. de pact.* Porro eum, qui liti renuntiauit, nihil amplius, quam liti & controuersiæ renuntiasse: aliud autem esse litem, aliud caussam. Fieri posse, vt lis quæ prius fuerat suscepta, omittatur; caussa ipsa & res, quæ in iudicium deducta fuerat, integra in alium tempus differatur. Non recte igitur hoc ab illis constitui, si quis liti de prædio motæ renuntiauit, eum continuo hoc facto caussam finiuisse.

5 Hæc † illi disputant, qui putant litem significare instantiam, & litem a caussa seiunctam faciunt. Quod secus est. lis enim est omnis controuersia cum aliquo de aliqua re iudicio suscepta, &, vt Vlpianus definit, omnis actio nostra, & iuris nostri persecutio, *l. litis. ff. de verbor. signif.* Caussa est res ipsa in iudicium deducta, quæ in se habet controuersiam. Sic Cicero caussam passim definit & in Part. & in Top. & de Orat. aliisque libris rhetoricis. Ex quo intelligitur neque litem & controuersiam, nisi de re posse esse, neq; caussam, id est, quæstionem locis & temporibus definitam, sine lite & controuersia effici omnino, aut intelligi posse. Proinde qui liti renuntiauit, caussam finiuit. Ipsa enim lis & duorum inter se litigantium cōcertatio caussam faciebat. ita lite sublata caussa tollitur. Itaque hæc nominibus distincta, re tamen ipsa & effectu inter se sunt eadem. Inde Cicero caussam, & cōtrouersiam in eadem re nominat in Part. *Duo sunt,* inquit, *vt dixi, quæstionum genera; quorum alterum finitum temporibus & personis controuersiam & caussam nomino.* Et paulo post: *cognita igitur omni distributione propositarum consultationum, controuersiarum & caussarum genera restant omnino.* Idem libro primo de Orat. verba iuris hæc pro eodem vsurpat, *caussa cadere, & litem perdere.* verba hæc sunt: *Atqui non defuit illis patronis*, inquit Crassus, *eloquentia, neque dicendi ratio, aut copia, sed iuris prudentia: quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in 12. tabulis permiserat. quod cum impetrasset, caussa caderet: alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod esset in actione: neque intelligebat, si ita esset actum, litem aduersarium perditurum.*

Qui † litem instantiam esse putant (sic enim Iurisconsulti vocant conatum actoris, & factum id omne, quod ad promouendam litem, & reo instandum adhibitum est, *l. & post edictum. § penult. ff. de iudic.*) fallit eos, quod cum litem significare controuersiam admiserunt, controuersiam tamen sine re cogitant. Atqui lis & controuersia omnino nisi de re esse non potest. vt si quis liti renuntiet, nihil aliud intelligatur dicere, nisi se liti de ea re, quæ in iudicium vocata est, renuntiare. At quæ tandem lis de re instituta erat, nisi ea, per quam actor rem consequeretur? Ita fit, vt liti renunciando, huic ipsi liti creditor renuntiasse intelligatur. Ea porro vna est, per quam quis rem cōsequatur, non plures. Ad extremum ne quis dubitet diuersa hæc esse, litem & instantiam litis: fieri posse, vt litis instantia perierit, lis maneat: audiat Vlpianum *in d. l. & post edictū. ff. de iudic.* ita scribentem: circumducto edicto videamus, an amplius reus conueniri possit, an vero salua quidem lis sit, verum instantia tantum edicti perierit. Et magis est, vt instantia tantum perierit (id est, vt ego interpretor, pro nihilo sit, edictum, quod impetrauit actor, quo reo instaret) ex integro autem litigari possit. 6

## L. Creditori. V.

Imp. Antoninus A. Demagoræ.

*Creditori tuo si partem pecuniæ exsoluisti, de parte vero non petenda inter te & eum conuenit ob caussas negotiaq; eius tuo patrocinio fideq; defensa: ea obligatione partim ciuili iure, partim honorario liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conuenti vel doli residui petitionem repellit: cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset. PP. VII. Kal. August. Romæ, Ant. A. IV. & Albino Coss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Pacto non liberari debitorem iure ciuili, & cur.*
2 *Pacto liberari debitorem iure prætorio per exceptionem, & quam.*
3 *Iure ipso quis, an per exceptionem liberetur, quid intersit: & explicata l. nihil interest. ff. de reg. iur. & num. 9.*
4 *Exceptionem initio contestandam, & nu. 9.*
5 *Exceptio vnde dicta.*
6 *In stipulationibus ius cōtineri, in pactis factum versari, quid sit in l. si vnus. §. pactus. ff. de pact.*
7 *L. qui seruum. §. 1. ff. de obl. & act. explicata.*
8 *§. Pactus. l. si vnus. ff. de pact. sententia.*
9 *Falsa caussa remissioni debiti adiecta remissionem nō minuit, etiam si creditor putet eam subesse.*

CVM creditor pactus est, ne a debitore suo peteret, quæstio est, an debitor liberetur. Propositum est hoc loco Imp. ostendere, debitorem pacto liberari.

Non

1 Non liberatur, inquit, iure ciuili: scilicet quia ita iure ciuili cōstitutum est ex regula naturæ, vt quibus quidque modis contrahitur, iisdem dissoluatur in cōtrarium actis, *l. nihil tam naturale. ff. de regul. iur.* vt proinde obligatio quæ re contracta est, idest, mutuo, vt hic proponitur, nō possit sine re dissolui, nudo puta consensu. Et quamquam fidem seruari æquum est: *l. 1. ff. eod.* tamen, nisi quid erit necesse, ex solemnibus iuris nihil est immutandum. *l. etsi. ff. de regul. iur. l. pen. ff. de in int. rest.*

2 Sed, † vt dixi, pacto non liberatur debitor iure ciuili: at liberatur iure prætorio opposita petenti exceptione vel pacti, inquit, vel doli mali: Pacti, quia pactum tuetur prætor ex hoc edicto. Doli, quia petit dolo, quicunque id, de quo exceptione remoueri potest, petit, *l. 2. §. & generaliter. ff. de dol. excep.* hoc est, quod dicitur semper pacta parere exceptiones. *l. iurisgentium. §. sed cum nulla. & §. seq. ff. eo. l. in bonæ. ȷ. eo.* Quo minus autem dubitet quis ad hunc modum debitorem pacto liberari, confirmat id Alexander hoc argumento, quod si quid debitor contra superiorem conuentionem soluisset per ignorantiam, id repeteret. hoc illud est, quod regula iuris traditur, Cui damus actionem, ei multo magis eius rei nomine exceptio danda est, *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.* quare si in hac specie datur debitori soluti repetitio, dubitari non debet, quin ei rebus integris non soluti detur retentio per exceptionem. Quod autem dicit repeti posse, quod debitor per ignorantiam soluit ignorantiam accipere debemus iustam, non stulti hominis, id est, facti, non iuris, *l. cum quis. ȷ. de iur. & fac. ignor.* de qua re alibi dicendum est. Interim hoc constituit pacto debitorem liberari, sed dumtaxat per exceptionem.

3 Atqui † ita traditum est, nihil interesse, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. ff. de regul. iur.* Quid ergo attinuit, dixerit aliquis, Imperatorem laborare hoc loco, vt & fit in aliis innumeris, vtrum ipso iure debitor sit liberatus, an per exceptionem? de quo nobis semel dicendum est. Et sane ita est, si exceptio opponitur & per eam infirmatur actio, idem plane ea re assequemur quod assequeremur, si essemus solutione aut alio modo simili liberati. Sed non semper actio in iudicium deducitur, vt exceptione vti liceat, & cum deducta est, non semper exceptio obiicitur. Exceptione autem non obiecta non parum refert, vtrum manere adhuc obligationem & actionem pristinam dicamus, an sublatam iure. Refert autem duas hasce ad res, nempe & ad formam iudicii, & ad vim posterioris pacti, si quod forte secutum fuerit, vt iterum liceat petere, quod ante pacto remissum erat. Ad formam iudicii & rationem defensionis primum hoc pertinet, quod qui pecuniam soluit, aut alio modo iure ipso est liberatus, si adhuc a creditore conueniatur, vere dicturus est in lite contestanda cum aduersario, se nihil debere. Proinde qui mos olim iudiciorum fuit, si in iure apud prætorem soluisse se non dixisset, eaque de caussa iudicium de pecunia purum redditum esset: tamen a iudice absolui deberet, si cum ostendisset actor pecuniam a se creditam, tum reus se soluisse diceret, idque iudici approbaret. Verum est enim eum nihil debuisse, qui soluit. Nec ad rem pertinet, quod de solutione nihil contestatus est, nec in iudicio additum est, quod ad iudicis cognitionem pertineret. Iure enim assequitur, vt nihil debeat, non defensionis contestatione, & suo facto.

At † qui iure tenetur adhuc, & in quem iure actio est, qualis est is, cum quo pactus est creditor, ne peteret: quia non potest dicere se non teneri, aut secum actionem non esse, nisi olim de intentione aduersarii confessus defensionem pacti opponeret, & contestaretur (quę † quoniam generalitatem intentionis exceptione corrigit, exceptio dicta est) condemnari debuit propterea, quod iudicem secundum iudicii formulam iudicare oportuerit. Iudicii autem formula, cum creditor pecuniam peteret, si reus se debere negaret, hæc futura fuit, *si paret Lucium Titium Mæuio decem mutua dedisse, iudex condemnato.* Hoc si Lucius Titius apud iudicem probaret, faceret iudex secundum præscriptum formulæ, si Mæuium condemnaret, etiam si ille hoc diceret pactum esse creditorem, ne peteret. Non enim efficeret, quin adhuc decem, mutua deberet. Itaque exceptionem opponere debuit reus, & curare, vt & in iudicium adderetur, vt sic deinde exceptione iudici probata ex formula a iudice absolueretur. 4 5

Hinc † illud est, quod Paulus scripsit *in l. si vnus. §. pactus. ff. eod. tit.* per stipulationem, id est Aquilianam stipulationem, & acceptilationem, obligationem tolli, nō item pacto, quippe in stipulationibus ius contineri, in pactis factum versari. Hoc enim sic interpretor, pacta nobis prodesse ad liberationem, sed facto nostro. Nam si ad liberationem non aliter prosunt, quam si quis initio pactum sit contestatus, eiusque pacti exceptionem in iudicium detulerit, ea porro contestatio & defensio in facto rei est: profecto in pactis factum ad liberationem versatur. Contraria stipulationis Aquilianæ & acceptilationis ratio est. per hanc enim si quis liberatur, is iure ipso assequitur, vt nihil debeat, non solutionis & acceptilationis exceptione, & obiectione. 6

Huc † pertinet, quod idem Paulus *in l. qui seruum. §. 1. ff. de obl.* scribit his verbis, *si is, cui rem commodauero, eam surripuerit, tenebitur quidem & commodati actione & condictione.* sed altera actio alteram perimit aut ipso iure, aut per exceptionē. Significat, cum quis ipso iure liberatus est, posse eum tuto negare se debere, & quamuis exceptionem in iudicium non addat, absolui debere, si ex pristina actione soluisse se quandoq; apud iudicem doceat. Quod si per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, eius quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam cōsequatur idem ne teneatur. Hoc vero, inquit, facere est tutius: quia dubitari possit videlicet, an eo modo prior actio sublata sit iure. 7

Formulis † actionum & impetrationibus hodie sublatis, tamen hoc de vetere differentia vestigium mansisse videtur, quod exceptionem hodie initio contestari oportet, *l. emtor, ȷ. de præscr. long. temp. l. præscriptionē, & l. seq. ȷ. de exc.* Sed de iudiciorum formulis pluribus a me scriptum est ad *§. actionum autem. Inst. de action.* Hic autem effectus subtilitatis plus habet quam vtilitatis, quoniam siue solutio obiicienda est initio, siue non est, aliquando certe obiicienda est, vbi actor pecuniam se credidisse docuerit, & ita obiicienda, vt non apertius obiici debuerit, si eam ab initio litis velut exceptionem contestari oporteret. Neque enim te soluisse diuinabit iudex, nisi alleges, & cum allegaris, id etiam tibi probare erit necesse, *l. 1. ȷ. de probat.* 8

Ille † non obscurus effectus dissolutæ iure obliga- 9

9 tionis, quod si creditor pactus sit, ne petat, deinde pa-
ciscatur, vt sibi petere liceat, posteriore pacto efficia-
tur, vt tuto possit agere. Vnica enim huius rei caussa
est in eo, nō quod posterius pactus sit, sed quia priore
pacto vetus actio & obligatio non sit sublata. Sic enim
fit, vt etiam nunc vetere possit creditor experiri, quæ
iure integra est, ac si reus exceptione pacti vtetur, ex-
ceptio posterioris pacti replicatione elidetur, vt actio
& iure procedat, & eadem æquitate defensionis exce-
ptio excludatur. Quod si actio ipso iure sublata sit, vt
tollitur per acceptilationem, vt pleræque etiam pa-
cto, qualis est furti, & iniuriarum, *l. si tibi. §. 1. ff. eod.* ni-
hil profuerit creditorem postea pacisci, vt petere ite-
rum sibi liceat. Nam neque vetus actio est, qua expe-
riatur, quoniam sublata est: neque ex pacto actio, na-
scitur. nisi quis putat pacto veterem actionem instau-
rari, quod fieri non potest. In perpetuum actio exstin-
cta restitui non potest, *l. qui res. §. aream. ff. de solut.*
Sunt enim certa facta, ex quibus oritur quæque obli-
gatio, & actio. Iniuriarum actio ex iniuria nascitur:
furti, ex furto: certi condictio ex mutuo, si mutuum
interuenerit. Verborum obligatio stipulatione con-
trahitur. ceterarumque obligationum suæ sunt & pe-
culiares caussæ. Fac igitur iniuriarum actionem nul-
lam esse, quia pacto sublata sit, consequens erit pacto,
vt iterum petere liceat, iniuriarum actionem non re-
stitui. Hæc enim ex contumelia nascitur, non ex pa-
cto. porro contumelia secuta non est, quæ etiamsi se-
quatur postea: non tamen vetus iniuriarum actio sit
illa, quæ prius fuerit, sed noua, atque alia actio. Hæc
Paulus ad hanc sententiam differit *in d. l. si vnus. §. pa-
ctus ff. eod.*

10 Illud † in hoc rescripto obseruandum est ad pacti
liberationem, quod eo comprehensum est, debito-
rem liberari, si creditor pactus sit, ne peteret. additur,
ob caussas & negotia a debitore defensa. vnde quæri-
tur, an hoc quidquam ad liberationem faciat, vt nisi
caussa subsit, cur creditor debitorem liberet, pactum
nihil prosit. Denique quid si in proposito reus caussas
& negotia creditoris non defenderit? Et dicendum
est nihil hoc ad rem pertinere. Etsi enim caussa falsa
sit: tamen certi iuris est, quidquid ob caussam præter-
itam datur, remittiturue, eius non esse repetitionem,
tametsi is, qui dedit, veram esse caussam sibi persua-
serit, *l. in summa. §. id quoque. l. damus ff. de cond. ind.* At
enim stipulatio sine caussa facta non nocet, *l. 2. §. circa.
ff. de dol. ext.* Quidni igitur & pactio liberandi debito-
ris caussa interposita? Sane vero vtrumque sine caus-
sa pariter improbandum putem. Sed falsa caussa præ-
terita remota, tamen adhuc superest donationis caus-
sa, quam exercere voluisse intelligitur, qui sciens se nō
teneri vltro aliquid dat, aut remittit, *d. l. in summa. § id
quoque. de cond. ind. l. Campanus. ff. de op. lib.* Hæc vero
vel maxime idonea caussa est ad quiduis transferen-
dum, quod quis donare, & liberalitatem exercere vo-
luit, *l. 1. ff. de donat. l. nec vllam. ff. de hered. pet. tot. tit. pro
dona.* Ergo quod adiicitur in rescripto, ob caussas ne-
gotiaque defensa, conueniet ob id adiectum esse in-
terpretari, quia ita ex facto proponebatur, non quod
ad ius quidquam pertineret.

*L. Pacta quæ contra. VI.*

Imp. Antoninus A. Basiliæ.

*Pacta, quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est. PP. Kal. August. hisdem Cons. 214.*

SVMMARIA.

1 *Pacta iniusta improbari hoc rescripto eadem, quæ & edicto de pactis, & contra.*
2 *Pacta contra leges quæ, & quæ in fraudem legis.*
3 *Pacta de rebus ad vtilitatem nostram pertinentibus, si contra quam lex fieri vetet, facta sint, iniusta: si contra id quod nobis lex permittit, conceditur, iusta, eoque seruanda, & cur.*
4 *Mores boni qui sint, & quæ pacta contra bonos mores.*
5 *Pactum turpe, idemque aduersus bonos mores, quo paciscimur fieri, quod per se sit turpe.*
6 *Pactum etiam turpe & aduersus bonos mores, quo paciscimur quid per se factu non turpe, sed quod admissum inuitet ad delinquendum, & cur.*
7 *Impunitatem delicti futuri propositam delinquendi illecebram esse, & quod pactum hanc impunitatem tribuit, & turpe esse & inutile.*
*Admissum iam ante delictum remittere nec turpitudinem habere, & iure concessum esse. ibidem.*
8 *Spem lucri ex delicto propositam inuitamentum esse delicti, & pactum quo ea spes cōstituitur, æque turpe & inutile.*
9 *L. pacisci. ff. de pact. exposita.*
10 *§. pacta. l. si vnus. ff. de pact. explicatus.*
11 *Pacta contra ius aut bonos mores facta quibus id agitur, vt quid detur aut fiat, vtrum ipso iure nullius momenti sint, an per exceptionem tantum infirmentur.*

PACTA † iniusta hoc rescripto improbātur. Ea sunt, 1
quæ sunt contra leges, constitutionesue, aut bo-
nos mores: id est, in summa, quæ sunt contra ius. Qua
de re tota apertius edicto cautum est, expressis vide-
licet speciebus legum, & eorum quæ contra leges fi-
unt. Sic enim verba sunt, *vt edicat prætor se pacta con-
uenta esse seruaturum, si neque aduersus leges, senatuscon-
sulta, plebiscita, edicta, decretaue Principum, neque
quo fraus cuiquam eorum fiat, facta erunt.* Sed ita, vt
nihilominus idem generalibus verbis hoc rescri-
pto exprimatur. Nam qui legem dixit, vi ipsa omnia,
quæ legis vim habent, est complexus. quo in numero
sunt plebiscita, senatusconsulta, edicta magistratuum.
de quibus apud Iustinianum scriptum est sub titulo
*de iure natur. gent. & ciuil.* Sed & constitutiones præ-
cipue leges sunt, *l. leges. supra de leg.* Sed propter excel-
lentiam hoc loco nominatim sunt appellatæ. Harum
partes sunt, edicta, decreta, rescripta principum, quæ
nominantur in edicto. Quæ in fraudem legis fiunt,
sunt eiusmodi, vt generaliter & ipsa contra legem
fieri intelligantur, vt mox dicam. Vis igitur vtrius-
que loci eadem. Hoc rescripto additum est de iis,
quæ contra bonos mores fiunt. quod genus cum
improbandum sit maxime, edicto prætoris præter-
missum esse mirum videri potest. Sed verbo legum,
quo prætor in edicto vtitur, satis comprehenditur.
Nam & boni mores, leges sunt populi consensu ta-
cito sine scripto constitutæ, *Iulianus in leg. de quibus.
ff. de legi.* Inueterata consuetudo pro lege non im-
merito custoditur. Et hoc est ius, quod dicitur
moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nulla a-
lia ex caussa nos teneant, quam quod iudicio populi
receptæ sunt, merito & ea, quæ sine vllo scripto po-
pulus probauit, tenebunt omnes. Nam quid interest,
suffragio populus voluntatem suam declaret, an re-
bus ipsis, & factis? Vt igitur res exprimeretur magis,

de bonis moribus hoc loco comprehensum est potius, quam quod esset necesse. Ex quibus intelligitur, satis vtroque loco de iniustis pactis esse comprehensum. Quæ sint contra leges, quæ contra bonos mores, videamus.

2 Pacta † contra legem sunt, quibus paciscimur id fieri, quod lex fieri vetat, siue verbis vetet, siue sententia. Nam & contra legem sunt, quæcumque sunt contra sententiam legis, *l. non dubium.* §. *de leg.* non enim ex lege est tantum, quod est ex verbis & sententia legis, sed etiam quod solum ex legis sententia, *l. nominis.* §. *verbum. ff. de verbor. signific.* Sed cum res tractatur subtilius, docendi caussa istas res, vt diuersæ sunt, ita verbis distinguere solemus, dicimusque alia esse contra legem proprie, quæ sunt contra verba legis, alia in fraudem legis, vbi saluis verbis legis sententia eius circumuenitur, *l. contra. & l. sequent. ff. de leg.* quomodo hęc in edicto expressa, & distincta sunt. Harum rerum hæc sunt exempla. Lex Iulia prohibet fundum dotalem alienari, *Instit. quib. ali. lic. vel non.* Maritus alienauit, & pactus est, ne de eo vnquam ageret. pactum contra legem est, eoque non seruandum. Item senatus vetat pecuniam credi filiofam. credita est, cauitque filiusfam. se bona fide restituturum. contra senatusconsultum est cautio. ex ea in filiumfam. actio non erit. At erit in fraudem senatusconsulti hoc modo, si pecunia data erit Titio, vt ea postea rediret ad filiumfamil. ac filiusfamilias in eam caussam Titii nomine se obligarit, *l. 3. §. penultim. in fin. l. 7. §. 1. ff. de senat. Maced.*

3 Hoc † intellecto, quid lex vetet in omni pacto, quærendum erit. De qua re inepti simus, si quid conemur in vniuersum definire: cum leges pro conditione cuiusque negotii commutentur: negotia autem sint infinita, & eiusmodi, quæ nihil inter se affine habeant. Solum hoc præcipiendum est, videndum esse, quæ de vnoquoque negotio lex, & quod ius constitutum sit. Ex huius verbis animaduerti posse, vtrum vetet, an non vetet, proindeque pactum, quod fit de re ad legem pertinente, iustum sit, an iniustum. Si quid vetabit lex, & nihilominus vt id fiat, paciscemur, pactum aduersus legem erit. Si non vetabit, nihil faciemus contra legem, si de re paciscemur. Non alia ex re fit, vt quædam pactiones de rebus ad vtilitatem nostram pertinentibus valeant, quædam quamuis ex eodem genere sint, improbentur. senatusconsulto Velleiano cautum est, ne mulieres pro aliis intercedant, *l. 1. ff. ad Velleian.* Pertinet hoc ad vtilitatem mulieris, ne teneatur, non aut Reipub. aut alterius cuiusquam. Verumtamen si intercessit, non tenetur, *l. si mulier. J. ad Vellei.* At si miles, cui hoc tributum est, ne conueniatur apud alios iudices, quam militares, huic priuilegio renuntiet, pactũ eum tenet, *l. pen. J. eo.* Vnde hæc tam varie? nempe ex eo, quod senatusconsultum vetat mulierem intercedere. Hęc autem huic beneficio renuntiando magis intercedit, quod est cõtra senatusconsultum. Qua autẽ lege priuilegium datur militi, ne ad alios iudices ire cogatur, non vetatur miles ire ad alios. Non igitur contra legem, si se ad alios iturum paciscatur. quorum vtrumque non nisi consultis verbis legis intelligitur. Cum autem id solum definiamus contra legem esse, quod eiusmodi est, vt fiat contra quam lex vetet, iam ex eo intelligi potest, si qua sit lex eiusmodi, quæ aliquid permittat, aut det, puta actionem, aut exceptionem, beneficium, aut priuilegium aliquod: nihil fieri contra legem, si de ea re, quam lex nobis dat, paciscamur, vt de milite iam diximus. Neque enim cum lex nobis aliquid concedit, etiam accipere nos iubet. & quia non iubet accipere, non vetat recusare. alioqui vis hæc sit, vel onus, non beneficium. Cui iam cõsequens est, vt quoniam nulla pacta improbantur edicto, nisi quæ sunt iniusta, id est, contra leges, pactum omne eiusmodi sit seruandum. Hinc illa nata sunt: licere vnicuique de re priuata & familiari pacisci, *l. iuris gentium. §. si paciscar. ff. eo.* item licere cuiq; persecutionem iuris sui paciscendo deteriorem constituere, *l. pactum. ff. eo.* &c, quod omnia continet, licere vnicuique ea quæ pro se introducta sunt, contemnere, iisque renuntiare, *l. penult. J. eod. l. si. iudex. ff. de minor.*

Iam † quæ pacta sint contra bonos mores, dicatur. 4
Et sane esset hoc absolutum ex superioribus, si intelligeretur qui sint boni mores, & quid sit ex bonis moribus. Nam si sunt contra leges ea pacta, quibus fieri paciscimur, quod leges vetant, erunt & illa contra bonos mores, quibus paciscimur, vt fiat, quod vetant boni mores. Solum vt hoc quærendum relinquatur, quid illi vetent, aut non vetent. Sed nihil agitur hac definitione, nisi prius certum sit, qui sint boni mores, & quid illi iubeant, aut fieri prohibeant. Hoc in legibus non quæsiuimus, quia quid sit lex, & constitutio, non ignoratur. Quid etiam vetent, aut non vetent, cũ scripto constent, & palam sint expositæ, ex illorũ verbis nullo negotio sumi potest. At nõ item expeditum est, qui sint mores boni, & quid illis præcipiatur: vt qui non cõstent scripto, sed regula naturæ, & ratione non omnibus perinde cognita æstimentur. De eo igitur dicendum est adhibita definitione, & partitione generum, quæ maxime ad rem accommodata videbitur. Ita quæ pacta cõtra bonos mores sint, & ob id improbentur, quæcunque pactio allata erit, intelligetur. Mores idem sunt, quod consuetudo, id quod diuturnus vsus & consensus vtentium comprobauit, *leg. de quibus. ff. de legib. §. sine scripto. Insti. de iure nat. gent. & ciui.* Boni mores ii, qui sunt cum honestate coniuncti, vel potius cum natura & iure gentium: quibus sequimur id, quod natura rectum & honestum est, quod gentium iure. Nam bonum id appellamus, *l. pen. ff. de iust. & iure.* cuiusmodi est, si quid ex religione, si quid ex pietate, si ex ea reuerentia, quam maioribus, & iis, quorum in potestate sumus, debemus, si ex veritate fiat. Nam hæc inter iura naturæ numerat Cicero *libro 2. De inuentione,* religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, obseruantiam, veritatem. Quæ aduersus hæc facta sunt, aduersus bonos mores maiorum fieri dicuntur. Huius rei hæc exempla sunt. Maritus in id, quod facere potest, conuenitur. Reuerentiæ hoc mariti datum est, quam mulier marito præstare debet. Aduersus hoc si quid pactum fit, contra bonos mores erit: quia fit aduersus reuerentiam, quam vxor marito exhibere debuit, *l. alia. §. vltim. ff. solut. matrim.* Item coniugum amorem virtute atque officiis prouocari honestum est. Pœnæ igitur vinculo matrimonia adstringi contra bonos mores, *l. Titia. ff. de verbor. obliga.* Item est hoc ex natura, & gentium iure, quibus successurus sis, eorum mortem non optare, sed quem finem vitæ Deus det, moderate exspectare. Festinare igitur ante tempus, vt de hereditate viuentis ante statuas, q̃ naturæ legibus & Dei deferatur, contra bonos mores esse dicitur: idcirco, quia contra ius gentium, *l. quidam. §. 1. ff. de don.* Ex quibus intelligitur, quæ honeste, & ex officio fiunt, eadem esse ex bonis moribus: con-

tra si quid turpiter, si quid non honeste fit, id fieri contra bonos mores. Quod expressius videtur Papinianus *in l. filius. ff. de cond. instit.* his verbis: *Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, &, vt generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est.*

5 Pactorum † autem quæ sunt contra bonos mores, duo sunt genera. Quædam sunt, quibus id fieri paciscimur, quod per se sit turpe. cuius generis est, si quis promittat se sacrilegium, aut homicidium facturum, *l. generaliter. & sequent. ff. de verborum obligat.* vt maritum in solidum conuenire liceat: vt parentem sine permissu prætoris filius in ius vocet: vt ne patrem redimat ab hostibus, ne parenti alimenta præstet. Sunt enim hæc contra reuerentiam, quam & vxor viro & filius patri iure naturæ debet, *dict. l. alia. §. vltim. solu. matrim. l. parentes. ff. de in ius vocand. l. 9 ff. de cond. inst.* Item vt metu quis vxorem ducere, aut aliqua nubere, id est, vt eiusmodi aliquam necessitatem in re honesta & maxime omnium libera contra Reipubl. vtilitatem suscipere cogatur, *dicta l. Titia. ff. de verbor. obligat.*

6 Alia † sunt eiusmodi, quibus fieri paciscimur, quod factu per se non est turpe: sed eiusmodi est, vt eo recepto is, qui cum paciscimur, ad delinquendum inuitetur. Vt autem maleficia non admitti, & ea de caussa ab his deterreri homines pœna proposita honestum est, & Reipub. salutare, *l. ita vulneratus. in fin. ff. ad l. Aq. l. locatio. § quod illicite. ff. de publica.* ita ad hæc homines inuitari turpe, & contra Resp. vtilitatem putandum est. Inuitantur autem pacto ad delinquendum homines dupliciter.

7 Vno † modo, ademto pœnæ & actionis metu, si quid commissum sit: veluti cum ante hæc admissa ita paciscor, ne de dolo, ne furti agam. Futurum est enim, vt remota pœna homines magis audeant, cum sciant fore impune, quod admiserint. certe constituta pœna non dubium est eos in delinquendo fore tardiores. Pœnam enim metuent. Hanc metui, inquit Paulus, expedit. Proinde recte hoc totum genus improbatum est *in l. si vnus. § pacta. ff. eod. l. illud. ff. de pact. dot.* Idem si conueniat his rebus iam admissis, pactum valebit: quia nihil prosit adhuc pœnam metui, ne maleficium admittatur, cum id iam admissum fuisse constet, *l. iurisgentium. §. si paciscar ff. eod.*

8 Altero † modo fit, vt excitentur homines ad delinquendum, cum quid tale promissum est, quo maiore vberioreque sint potituri, si quid turpe admiserint. Vt enim in superiore impunitas, sic in hoc genere spes proposita inuitat culpam. veluti si quid promissum sit, si quod flagitium fiat, *l. 5. C. de cond. ob turp. caus.* In hoc genere habetur pactum, per quod id agitur, vt alteri succedamus, vt mortui hereditatem obtineamus. De quo *in l. pactum, quod dotali. & l. vltim. hoc titul.* dicendum est. Item cum aduocatus ex euentu litis partem aliquam lucri sibi decidi paciscitur, *l. sumtus. ff. eo. l. 1. § si cui. ff. de extra. cognit. l. salarium. 7. ff. de mand.* In quo non adiicitur quantam partem emolumenti aduocatus sibi cauerit. & merito. spe enim lucri proposita quiduis moliretur, vt caussam vincat. qua amissa nihil inde consecuturus sit. Has species nullius momenti esse hoc rescripto expressum est, vt & edicto. Videndum est, an omnes. Et constat nihil exceptum esse. nec vero dubium est, quin omnia pacta, iniusta si sint, aut turpia, ob pares caussas pariter valere non debeant.

Est † tamen, quod primæ speciei hoc rescripto comprehensæ aduersari videatur. id nempe, quod Vlpianus scribit *in l. pacisci. ff. eo.* pacisci contra edictum ædilium omnimodo licere, siue in negotio venditionis gerendo conuenisset, siue postea. nisi quis forte dicat pacta contra leges facta nullius momenti esse: aliud esse, si quis contra edictum magistratuum paciscatur: quia edictum prætoris, aut alius magistratus, lex non sit. Sed & hæ leges prætoriæ fuerunt. Nunc quidem ius honorarium, maxima pars est iuris Romani, §. *pratorum. Instit. de iur. nat. gent. & ciui.* quid multa? si quid contra edictum prætoris cautum sit in testamento, id contra ius esse, & non valere diserte scriptum est *in l. si inquilinos. §. penult. ff. de leg. 1.* Nihil igitur contra edictum ædilium (quod & ipsum iuris honorarii pars est, *dict. §. pratorum.*) pactum valet. Neque hoc Vlpianus negat. Quid enim sentiat, animaduertendum est. Certum est eum non aliud sentire, quam hoc, si venditor de vitiis, morbisue mancipii sibi cauerit ita, vt si quid eorum esset, ne eo nomine teneretur, id pactum esse seruandum: tametsi edicto ædilium ita caueatur, vt qui mancipia vendunt, quid morbi, vitiiue sit, palam & aperte pronuntient. Hoc pactum recte dicit esse seruandum. Neque enim est contra edictum ædilium curulium: si modo recte definimus ea solum pacta contra leges esse, quibus fit aliquid contra, quam lex vetet: & si totum edictum, non partem; si mentem & sententiam totius edicti, non verba vnius alicuius partis spectemus. quod in omni lege facere debemus, *l. inciuile. ff. de legi.* Quippe edictum vitia pronuntiari iubet initio, ac proinde celari vetat. Sed hic non consistunt ædiles. quod si facerent, merito quidquid contra fieret, & contra edictum, & inutile esse diceremus. Progrediuntur longius, & adiiciunt, si contra factum sit, se iudicium daturos, vt mancipium redhibeatur. Ita quod edictum primo prohibitorium videbatur, in summa permittere reperitur, nimirum actionem ad mancipium redhibendum. Hanc vero ita dari, vt edictum non vetet eam repudiari, supra satis ostensum est. Vnde efficitur hanc repudiationem contra edictum non esse. Cur igitur contra edictum esse Vlpianus dicit? Quia est sane id pactum contra edicti verba, vt quod initio vitia reticeri vetet. Vlpianus autem intelligi voluit horum rationem non esse habendam: sed quid deinde ædiles adiicerent, esse spectandum. inde intelligi posse, etiam contra hæc verba recte venditorem pacisci, ne ob vitia non nuncupata teneatur propter edicti sententiam, quæ ex sequentibus non esset obscura. 9

Videamus † etiam, ne in eo genere pactorũ, quod est contra bonos mores, admittatur a Paulo hoc genus pacti in deposito, ne tecum de dolo agam. quod ipsum cum inuitet ad delinquendum, genere ipso turpe esse negari non potest vel eodem auctore *in l. si vnus. § pacta ff. eod.* Sic autem ipse scribit *in d. l. si vnus. §. illud.* Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur: quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. quod pactum proderit. An hoc intelligit, ne depositi agat dolo iam admisso? Minime. Nam dolo admisso non tantum ita pacisci licet tacite, ne depositi agam, vt dolus recte remissus videatur: sed etiam aperte, ne de dolo tuo agam, *l. iuris gentium. §. si paciscar ff. eod.* An igitur admittemus hanc pactionem, ne depositi agam, etiam in hoc valere, ne depositi ob dolum tuum futurum agam? 10

agam? Non puto admittendam. Nam si vtroq; pacto & expresso & tacito, quo dolus remittitur, inuitatur reus ad libere fraudandum: vtrumque pariter est turpe, & contra bonos mores, ac proinde iuxta improbandum. Et quod dicitur expressa nocere, non expressa non nocere, *l. expressa. ff. de reg. iur.* nihil huc pertinet. Fateor enim hoc pactum non nocere reo. Sed hoc quæritur, an illi prosit? quod ego non concedam. Ego Paulum hoc dicere intelligo, nullo modo effici posse ne dolus futurus præstetur: proinde nec expressa pactione, nec tacita. nec se dimoueri de hac sententia, quamuis hoc pactum, ne depositi agam, vi ipsa hoc continere videatur, ne de dolo agam, & verum sit id pactum prodesse. Quibus verbis hoc ostendit, non se mutare, quod prius generaliter posuerat: sed solum se putare non obstare sibi istam obiectionem. Itaque hoc restabit, vt videamus, cur sibi obstare non putet. Et sane id caussæ est, quia non vsque eo proderit reo hæc pactio, vt si quid dolo malo admiserit in deposito, is propter hanc pactionem non teneatur, si eum dolo malo quid fecisse probetur: sed hactenus tantum, vt dicenti se rem amisisse fides habeatur, nec cogatur id probare tutus exceptione, donec contra eum quid probetur. At enim Paulus ait, in hac pactione vi ipsa hoc contineri, ne de dolo agatur. Expendendũ est, quid dicat. Ait videri hoc contineri. Recte *videri*. Nam re vera non cõtinetur. Generali enim oratione & remissione non continentur ea, de quibus actũ non est, *l. qui cum tutoribus. §. vlt. ff. de trans.* At cum depono apud te rem quampiam, & ne recuses accipere depositum, paciscor, ne depositi agam, hoc agitur, vt te periculo depositi liberẽ, non vt liceat tibi libere fraudare, & grassari in deposito. quapropter hoc posterius non continebitur pacto. Sed vt demus contineri: etsi dicit Paulus hanc pactionem, ne depositi agam valere: non tamen dicit quatenus valeat. nos vero sic interpretabimur prodesse, vt paulo ante dixi, vt quamuis depositum non reddat depositarius, quia se id amisisse dicat: non tamen teneatur, quamdiu non doceatur id interuertisse, aut dolo fecisse, quo res abesset: non autem vt dolo probato liberetur.

11 Ait † rescriptum, non tantum non valere ea pacta quæ sunt contra ius, aut bonos mores, quod in omnibus verum est ex edicto: sed hoc amplius, nullam vim habere: vt sit sensus, siue ad liberationem comparata sint, ea non parere exceptionem, multoque minus quem liberare ipso iure: siue spectent ad dandum aut præstandum quid, ea etiam ipso iure nõ parere actionem. Id in pactis liberandi caussa interpositis recte dicitur: at in aliis quæ obligationis contrahendæ caussa interponuntur, videamus, ne falsum sit. Duo sunt contractus contra senatusconsulta, intercessio mulierum, & pecunia mutuo data filiof. Vtrumque enim fieri senatuscõsulto vetatur: illud Velleiano. *l. 1. & 2. ff. ad Vel.* alterum Macedoniano. *l. 1. ff. de Maced.* Et tamen si mulier intercedat, datur ei exceptio Velleiani *l. 2. ꝟ. ad Vell.* similiter & si filio familias mutua pecunia data sit, competit filio & patri Macedoniani exceptio, *l. item si. §. non solum. l. tamen ff. de Mac.* Non est exceptio, nisi aduersus actionem iure ciuili comparatam. *Inst. de exc. & deinceps.* Valuit igitur summo iure & actionem peperit cum illic intercessio, tum hic mutui datio. Sunt & huius generis quædam pacta ex his, quæ dicuntur esse contra bonos mores. Nam & in stipulatione, quæ videatur contra bonos mores, aduersus petitionem datur exceptio *in l. Titia. in pr ff. de verb. obl. Et in l. pen. ff. de cond. ob. tur. caus.* responsum est, si quis quid promiserit ob turpem caussam, petentem exceptione doli summoueri posse: quam tamen & ipsam promissionem, vt turpem, ita & contra bonos mores esse constat, *l. mercalem. ꝟ. de cond. ob tur. cau.* Et de omnibus pactis, quæ sunt contra leges, aliamue partem iuris, ita statuendum est, omnia plane nullius esse momenti. eoque nec iure parere actiones, quasi nec facta, vt hic significatur, & apertius cautum est *in l. non dubium. ꝟ. de legi.* sed hactenus, nisi lex aperte patiatur summo iure valere id, quod fit, & contenta sit actionem non dare, quod in senatusculto Velleiano, & Macedoniano accidit. Velleianum intercessiones & fideiussiones in fœminis agnoscit, sed petitionem inde dari vetat *l. 2. ff. ad Vell.* Sic & Macedonianum pecuniam, quæ filiof. mutua data sit, mutuam esse patitur, sed & idem vetat inde actionẽ dari, *l. 1. de Mac.* De his autem pactis, quæ sunt contra bonos mores generaliter definiemus, si quæ talia esse constet, omnia ipso iure sine exceptione, nullam vim habere, eoque non parere actiones, *l. generaliter. & l. seq. ꝟ. de ver. obl.* Quia nulla lex patiatur ea valere, ne summo quidem iure. Sed non semper constat tales esse stipulationes, quæ vere tales sunt. Ideo valebunt quidem ex verbis ipso iure hactenus, vt ex his agatur: sed exceptio dabitur, in qua quæretur, an vere sint contra bonos mores, quales esse dicuntur. Tales vero sunt eæ, quæ proponuntur *in d. l. Titia. de ver. obl. & d. l. pen. de cond. ob tur. caus.* Quod quoniam pluribus ostendi ad *l. generaliter. ff. de verbo. obl.* hic non persequar longius. Quid tamen, quod dolo vel metu adhibito si quid stipulanti promissum sit, actionem nasci placet, etsi per doli mali vel metus exceptionem summoueri petitio debet? *l. dol. ꝟ. de inutil. stip.* An non ea stipulatio est contra bonos mores, & quidem ita, vt constet: nullo vero modo contra bonos mores, neque ideo infirmatur, quia sit contraria bonis moribus. Metus quidem adhibetur, & dolus struitur ille quidem malo more, hic autem malitiose, eoque & turpiter ac contra bonos mores, *l. isti. ff. quod met. cau. l. 1. ff. de dol.* sed si quis his rebus adductus promittit, promissio non est turpis, vt quæ nec quidquam contineat turpe, vbi promissor promittit de suo, nec stipulatorem inuitet ad delinquendum; cum admisso iam ab eo metu, aut dolo promissio sequatur. qua ratione etsi quis post admissum dolum aut delictum paciscatur, ne de his agat, placet pactionem valere, *l. si vnus. §. pacta. ff. eod.* Cur ergo infirmatur stipulatio exceptione? propter dissensum. Tametsi enim inspecto eo, quod nunc geritur, consentit, qui voluit, etsi coactus, aut deceptus, tamen initium & caussa negotii eiusmodi est, vt nisi coactus esset, aut deceptus, non consentiret. Hinc vis definitur necessitas imposita contraria voluntati, *l. 1. ff. quod met. caus.* & qui decipitur errat. error non habet consensum. *l. 2. ff. de iud.* Vnde Vlpianus in *l. qui cum tutoribus. §. qui per. ff. de trans.* negat eum pacisci, qui decipitur.

*L. Creditorri. VII.*

Imp. Antoninus A. Iulio Maximo.

*Debitori tuo si heres exstitisti: actio, quam contra eum habuisti adita hereditate confusa est. Sed si eam hereditatem, posteaquam in iudicio obtinuisti, ei*

*tradidisti quem sententia superaueras ea conditione pactoque vt tam ceteris creditoribus quam tibi in eo, quod tibi deberetur, si eam hereditatem non adisses, satisfaceret, pacti conuentionis fides seruanda est. Quæ si non seruatur, ex stipulatu, si modo pacto subiecta est, dabitur actio; vel præscriptis verbis, si stipulatio non interuenit. PP. III Kalend. Aug. Antonino A. IV. & Balbino conss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Pacti species.*
2 *Confusione tolli actionem, cum creditor debitori succedit.*
3 *Hereditatem tradi alteri ab herede posse: in tradenda vtilem esse conuentionem, vt qui accipit, satis faciat, tum heredi de eo, quod illi prius debebatur, tum aliis creditoribus: & quæ hinc actio heredi.*
4 *Vt aliis creditoribus soluatur, quomodo vtilis pactio.*
5 *Hereditas tradi quomodo & quando intelligatur.*
6 *Tradita hereditate sine alia conuentione, eadem pactionem intelligi, vt qui accipit satis faciat & aliis creditoribus, & heredi de eo, quod ei ante aditionem debebatur.*

1 CREDITOR a debitore suo heres institutus eius hereditatem adierat, cumque fieret ei a legitimo herede hereditatis controuersia eo, quod aut iniustum, aut falsum, aut inofficiosum testamentum esse diceretur, obtinuerat. qua ex re amplius vere illum heredem debitori suo exstitisse apparuit. Ne tamen aduersarius eius tantopere expeteret eam hereditaté doleretque se ea carere: heres, idemq; qui olim fuerat creditor, dixit se paratum illi ea hereditate cedere, si tam ceteris creditoribus, quam sibi in eo, quod sibi deberetur, si eam hereditatem non adiisset, satisfaceret. Placuit cognato conditio, eaque lege illi hereditatem heres tradidit. qua accepta fidem non seruat cognatus, facti pœnitens. Consulit heres, num aliquam actionem aduersus eum hoc nomine, & quam haberet. sane enim aditione sublata erat obligatio de eo, quod ei debebatur.

2 Rescribitur † heredem veterem actionem non habere: quia cum debitoris adierit hereditatem, actio aditione fit confusa, *l. Stychum. §. aditio. ff. de solut.* vt dicendum sit, si quam eo nomine habeat non aduersus alium, quam aduersus se habere. de quo genere liberationis alio loco quærendum est.

3 Sed † ea re heredem moueri non debere. Non erit vetus actio. at erit noua, quæ in eam rem sufficiat. Nam cum legitimus heres pactus sit, se heredi satisfacturum & ceteris creditoribus, & pactum non sit nudum, sed cognatus ea lege hereditatem acceperit, vt satisfaceret; pactum seruari oportet, *l. legem. ꝟ. eod.* itaque si stipulatio eius rei nomine intercessit, erit ex stipulatu actio heredi: si nulla stipulatio est, erit actio præscriptis verbis ex hac conuentione. Nam hæc verba in quibusdam exemplaribus habentur. quæ vt desint: tamen addenda sunt. Sic addita sunt *in l. cum mota. & in l. si profundo. ꝟ. de transf.* Et verba hæc rescripti, quæ si non seruatur, declarant subiici quo modo pacti fides seruetur, quam prius seruãdam esse Imp. dixerat. Seruandi autem ratio duplex: actio ex stipulatu, si stipulatio pacto subiecta est; & sine stipulatione actio præscriptis verbis: vt proinde vtrãque ex instituto subiici oportuerit. est enim hic negotium ciuile gestum. Ex quo genere est præscriptis verbis actio. *l. si dominus. l. solent. ff. de præs. ver.* Hoc illud est quod traditur *in l. in traditionibus. ff. eod.* in traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum valere. Ac quæ sit ex eo actio, ostendit. de quo vide plura ad *l. cum mota. ꝟ. seq. tit.*

Aget † autem heres cum legitimo herede non tantum de eo, quod sibi olim debebatur: sed etiam de eo, quod debetur ceteris creditoribus hereditariis, si quid ab iis conuentus præstiterit. Nec oberit ei, quod dicitur nos aliis pacisci non posse. Nam etiam hoc tunc facere licet, cum nostra interest. *l. stipulatio ista. §. si stipuler. ff. de verbor. obl.* Interest autem heredis dissolui pecuniá hereditariis creditoribus; quia semper his heres tenetur, quidquid de rebus hereditariis statuerit, *l. 2. ꝟ. de her. vel act. vendi.* Qua de caussa etsi nondum quidquam creditoribus hereditariis præstiterit, tamen a possessore recte petet, quantum his debetur. Hactenus enim eius interesse intelligitur, quatenus ei abest: & abesse id, in quo obligatus est, *l. si quis mandatu. ff. de neg. gest.* 4

Sed † non erit in hac specie negotium ciuile gestũ, nisi heres hereditatem tradiderit ea lege, vt sibi satisfieret. Enimuero quomodo potuit tradi hereditas, cum tradantur solum res corporales: hereditas auté res sit incorporalis. *titu. de reb. corp. & incorp. Instit.* Et reuera tradi hereditas non potest. sed si res quæque ab effectu suo æstimatur, est cur videatur hereditas tradita, cum emolumentum hereditatis erit traditum. Id emolumentum est in rebus hereditariis habentis, tenentisq;: quo fit, vt his traditis hereditas tradita videatur. Sed verius dicetur abusiue hic dici hereditatem pro rebus hereditariis: cum hereditas ab herede discedere non possit, & in alium transire. alioqui & is, cui tradita esset, heres efficeretur. quod fieri non potest, *l. hereditas. ꝟ. de pac. conuen. d. l. 2. ꝟ. de hered. vel act. vendit.* Traditam hereditatem, seu res hereditarias accipiemus, non solum si actor restitutam sibi prius a possessore hereditatem rursum ei tradidit; sed etiam si eam apud possessorem condemnatum esse passus est eo animo, vt eius fieret. nihil enim interest, vtrum rem meam, quæ apud me est, tibi tradam, an cum apud te esset, pro tradita habeam, id est, velim apud te manere ea mente, vt tua fiat *l. qua ratione. §. interdum. ff. de acq. rer. do. l. si profundo. ꝟ. de transf.* Nam quod ex diuisionis placito non nascitur actio heredi aduersus coheredem, apud quem post diuisionem indiuisæ res manserunt, *l. cum proponas inter ꝟ. eo.* nihil ad rem pertinet. non enim apud eum manserunt, quia alter eas manere vellet, & pro traditis haberi; sed quia apud eum prius fuerant, & nunc eas non reddit, vt ex diuisione placuerat. Quinimo heres coheredem ad diuisionis placitum seruandum vocando, declarat se prius eas res neque tradidisse, neq; pro traditis habuisse, sed ex diuisione exspectasse. 5

Quid, si heres victor hereditatem tradiderit condemnato, nulla nominatim conuentione interposita, vt possessor creditoribus hereditariis satisfaceret? Puto nihilominus hac ipsa conuentione traditam videri; vt si conuentiones tacitæ non minus valent, quam apertæ, vt valent, *l. 4. ff. eo. l. 3. ff. si cer. pet.* sit etiam hoc casu ei qui tradidit, eadem actio, quam in aperta conuentione hic esse diximus: vt proinde frustra alia aut desideretur ab Accursio & aliis, aut competere negetur. Intelligitur autem id agi ex hereditatis verbo. Hereditas enim commoda & incommoda omnia quæ defuncti fuerunt, continet. *l. 1. 2. 3. ff. de bon. pos.* Ita qui hereditatem tradit, hoc ipso cum his ipsis cõmodis & incommodis tradere intelligitur. Hæc conuentio 6

cõclusio est ex pacto facto tempore traditionis nascitur actio ut in l. le exposita applicari [illegible]

uentio in vendita hereditate non obscure animaduertitur, aut potius animaduersa statuitur. Cur enim sine alia pactione placuit emtorem hereditatis satisfacere debere creditoribus hereditariis, & in his etiam venditori, si quid ei defunctus debuerit *l. 2. §. penult. ff. de her. vel act. vend.* Haud dubie, quia ita actum est. In re enim quæ consensu geritur, extra moram aut culpam nihil deberetur sine consensu. Vnde vero conuentio intellecta est? Ex eo, quod hereditas venditur, quæ vi sua incommoda æris alieni, quod defuncti fuit, non minus continet, quam commoda. Eadem significatio & mens testatoris ex verbo hereditatis intelligitur, cum testator legauit alicui partem hereditatis, *l. si quis seruum. 8. §. vlt. ff. de leg. 2.*

*L. Si pascenda. VIII.*

Imp. Antoninus A. Mucatraulio.

*Si pascenda pecora partiaria (id est, vt fœtus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum & pastorem diuidantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto præstare per iudicem compelletur. PP. IV. Kal. oct. Alexandro A. II. & Marcello Coss. 227.*

SVMMARIA.

1 *Partiarium pastorē inter, & dominum pactum factum de fœtibus inter ipsos emendis, an sit seruandum, dua dubitandi caussæ, & hæ remotæ.*

1 FIDEM *pacto præstare per iudicem compelletur.*) † Cum prætor edicat se pacta esse seruaturum, videndum est, quid hic caussæ esse potuerit, cur dubitaretur, an in eo fides esset præstanda. Et sciendū est hic, & in similibus pactis, cum quæritur, an ex his sit actio, dubitationem nasci solere ex regula iuris, qua efficitur ex pacto actionem non nasci, *l. 7. §. quinimmo. ff. eo.* Sed cum in l. sequenti traditum sit, eam non pertinere ad ea pacta, quæ nuda non sunt, hinc duplex defensio est, cur pactum, quod proponitur, valeat. Primum, qa ex eadem lege nō est nudum, cum tradidi tibi pecora ea lege, vt ea pasceres, & fœtus mecum partirere. Deinde & si pecora tibi non tradidissem: tamen est eiusmodi conuentio, quæ transeat in proprium nomen contractus. Ex hac enim conuētione contrahitur societas. Ex quo genere est pro socio actio, quamuis nihil vtrimque traditum fuerit alteri ab altero. De hac enim specie ita traditum est *in l. si merces. §. vis maior. ff. loc. l. cum duobus. § si in coeunda. ff. pro soci. l. si tibi rem. §. 1. ff. de præs. verb.* Potuit etiam in proposito dubitari de partibus fœtuum, si forte conuenerit, vt nimis essent inæquales. Sed nihilominus & conuētio de partibus lucri & damni valet, *l. si non fuerint. ff. pro soci.* Bene igitur hic absolute respondetur pacto fidem esse præstandam.

*L. Cum postea. IX*

Imp. Alexand. A. Dionysio.

*Cum posteaquam aduersarius matris tuæ victus esset, matrem tuam circumuenerit, vt ei caueret nullam se cōtrouersiam de seruis moturam: id pactum mala fide factum, irritum est: & cum ex ea conuentione cum matre tua agi cœperit, iudex eam liberabit. PP. prid. Id. Sept. Alexandro. II. Et Marcello Coss. 227.*

SVMMARIA.

1 *Pactum mala fide, id est, dolo malo factum, decipienti etiam reo inutile.*

2 *Dolo rei condemnati quomodo fiat, vt actor victor ei remittat actionem.*

3 *Mulierem actricem quamuis sciat secundum se iudicatum esse, posse decipi, vt paciscatur se amplius non petituram; atque hoc etiam casu pactum ei nocere.*

4 *Errore suo deceptus actor si quid pacto remittat, quod non conueniebat, non eo magis pactum nocere, quamuis reus quoq; ab initio in eodem errore versans dolo caruerit.*

5 *Dolo malo rei pactum factum quomodo non seruetur.*

6 *Agit etiam reus, qui exceptione vtitur.*

NON seruat prætor edicto ea pacta, quæ dolo malo facta sunt. Huius generis hoc loco exemplum proponitur.

Rescripti † summa de eo eadē, quæ edicto expressa est: Pactum quod mala fide factum sit, dolo factum: quod dolo, irritum esse. Mater, quæ de seruis egerat, aduersario victo, dolo circumuenta est, vt ei caueret nullam se de iis seruis controuersiam moturam. Errore comperto agit iudicati actione, quæ illi actio sententia iudicis parta est. Recte agit, nec nocebit ei exceptio pacti, quod dolo malo expressum est. 1

*Matrem tuam circumuenerit.* († Fiet hoc modo, vt aduersarius petitricem in hac specie circumueniat, si cum sciret se victum esse, mulieri ignorāti mentiatur, rem nondum iudicatam esse, aut cum mulier putaret non esse iudicatam, aduersarius hūc errorem silentio suo confirmans, & hac occasione vtens persuadeat mulieri, vt propter incertum euentum litis ambo a lite discedant, atque ita illis discedentibus mulier caueat se de seruis in posterum non acturam. Dolus enim non tantum in eo est, qui aliquid fallendi caussa mentitur: sed etiam in eo, qui malitiose aliquid dissimulat, vt ignorantia & errore aduersarii ad suum lucrum & illius fraudem abutatur, *l. ea quæ. in fi. ff. de contr. em.* 2

Quid † dicemus, si mulier aduersarium victum esse sciuit, & nihilominus pacta est? Et si quidem mulierem mihi proponas iuris sui non ignaram rem arbitrii sui sponte remisisse, nullam dubitationem fore puto, quin hæc decepta non sit. de ea nunc non queritur. Verba enim declarant fuisse eam mulierem, quæ cum controuersiam de ea re esse arbitraretur, cauit se nullam controuersiam amplius esse moturam. Sed fieri potest, vt mulier sciuerit, quid sit actum, & tamen ius suum ignorarit circumuenta. Finge aduersarium subornatis aliis, qui idem dicerent, mulieri persuauisse rem nondum confectam, & mulierem credulam de lite pactam esse. aio hanc circumuentam videri, satisque esse id factum aduersarii ad pacti infirmationem. Nec me mouet, quod mulier, quæ id credidit, errauit in iure. Quocunque enim errore controuersiam adhuc fore putauit, errauit certe, eoque errore a sciente decepta est. Iuris porro ignorantia mulieribus non nocet, *l. regula. ff. de iur. & fac. ig.* 3

Quid † si aduersarius item, vt mulier, se victum ignorauit, cum caussa forte per procuratores ageretur, & quasi caussa adhuc maneret, ita a muliere idem impetrarit, vt se nullam controuersiam esse moturam caueret? Perspicuum est, aduersarium nihil hic circumueniendæ mulieris caussa fecisse, qui putarit subesse idem, quod mulier, quod si subesset, iustissima esset caussa, cur mulier a lite desisteret, vt est incertus euentus, & periculum litis. Est enim dolus, machinatio consulto ad alium decipiendum adhibita. quæ in quo non est, is dolo caret, *l. 1. ff. de dol.* Alexand. por- 4

ro de eo, qui mulierem circumuenit, loquitur. Sed nihilo magis hoc casu pactum ab imprudente muliere factum seruandum est. Errore enim suo circumuentam promisisse eam sine caussa apparet, cum caussam putaret esse. Vt autem si quid esset promissum sine caussa ab eo, qui iustam caussam esse putaret, petenti ex ea caussa exceptione doli mali occurreretur, *l. 2. §. circa. ff. de exc. dol.* (nam & quod sine caussa datum est, reuocatur, *l. 1. ff. de cond. sine caus.*) ita si quid pacto remissum sit per caussam alicuius rei, quæ subesse putabatur, si ea falsa erit, is cum quo agitur, exceptione pacti non vtetur. Et generaliter recte dici puto, remissionem creditori non nocere, quæcunque talis est, cui error falsæ caussæ occasionem dederit, *l. si cum te. ff. eo.* Nec ad rem pertinebit, quod aduersarius ab initio in eodē errore versatus sit, vt dolo nihil faceret. Parum enim interest, vtrum quid ab initio sciens sine caussa sibi remittendum curarit, an postea errore detecto ea remissione sine caussa vti perseueret, *dict. l. 2. §. circa. de dol. exc. arg. l. sed & si lege. §. de eo. ff. de pet. her.*

5 *Irritum est.*) Pactum † mala fide factum ita irritum erit, vt si fateatur aduersarius eo tempore a muliere imprudente factum, cum iam ipse victus esset, exceptio omnino pacti non detur, muliere iudicati agente: quoniam hac ratione, dolo malo factum esse, aut dolo malo se eo vti fateatur. Negat autem prætor se ea pacta, quæ dolo facta sunt, esse seruaturum. Quod si id negabit aduersarius: quia de eo ambigitur, an dolo malo quid faciat, sic exceptio pacti dabitur, vt doli mali replicatione exceptio infirmetur, *arg. l. nam postea. ff. de iureiur.*

6 *Cum matre tua agi.*) Quomodo † agit aduersarius hic, qui a matre iudicati actione conueniebatur? Scire oportet etiam reum agere dici tunc, cum exceptione vtitur, *l. 1. ff. de except. l. 1. ff. de eden.* Agit igitur aduersarius ex ea conuentione, cum conuentus a matre actione iudicati, eius conuentionis exceptionem agenti opponit. Cui conueniens est, vt in hac exceptione mulier, quæ iudicati agit, sit rea. Vnde bene subiicitur, iudicem eam liberaturum. liberantur enim rei, cum absoluuntur aduersus intentionem actoris, non item actores.

## L. Legem. X.

Imp. Antoninus A. Nicæ.

*Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, seruari oportet. Nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci. Tunc enim hoc iure vtimur, cum pactum nudum est. Alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea conuenit: vtilis est condictio. P P. III. Kal. Mar. Albino & Maximo Coss. 228.*

SVMMARIA.

1 *Sententia rescripti summatim exposita.*
2 *Legem dicere traditioni: in lege venditionis: fundus venditus, datus ea lege. in his omnibus & similibus legis verbo quæ conuentio intelligatur, & cur lex dicta.*
3 *Conditio vtilis legendum in hoc rescripto, non condictio.*
4 *Vtilis actio, & vtilis exceptio nonnunquam pro efficaci.*
5 *Ex pacto nudo actionem non nasci.*
6 *Pactum non nudum, atque hinc actio, quodcunque transit in proprium nomen contractus, & quid hic ad rem pertineat nomen.*
7 *Pactum item non nudum, vnde & actio, cum dedi aut feci aliquid ea conuentione, vt vicissim quid dares aut faceres: quod Vlpianus dicit, cum caussa subest præter conuentionem.*
8 *Pactum nudum quid, & cur ita dictum.*
9 *Legitima conuentio, item conuentio iuris gentium dicta non ea, quæ iure ciuili aut gentium inducta est; sed quæ eo iure confirmatur, & valet ad agendum: & quomodo hæc genera distinguantur.*
10 *Pacta nuda legitima tria, & quæ.*
11 *Dotis pollicitatio, conuentio non nuda: sed quæ caussam habeat præter conuentionem, ideo vtilis.*
12 *Ex pacto nudo vsuras pecuniæ mutuæ, aut accessiones frumenti vel hordei mutuo dati deberi cum legimus, nudum pactum dici, quod in stipulatum deductum non sit: non etiam ita, quin in traditione mutui interponi oporteat.*
13 *Pacta in continenti adiecta bonæ fidei contractui partem esse contractus: quo iure etiam valent.*
14 *Vsuras ex pacto quamuis in traditione rei nostræ interposito in strictis iudiciis citra stipulationem regulariter non deberi.*
15 *Seruaturū se pacta qui pollicetur, vi & significatione vsitata polliceri eum se effecturum vt valeant, non solum exceptionem dando, sed etiam actionem, si ad hæc seruanda actione sit opus.*
16 *Seruare vim pacti, & seruare pactum, quam distent inter se.*
17 *Prætorem potuisse actionem dare ex ea caussa, ex qua iure ciuili non fuit.*
18 *In edicto de pactis seruandi verbo promitti ex pactis etiam actionem: sed inesse hanc cōditionem: Quod eius per leges licebit; & vnde conditio intelligatur.*
19 *Prætores custodes iuris ciuilis ac velut viuæ vocis interpretes.*
20 *Pactum sine adiuncto in vsu iuris idem valere, quod pactum nudum, & cur.*
21 *Ex pacto nudo actionem non nasci, quam sit æquum, eiusq; æquitatis variæ caussæ reddita.*
22 *Pactum nudum cur non valeat ad obligationem: ad liberationem prosit.*

MVLIER dotem pro alumna dedit, ac cum daret, pacta est, vt sibi ea dos soluto matrimonio redderetur. sed pacta est tantum, non stipulata. Soluto matrimonio cum dotem a marito alumnæ ex conuētione repetere vellet, & intelligeret regulā iuris esse, ex pacto actionem non nasci, *l. iuris gentium. §. quin imo. ff. eod.* de ea re adiit Imperatorem. Huic rescriptum est, vtilem esse, ac seruandam legem & conditionem, id est, conuentionem, quæ proponitur. Vnde intelligitur ex ea agi posse. regulam superiorem iuris non obesse: quia ad hanc conuentionem non pertineat. regulam enim de pacto nudo accipiendam esse: conuentionem autem, quæ proponitur, non esse eiusmodi: cum non conueneris tantum, vt quid tibi daretur, sed prius dederis addita hac lege, & conuentione, vt tibi redderetur. Prius verba expendamus. deinde de iure, quod hic proditum est de vi pactorum, videbimus. 1

*Legem quam dixisti.*) Legem † vocat conuentionem. Legem traditioni dotis dicere est, in re tradenda conuentionem adiicere. quæ conuentio hic fuit de reddenda dote, vt in fine expressum est. In lege venditionis ita scriptum est: id est, in pacto venditionis. *l. cū in lege. l. qui fundum. l. fistulas. ff. de contr. emt.* fundus ea lege 2

lege venditus est, vt fistulæ accedant, id est, ea conuentione, & pacto, *d.l.qui fundum.l.fundi.ff. de contr. emt.* denique id legem esse, cum legem emtionis, locationis, mancipii, traditionis, aut alicuius contractus legimus, aut cum dicimus legem his rebus esse dictam, liquido constare potest ex omnibus prope rescriptis veterum Imperatorum, quæ exstant sub titul. *de pac.int.emt.& vend.titul.si manc.ita venie.tit. si manci.ita fuer.aliena.* ȷ̃. Significatio a lege publica, quæ vere & absolute ita appellatur, quasi quibusdam gradibus ducta est. Nam lex quia est delectus & regula rerum faciendarum, & vitandarum, idcirco affectus cohibet, & moderatur, itaque lex moderamen quoddam est, hinc moderamen omne lex cœpit appellari. Atque hinc videlicet conuentio traditioni adiecta lex dicta; idcirco; quia est traditionis, cui adiicitur, moderamẽ & temperamentum quoddam. hac enim conuentione addita *non do tibi rem simpliciter, vt eam sine vlla conditione habeas*: sed hoc modo, & temperamento addito, *vt pro eo vicissim aliquid facias vel mihi, vel aliis.* Hanc istius significationis rationem & originem esse inde sciri potest, quod nunquam vlla conuentio, quæ per se fit, aut sit principalis, lex dicitur, quantumuis valeat, & seruanda sit inter contrahentes non secus, quam lex: sed tunc cum alii rei, puta cõtractui, aut traditioni temperandæ, & moderandæ adhibetur. Quod si ideo legem dici hanc conuentionem putaremus, quia more legis quid præscriberet, & afferret promittenti parendi necessitatem, omnis vtilis conuentio, & præcipue contractus lex diceretur. quod secus est. Cum vero temperandæ alii adhibita hoc nomen habeat, qua significatione id fiat, apparet.

*Cum pactum nudum est* ) dicam mox de hoc verbo, cum de iure, quod hic comprehensum est, disseram.

*Vtilis est conditio* ) In aliis exemplaribus legitur *conditio*. in aliis *condictio*. quam varietatem notauit in glossa Accursius.

8 *Conditio* † placet. quo verbo significatur conuentio traditioni dotis addita, & ea, quam initio legem nominauit. Sic vsurpari constat *in l.debitori.* s. *& in l. penult.* ȷ̃. *si man.ita fuer.alien.* Appellatur autem recte conditio quæcumque conuentio est, quæ traditioni rei adiicitur: quia eiusmodi conuentio omnis exprimitur sub modo: Sic enim do aut trado, vt illud facias. Modus autem pro conditione est *l.* 1. ȷ̃. *de iis, qua sub modo.* inde & conditio nominatur *in l. ea lege. & l.si repetendi.* ȷ̃. *de cond.ob caus.* Vtilis conditio & cõuentio est, valet id, quod initio posuit, legem quam dixisti, seruari oportet. Potest tamen hoc loco condictio defendi, vt intelligatur verbo condictionis in personam actio. id enim condictio significat *leg. actionem ff. de act. & ob.* vtilis autem condictionis nomine intelligatur actio præscriptis verbis, quæ vtilis est, nõ directa. de quo dixi *ad l.cum mota.* ȷ̃.*seq. tit.* hanc quidem dari ex huiusmodi lege scriptum est *in l. legem.* ȷ̃. *de don.* Nam vt condictionem vtilem interpretemur efficacem, nulla satis idonea ratio permittit. Etenim si condictio est, sine exceptione non potest, quin sit vtilis. si non est vtilis, non est condictio. Sed si verum amamus, ne sic quidem superior significatio satis huic loco conuenit. Vbi enim de hoc genere conuentionum agitur, cum do vt des aut facias, qualis est conuẽtio huius loci, & quæritur, quæ hinc actiones nascantur: dici solet duas nasci, condictionem dati ob rem, re non secuta, & actionem præscriptis verbis ex pacto. quæ genera in his conuentionibus sic distinguuntur, vt quemadmodum condictio ista non dicitur actio præscriptis verbis, sic nec actio præscriptis verbis condictionis verbo vnquam demonstretur. *l. naturalis.* 1. *resp.* §. 1. *& seq.ff. de pres.ver.l.* 1. *in fi. ff. de rer. per.* Generaliter quidem actio præscriptis verbis dici possit esse condictio, vt significetur, eam actionem esse in personam: vt, cum actio rerum amotarum dicitur esse condictio *in l. rerum amotarum.ff.rer.am.* Sed hic non quæritur, qualis hæc actio sit, sed an hic detur aliqua actio.

Ceterum † alias vtilem actionem dari pro efficaci dici interdum legimus, cum significatur actionem competere, quæ nulla exceptione remoueatur: cum posset de exceptione dubitari. neque hoc otiose. potest enim iure competere actio, quæ exceptione infirmetur. *sic in l.si fideiussores.* 41. *ff. de fid.l. vlt. in fi.* ȷ̃. *quod cum eo. fortasse & in l.pen. in pr. l. vlt. ff. de in rem. ver.* Atque hinc quæ actio remouetur exceptione, dicitur non efficaciter aduersus aliquem dirigi *l.* 6. ȷ̃. *ad Maced.* sic & vtilis exceptio vere dicitur, vt sit efficax & ea, quæ nulla doli, aut alia iusta replicatione elidatur, *l.* 5. ȷ̃. *de vsur. l. vir vxori. ff. ad Vell. l.* 3. *ff. de res. vend.* Interdum dicunt veteres actionem aliquam ad hoc aut illud vtilem esse: sed alio sensu, nempe pro actionem ad hanc aut illam rem proficere; posse nos in hac aut illa re ea actione vti, *vt in l.ex emto.* §. *is qui vina. ff. de act. em. Inst. de vi bo. rap. in pr. l. hominem. ff. mand.*

Nunc, quæ hoc rescriptum statuit, expendamus. Statuit autem duas hasce sententias: Vnam †, ex pacto nudo, etiam quo quid promissum est, actionem non nasci. quæ & ipsa compluribus aliis locis expressa est, *l.vlt.* ȷ̃. *de rer. perm. l. si tibi.* ȷ̃. *loc. l. diuisionis. ff. eod.* Alteram, quę in contrarium valeat, ex pacto, quod nudũ non sit, nasci actionem. Seruandum enim esse ait, quod nihil aliud declarat, quam ex eo agi posse. Dicendum est primum, quod sit pactum nudum, quod non nudum. Et pacta quidem nuda infinita. vt autem non sit nudum, certis, & paucis de caussis efficitur. De hoc igitur dicendum. ex eo, quod sit nudum nullo negotio intelligetur. Sic igitur habendum est, duas esse res, quarum vnaquæque cum interuenit, facit, non vt pactum non sit pactum; sed vt non sit nudum, id est, solum pactum & eiusmodi, quod ad obligationem nihil aliud habeat, quam conuentionem & consensum? proindeque ex eo iure ciuili nascatur actio.

Vna † est, nomen certum & vsitatum conuentionis, &, vt veteres loquuntur, si res in suo nomine non stet, sed transeat in proprium nomen contractus. ex quo genere est emtio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, *l. iuris gentium. ff. eod. l.* 1. *ff. de rer. per. mut.* An quod nomine certo hæc appellantur, ideo ex his actio constituta est? Minime. Ridiculum enim sit leges verbis imponi, non rebus, *l.* 2. *in fine. C. com. de lega.* Sed res ita habet. Nomen proprium arguit conuentionem in vsu omnium communi esse: vnde & nomen vulgare inuenerit. Quod in vsu hominum versatur, declarat conuentionem esse vtilem, & talem qua homines carere non possint. Vtilitas vero conuentionis caussam dedit, vt iure confirmaretur. Ita vtilitas commercii conuentionem confirmauit: vtilitatis indicium est, quod certo, & proprio nomine appellatur.

Altera † res, quæ faciat, vt ex pacto actio nascatur, est, si quid datum, aut factum sit, & lex traditioni aut facto dicta, vt vicissim quid nobis detur, aut fiat,

vt hic scriptum est. vt autem Vlpianus loquitur *in d. l. iuris gentium*, si caussa subsit præter conuentionem. quod ille fieri ostendit, cum do aut facio tibi aliquid ea lege, & conuentione, vt vicissim quid des, aut facias *d. l. iuris. & l. solent. ff. de præscr. ver.* Hoc enim factum nostrum, & hanc traditionem, cui lex dicta est, caussam vocat præter conuentionem: innuens conuentionem quidem esse caussam, cur hinc nascatur obligatio: sed non solam. esse enim etiam huius rei illam alteram caussam, quod tibi dedi quid eo nomine, & id accepisti: quod feci, & id admisisti. vt iam hinc intelligatur duplex caussa cur tu facere debeas: factum meum eo collatum, vt des, & præter factum conuentio. Cuius conuentionis, & iuris exempla habemus & hic, & *in l. debitori. l. si pascenda. §. eod.* Ex hac regula illa dicta sunt: In traditionibus rerum quodcumque pactum interpositum valet, *l. in traditionibus ff. eod.* & permutatio ex re tradita initium obligationi præbet, *l. 1. ff. de rer. permut.*

8 Hinc † iam sciri potest, quod pactum nudum esse intelligamus. Est igitur id nudum, quod neque alio nomine appelletur, quam pactum: neque caussam, cur dare, aut facere debeas, vllam habeat præter conuentionem. ita dictum per translationem, quod pactum tantum & sit, & nominetur, nihil amplius. denique quod sit solum: quæ significatio multis confirmata est a Duareno *in d. l. iuris gentium. §. sed cum nulla.* Talis erit hæc conuentio, si partibus certis hereditatis constitutis conuenerit, vt hæc pars tua esset, illa mea sine vlla partium traditione, *l. diuisionis ff. eod. l. ex placito. ȝ de rer. permut.* Hanc dici nudam conuentionem, non aliunde melius intelligi potest, quam ex *d. l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ff. eod.* Nam cum initio capitis dixisset Vlpianus, ex duobus generibus conuentionum actionem nasci: vno, cum conuentio in aliud nomen transit: altero, cum caussa subest præter conuentionem, & adiecisset ex ceteris non nasci: ex his ita intulit; Igitur nuda pactio obligationem non parit. Quibus verbis aperte declarat tum nudam esse pactionem, cum nihil eorum est, quæ supra ab eo comprehensa sunt, propter quæ dixit nasci obligationem. Sed vtraque regula superior suas quasdam exceptiones habet.

9 Et † quidem pacta nuda (quod genus ad priorem regulam pertinet) quædam iure ciuili confirmantur, etsi maxime non valeant iure gentium: quæ appellantur legitima, *l. legitima. ff. eo.* quædam etiam confirmantur iure gentium: vt consequens sit etiam iure ciuili valere. Nam vt hoc obiter moneam, quæcunque iure gentium conuentiones valent (sic enim Vlpianus in *l. 7. ff. eod.* vocat conuentiones iuris gentium, vt sint quæ valent iure gentium, & confirmantur: non autem quæ a iure inuentæ sunt. Propterea quod conuentiones non a iure inueniuntur, sed ab hominibus inuentæ iure probantur, aut improbantur) quæcumque, *inquam*, valent iure gentium, eædem etiam valent iure ciuili. Vnde fit, vt quæcunque caussæ sunt, ex quibus actio nascitur, quamuis iure gentium, vt emtio, venditio, & similes, omnes dicantur ciuiles, & legitimæ *in §. sed ista. Inst. de actio.* Sed non quæcumque confirmantur, & valent iure ciuili, eædem valent, & seruantur iure gentium. Ex quo est, vt quædam dicantur legitimæ, quædam iuris gentium in *l. conuentionũ. ff. eo.* In qua diuisione si legitima intelligitur, quæ lege, id est iure ciuili confirmatur, & ab ea, quæ est iuris gẽtium recte distinguitur, necesse est legitimam intelligi eam, quæ confirmatur, & valet iure ciuili tantum, non etiam iure gentium: cum iuris gentium conuentiones etiam iure ciuili confirmentur. 10

Vt † ad rem redeam, pacta quædam, quamuis nuda, iure ciuili confirmantur. Sunt in hoc genere tria: pactum, quo quis se dicit aliquid donare: si tamen pactum dicendum est, quo quis nihil in futurum promittit se daturum; aut facturum, sed se nunc dare affirmat: item conuentio de pignore: tum ea conuentio, qua pecunia ante debita constituitur. Primum confirmatur constitutione Iustiniani in *l. si quis argentum. §. vltim. C. de donat.* Posteriora duo confirmantur iure prætorio, *l. si tibi. §. de pignore. ff. eod. §. de constituta. Inst. de actio.* Nec quem hic mouerit iuris prętorii nomen. Nam hic appellatione iuris ciuilis etiam prætorium intelligimus, vt in diuisione iuris, quæ explicatur sub titulo, *de iure nat. gent. & ciuil.* Quæ præterea iure ciuili tantum confirmentur nudæ conuentiones, non occurrunt.

Ex † pollicitatione dotis sola placet actionem esse, 11
*l. ad exactionem. C. de dot. promiss.* Sed verum est, quod videtur Franc. Connano non esse hic nudam conuentionem: sed eiusmodi, quę caussam habeat præter cōuentionem. Si enim nuptiæ non sunt secutæ, dos non debetur, ne ex stipulatione quidem: quia habet stipulatio hanc conditionem, si nuptiæ sequantur, *l. stipulationem. 21. ff. de iure dot.* si sunt secutæ, debetur dos quidem: sed ideo, quia negotium ciuile gestum est. dos enim dicta est marito ita, si illam vxorem duceret. duxit. Res secuta est nimirum. ex quo genere facti in omni alia caussa iure ciuili esset actio, *l. diuisionis. ff. eo. l. ex placito. C. de rer. per.*

Quod † autem legimus frumenti, vel hordei mu- 12
tuo dati accessionem ex nudo etiam pacto esse præstandam, *l. frumenti. C. de vsur.* item, ex nudo pacto deberi ciuitatibus vsuras creditarũ ab eis pecuniarum, *l. etiam ff. de vsur.* in vtroque assentior Eguinario Baroni, cuius exstat de hoc verbo sententia *in l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ff. eo.* pactum nudum ad discrimẽ stipulationis positum intelligi debere. Cum enim lex esset de vsuris, ne vsuræ nisi in stipulatum deductæ peti possint, *l. 3. C. de vsur.* vt in suprascriptis caussis intelligeretur stipulationem non esse necessariam, ita scriptum est, ciuitatibus etiam ex nudo pacto vsuras deberi. Itaque nudum in his accipiendum esse, cuius cōfirmandi caussa stipulatio secuta non fuerit. Nos nudum nunc dicimus, quod in re tradenda interpositum non est, aut ex quo res non est secuta. Ex hoc genere nec in suprascriptis caussis vsuræ debebuntur. Itaque dedit ciuitas mutuam pecuniam, & in dando pacta est sibi vsuras certas pendi. debebuntur vsuræ ex pacto: scilicet quia in traditione rei pactum interpositum est, nec nudum est, vt nunc nudum accipimus. at si pecunia iam ante credita pactus sit debitor se vsuras ciuitati præstaturum, vsuræ non debebuntur: quia nec alia res quæuis pacto eiusmodi ciuitati promissa deberetur. Et quæ vtilitas tandem in vsuris esse potest tanta, vt contra regulam iuris publici ex pacto nudo actio de his nascatur potius, quam in aliis negotiis, aliisque rebus? Imo vero quis nescit vsuras ex omnibus rebus maxime esse odiosas? vt profecto minime omnium conueniat, atque adeo absurdum sit omnino, earum conuentioni fauere potius, quam ceterarum rerum pactioni. Nec mirum, si pactum nudum, cum commodum est, interpretamur aliter, atque aliter. aliud est enim, cum pactum nudum simpli-

simpliciter, & absolute vocamus: vt fit, cum dicimus, *ex pacto actionem non nasci*: aliud, cum nudum alicui rei opponimus, quam remoueri volumus. vt tum fit, cum pactum nudum nominamus in vsuris, vbi id agimus, vt stipulationem excludamus. de quo vide plura *ad l. traditionibus. ĩ. eo.*

13 Iure † autem gentium etiam tunc pactum, quod nudum videtur, valet, cum in bonæ fidei contractu ex continenti interpositum est. *l. 7. §. quinimo. ff. eo. l. in bonæ fidei. ĩ. eo.* Sed verius est eiusmodi pacta, partem esse eorum contractuum, quibus adhibentur, atque in eos contractus transire. proinde non iam nuda esse, vt ex superiore regula excipi debuerint: sed pertinere ad eas conuentiones iuris gentium, quæ pariunt actionem. de quo dicetur a nobis fusius *in d. l. in bonæ. ĩ.* Hæc de priore iuris regula, quam initio posueramus.

14 Illa † altera, quæ definimus ex hoc loco, toties conuentionem esse seruandam, cum in traditione rei nostræ adiicitur, ad vsuras non pertinet in contractu stricti iuris promissas, vt mutuo. Ita enim ius constitutum est, vsuras ex hoc genere citra stipulationem non deberi, exceptis quibusdam caussis. *l. 3. C. de vsu.* de quo scripsi pluribus in commentario *De vsuris.* Itaque si dem tibi decem mutua ea lege, vt reddas quindecim, conuentio de eo, quod excurrit, & si in re gerenda interposita est, non valebit. *l. si tibi. ff. eo.* Si ad ista illud adieceris, omne pactum parere exceptionem, *l. in bonæ. ĩ. eo.* habebis de vi omnis conuentionis iuris ciuilis summam breuiter comprehensam.

Sed ex duabus illis regulis, quæ hic statuuntur, quasque initio posuimus, prior illa, ex pacto actionem non nasci, incurrit in duas reprehensiones. Quæ eo diligentius nobis cognoscendæ sunt, quia eorum explicatio ad edicti interpretationem plane est necessaria. Aduersus quas nobis hoc loco regula confirmanda est. Nam & falsa esse dicitur, & iniqua. Falsam esse conuincitur ex edicto, si modo verum est, quod edicto continetur.

15 Pollicetur † prætor generaliter se pacta conuenta seruaturum, & ita pollicetur, vt cum ex omnibus ea tantum nominatim excipiat, quæ aduersus leges, aut dolo malo facta sunt, declaret se cetera omnia, quæ in eo genere non erunt, seruaturum. *arg. in l. quæsitum. §. idem respondit, de mo instructa. ff. de inst. vel inst. leg.* Seruabit igitur, non solum si qua liberandi debitoris caussa facta erunt, sed etiam, si quibus quid promissum erit, dum non iniusta, aut contra bonam fidem. Quid est autem, *seruabo?* Id, quod verbum omnibus significat: nempe, *efficiam vt rata sint, & valeant.* Quod fit hoc modo, si pacto interposito, ne a debitore petatur, non det in eum actionem: quod se in iureiurando dato ab eo, a quo petitur, edicto de iureiurando facturum pollicetur. *l. ait prætor. ff. de iur.* aut cum pacto quid promissum est, si in eum, qui promisit, det actionem, qua quod promisit, præstare cogatur. Cui enim dubium est non valere pactum, si liberum est promissori, quod pactus est, non præstare: nec vero cogi posse eum, nisi iudicio; nec iudicio, nisi actione instituta? *l. 1. C. de exceptione rei iudic. l. negantes. C. de obl. & actio.* Ergo his verbis, *pacta seruabo*, hoc dicere intelligitur, exceptionem, aut actionem, prout hac aut illa ad seruandum pactum opus erit, dabo. De exceptione non ambigitur. Ex hoc enim edicto sumtum est, quod dicitur, pactum ad exceptionem prodesse: &, semper pacta parere exceptiones. *l. iuris gentium. §. sed cum nulla. §. quinimo. ff. eo.* De actione quid est, cur dubitemus, si sine actione pactum, quo quid promissum est, seruari non potest? Sed ne longe abierimus. In hoc ipso rescripto, item *in l. debitori. ĩ. eod.* scriptum est, pactionem, seu legem, qua quid promissum est, seruari oportere, cum vtroque in loco hoc significari certum sit, ex pactione esse actionem, ex pactione iure agi posse. Quo admisso nemo negauerit hæc esse contraria, prætor ex pacto dat actionem, &, ex pacto non nascitur actio. Eruditi homines nonnulli tentant efficere, hoc verbo, *seruabo*, prætorem in hoc edicto non polliceri actionem de his pactis, ex quibus antea iure ciuili non fuit actio: vt consequens sit, cum iure ciuili ex pacto actio non nascatur, huic regulæ hoc edictum non obstare. Volunt enim *seruare* esse eam vim, quæ ante fuerit, *seruare*, non vim nouam, & nouam actionem dare. A quibus ego valde dissentio. Tantum enim abest, vt putem tunc solum prætorem dici pactum seruare, & tueri, cum id ratum habet, quod iure valuit, & ex quo fuit actio, vt contra existimem non alia eum dici proprie seruare, quam ea, de quibus constituit actionem, cum prius iure non valerent. Certe quin hæc quoq; dicatur seruare, sicubi de his actionem constituit, dubitari non oportet. Quis est enim vsusfructus Vlpiano, qui dicitur valere tuitione prætoris *in l. 1. ff. quib. mo. vsusf. amit.*? Is demum, qui iure non constituitur. *ibidem. Tuetur prætor*, inquit Paulus, *adiudicationes in iudicio familiæ erciscundæ, & communi diuidundo, exceptiones aut actiones dando. l. inter. §. 1. ff. famil. erciscun.* Quid ita tueri eas dicitur, cum exceptionem, aut actionem dat? quia nisi eas tuebitur, non valebunt. Iudex enim adiudicat, & iubet nos esse dominos, is videlicet, qui nec dominus est rerum, nec quidquam tradit, quod in nos transferat. Iure autem gentium aut ciuili sine traditione inter viuos dominium non transfertur, ac præcipue vbi is, qui tradit, non est dominus. *l. traditionibus. ĩ. eod. l. traditio. ff. de acquirend. rerum domin. l. nemo plus. ff. de regul. iur.* Et merito in his solum locum habet tuitio prætoris. Nam in iis, quæ per se satis valent, quid auxilio & tuitione prætoris est opus? Et vt a notioribus, & magis familiaribus demonstretur hæc significatio, vtrum tandem ego hominem seruare dicor: eumne, cui ab hostibus, aut latronibus intercepto adfui, dum se ab iis liberat, cum ille suis præsidiis tutus sine mea opera periculum effugere potuerit: an eum, cui omni destituto externa ope auxilium tuli, feciq; vt saluus euaderet, qui sine me erat periturus? Perspicuum vero est, vtrum intelligat seruasse. Nempe hunc seruaui: illum nequaquam. Quod & de pacto, quod iure non valet sine auxilio prætoris, iudicandum est.

Parum † vero me mouet eorum ratio. Sumunt id, 16
quod nemo negat, vim pacti seruare esse, seruare eã, quæ fuit, non augere, aut nouam inducere. Sed quid hoc ad rem pertinet? Multum enim interest inter hæc, seruare vim pacti, & seruare pactum. Si prætor polliceretur, se vim pacti seruaturum, non sane seruaret, si nouam vim adderet. Vim enim qui seruat, seruat veterem, & eam, quæ est, non affert nouam. Nunc autem pollicetur, se pactum seruaturum. Id si efficit, vt valeat, non ideo nouum pactum inducit, sed id, quod erat, confirmat, & vt maneat, facit. quod nihil aliud est, quam seruare, & tueri

pactum, vt a nobis paulo ante satis demonstratum est. Fatendum est igitur, hoc verbo, *seruabo*, polliceri prætorem, cum exceptionem, tum actionem, vbi pactum aliter valere non potest: ac proinde si nihil aliud in edicto esse intelligimus, quam quod pollicetur, se pacta seruaturum, edicto superiorem regulam euerti, qua constituimus ex pacto actionem non nasci.

17 Nisi † forte hoc dicimus, polliceri quidem prætorem actionem, sed frustra: quia iure ciuili ex pacto non nascatur actio, vt voluisse quidem prætorem actionem dare fateamur: dicamus autem eum non potuisse, quia ius ciuile impedit. Quod non ita est. Nihil enim prohibet ex aliqua caussa iure ciuili actionem non esse, & tamen eam constitui iure prætorio. vt puta, vsusfructus in vectigali agro iure non constituitur: at constitutus valet tuitione prætoris. *d. l. 1. ff. quib. mod. vsusfr. amit.* item ex constituto iure ciuili non nascitur actio non magis, quam ex ceteris pactis: at datur iure prætorio. *§. de constituta. Instit. de act.* item emancipatis præteritis, item cognatis hereditatis petitio iure ciuili non datur (neque enim iure ciuili vocantur ad hereditatem) at iure prætorio admittuntur ad bonorum possessionem, estque illis eo iure bonorum possessoria hereditatis petitio constituta, *titu. ff. de bonor. poss. her. petit.* suntque alia huiusmodi sexcenta, ex quibus liceat intelligere, non si iure ciuili ante edictum actio nulla sit ex aliqua caussa, ideo prætorem de ea aut non solere, aut non posse constituere actionem. Quapropter si constabit hoc edicto prætorem constituere voluisse actionem ex pacto, erit actio: quamuis antea iure ciuili non fuisset. Voluisse autem eum ex verbis apparet, *vt supra ostendimus.* Itaque non abs re esse existimo, quod Bartolus hærere se hoc loco scripsit, neque intelligere, quomodo illis propositis, negent veteres ex edicto ex pacto actionem dari. Et quod ad me attinet, quid aliud dici possit, non reperio, si, vt dixi, nihil amplius fuit in hoc edicto, quam proponitur, aut nihil amplius in eo de mente prætorum supplendum, & intelligendum est.

18 Quid † ergo est? an audebimus dicere quidquam fuisse in edicto amplius, vnde intelligamus prætorem non polliceri se seruaturum ea pacta, ex quibus iure ciuili actio denegatur? At cui probabimus, cum nihil amplius nobis proditum sit de verbis edicti, quam quod exstat *in l. 7. §. prætor ait. ff. eo.* quo pollicetur prætor pacta non iniusta se seruaturum, nec reperiatur Vlpianus quidquam aliud in edicto laudare, quam edicti æquitatem naturalem, quæ in eo sit, quod prætor seruet ea, quæ inter aliquos placuerint? *l. 1. ff. eo.* Sane vero [illegible] in hoc edicto additam fuisse nominatim, aut [illegible] omissa est, tamen ex vsu & consuetudine prætorum, id est, sententia intelligi debere hanc conditionem, Quod eius per leges licebit: id est, dum leges non prohibeant. qua exceptione addita, cum ius ciuile de actione non concedit, verbis edicti satis exceperis. Ac fuit quidem hæc conditio nominatim addita in edicto de restitutione maiorum, exstatque *in l. 1. ff. ex quibus caus. maior.* Non fuit caussa, cur in vno edicto adiiceretur a prætore, ne quid scilicet contra leges faceret: non adiiceretur in ceteris. Demus tamen hic esse prætermissam (nihil enim de eo affirmare possumus) eam nihilominus intelligi, & suppleri debere, & ex sensu prætorum in omnibus edictis generalibus inesse contendo. Quod Paulus in interpretatione edicti de Publiciana, aperte comprobauit. Nam cum ita esset edictum de Publiciana, vt polliceretur generaliter actionem ei, qui possessionem rei ex iusta caussa, & bona fide nactus esset: ex Paulo relatum est *in l. cum sponsus. §. si res. ff. de Public.* si aliqua res sit, quæ alienari non potuerit, prætorem hanc actionem non dare: non quia non possit, sed ne, inquit ille, contra leges faciat. Vnde intelligitur, nisi quid aperte, & specialiter id concedat prætor, quod ius non concedit, vt cum dat actionem de constituto, non esse illum hoc animo, vt amplius quidquam det, quam quod per leges licet, ne contra eas faciat. Quod nulli nouum, aut mirum videbitur, si, quæ fuerit persona, quodque officium prætorum intelliget, & ex hac persona, quæ in edictis concipiendis veterum prætorum consuetudo, animaduerterit.

De † prætoris persona & officio vere hoc a Cicerone dictum est *lib. 2. de legib.* prætorem iuris ciuilis custodem esse. Ex hac enim sententia illa sunt in libris nostris prodita, prætoris esse ius ciuile subsequi, *l. scio. ff. de testib.* item, ius prætorium viuam vocem esse iuris ciuilis. *l. nam & ff. de iust. & iure.* scilicet quia ab interprete, & custode iuris proficiscatur. Hoc constituto, recte ita dicemus, si ius ciuile non patitur ex pacto actionem esse, & prætor pollicetur se pacta seruaturum, quatenus leges non prohibeant: confectum est, quamuis verba in eam rem desint, tamen ne edicto quidem illum actionem polliceri. itaque vere dictum esse generaliter, neque iure ciuili, neque prætorio ex pacto nasci actionem. Sed si vere dicitur ex pacto nudo non esse actionem, quia inde non est actio prodita iure ciuili: attamen illud generaliter dictum falsum esse videtur, ex pacto actionem non nasci. siquidem lex & conditio traditioni adiecta pactum est. ex quo tamen genere constat esse iure ciuili actionem, *vt hic, & l. debitori. 3. & l. in traditionibus. ff. eo.* Atqui regula ita a veteribus concepta est, non vt dicerent ex pacto nudo, sed simpliciter ex pacto actionem non esse, vt liquet ex hoc rescripto, & *l. 7. § quinimo. ff. eo.* 19

20 Sed † bene veteres. vtrumque enim idem valet, & ex pacto, & ex pacto nudo, vt hic Imperator interpretatur. non quod nullum sit pactum, nisi nudum (alioqui in specie, quæ hic proponitur, quia res nuda non est, satis fuisset dicere non esse pactum: regulam autem de pacto esse conceptam) sed quia hæc verba, actionem non nasci ex pacto, ἐμφατικῶς sic intelligenda sunt, ex pacto. quatenus pactum est, siue quatenus in eo nihil spectamus, nisi pactum. quo sensu est verissimum, ex pacto non nasci actionem. Etsi enim cum dedi, vt dares, ex eo actio est: non tamen est ex pacto, quia pactum sit: sed quia prius accepisti, vt dares, siue quia pactum caussam habet præter conuentionem. Effectum est igitur hactenus, esse verissimum, quod dicitur ex pacto actionem non nasci, tantumque abesse, vt edicto aduersetur, vt videri possit ex sententia edicti expressum.

21 Sed † enim hoc ius iniquum est, dicat quispiam, eoque non ferendum. Hoc enim restabat, quod initio obiici posse dicebamus. Nam si æquum est natura, pacta seruari, *vt Vlpianus testatur in l. 1. ff. eod.* ea non seruari est contra naturæ æquitatem. Ego puto vere dici, æquum esse, & ex iure naturæ, fidem & pacta seruari: sed hoc, opinor, sic accipiendum est, si modo vere fides data sit, id est, si quis serio & ex animo sit

mo sit pactus. Nam si leuiter & sine caussa quis promisit, magis est, vt hic re vera non sit pactum: eoque dictum non seruandum. Constat enim pactum consensu, non verbis, proficisciturque ab animi iudicio, non leuitate, & ostentatione. Bene autem veteres prudentes ita constituerunt, caussam esse, cur quid promitteretur, eoque & serio videri promitti, cum aut commercium ageretur, quod ad vsum vitæ esset necessarium, quod nomine proprio commercii declarari diximus: aut cum is, qui promisit, prius accepit, vt daret, aut faceret, quod promisit. Ideo ex his caussis, vt in re vere pacta, actionem esse voluerunt secuti naturæ ius, & æquitatem. Si quid horum non esset, caussam ad promittendum non esse: itaque nec vere pactum esse iudicauerunt. proinde ex eo genere quoque actionem esse noluerunt, tanquam repugnante regula naturæ. At enim fieri potest, vt serio quis quid promittat, puta donandi, aut remunerandi caussa, etiamsi a superioribus caussis duabus discesseris. sic est. Sed quod frequenter accidit, id sequuntur legislatores: quod raro, id contemnunt. *l. iura. & seqq. ff. de leg.* Certum autem est, hoc vitium omnibus pene mortalibus insitum esse natura, vt promittant pleraque leuiter: non quia velint, aut possint præstare: sed quia, vt est ingenii humani superbia, & vanitas, delectentur se inprimis lautos, & splendidos, & liberales haberi. quarum rerum laudem profuse, & facile promittendo se consequi posse arbitrentur: eam autem sibi perire aliquid denegando vehementer doleant. vel quia commodis suis studentes cupiant promissis suis, & simulata propensione eos, quibus promittunt, sibi demereri ad tempus. eorumque voluntates sibi adiungere. Quæ omnia a voluntate dandi multum absunt. Adde his periculum rei familiaris, quod omnibus ex sua leuitate intenditur: tum lites, quibus fora perstrepent, si ex omnib. pactis actio dari cœperit. Quas caussas doctissimi interpretes Duarenus, & Cōnanus diligēter & erudite persecuti sunt. Accedit ad hæc promittendi facilitas. Nihil enim facilius, quam promittere, vbi non cogires, quomodo præstes postea, quod promiseris, aut plus speres de tuis facultatibus, quam illæ largiantur.

22 Sed † hic iam rursum quæret aliquis, si ob hanc caussam placet non valere pactum, quia leuiter homines, nec serio paciscantur: qui fit, vt cum paciscuntur, ne a debitore petant, quasi serio pacti sint, ex omni huiusmodi pacto competat exceptio? Quia siue alia caussa est, cur creditor paciscatur se non petiturum, siue nulla, semper hæc idonea caussa esse iudicanda est; quod reum liberare voluit, & hominem beneficio afficere. Huc accedit, quod non tam facile homines donant, quam promittunt. vt credibile sit, si quis ad donationem vsque processerit, eum iudicio animi, non leuitate fecisse. quam ob caussam factum est, vt mulieri pro alio intercedenti succurratur Senatusconsulto Velleiano, non succurratur donanti. *l. 4. ff. ad Vellera.* Donat autem, quod sibi debetur, quisquis eius rei debitori suo remittit actionem.

*L. Ex conuentione. 11.*

Imp. Antoninus A. Capitoni.

*Ex conuentione quidem: qua pactam nouercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, vt creditoribus, quibus fuerant prædia obligata, vsuras solueret: actio tibi aduersus eam competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si fundus æstimatus (ita vt pars instrumenti significat) in dotem datus est: ex vendito actio, vt placitis stetur, competit. PP. Non. Decemb. ipso A. III. & Dione II. Coss. 230.*

SVMMARIA.

1 *Quæ conuentio hic proponatur, eiusque interponendæ occasio, tum de vi eius conuentionis sententia rescripti.*
2 *Ambigendi caussa.*
3 *Conuentiones quamuis iustas ita esse vtiles, si agentis intersit id fieri, quod promissum est: contra inutiles. Et horum alterutrum quomodo & quando accidat in proposita specie, vt illic sit actio, hic non sit.*
4 *Ex vendito actio hic datur emtori, quo sensu.*
5 *L. 1. C. sine cen. vel relig. lectio emendata.*
6 *Sententiæ tres in summa hoc rescripto constituta.*

MVLIER † nuptura marito dedit in dotem prædium pignori obligatum ob vsuras, quas mulier debebat. Ius ita est, vt qui pignus possidet, actione hypothecaria conueniri possit, qua cogatur pecuniam soluere, in quam pignus obstrictum est, aut pignus creditori restituere. *l. si fundus. §. in vindicatione. ff. de pig.* Id cauens maritus, cum prædium accipiebat, conuenit, vt mulier vsuras, *de quibus supra dixi*, solueret, atque ita ipse prædium immune possideret. Conuenit hoc pactum iustum esse, & si maritus vsuras soluerit, habere eum actionem aduersus mulierem eo nomine. *l. epistola. §. pactum. ff. eo.* de eo hic nō ambigitur. Mortuo marito, atque ita matrimonio dissoluto, filius eius Capito constituit agere aduersus nouercam ex suprascripta conuentione, quod eas vsuras præstitisset. Finge mulierem prohibuisse, ne solueret. quo casu constat eum, qui soluit, non habiturum negotiorum gestorum actionem, *l. si pro te. ff. mand.* vt proinde si qua supersit actio, sola esse possit actio ex conuentione, cuius conditionem mulier mutare non potuit. *l. vero. §. 1. ff. de solutio.* An ex conuentione possit agere, quæritur. De eo distinguitur hoc rescripto ad hanc sententiam, vt si prædium inæstimatum datum sit in dotem, filio mariti ex superiore conuentione non competat actio, ne si conuentio quidem in stipulatum deducta sit: sin prædium datum sit æstimatum, sit ei actio proposita eo nomine. quam esse vult Imperator actionem ex vendito.

Habet † hoc rescriptum in omnibus his partibus, quod merito dubitetur, & ea, propter quæ videri possit nihil istorum statui debuisse. Nam primum maritus ex hac conuentione actionem habuit, vt diximus. Cum heres succedat in omne ius defuncti, *l. heres in omne. D. de acq. her.* qui fit, vt filius mariti, idemque heres in actionem ex hac conuentione patri quæsitam non succedat? Tum autem si actio heredibus mariti non competit, cum prædium datum est inæstimatum, cur ea competit, cum æstimatum datum est? Postremo qui potest in proposito actio ex vendito esse ei, qui nihil vendidit? quæ nobis expedienda sunt. 2

Et † quod ad actionem attinet, ne forte nos moueat, quod ex hac conuentione modo datur, alias non datur: sciendum est, quæcunque sint conuentiones, quamuis iustæ, sic tamen esse vtiles, si agentis intersit id fieri, quod promissum est. *l. qui insulam 97. ff. de ver. obl.* siquidem eo inuentæ sunt omnes, vt ac- 3

quirat vnusquisque, quod sua interest. *l. stipulatio ista. §. alteri. ff. de verborum obligat.* Quæ res facit, vt si nihil intersit, sint inutiles. ac tum præsertim, cum continetur conuentione, vt quid fiat, non vt nobis detur. qualis est ea, quæ hic proponitur, vt vxor vsuras soluat non marito paciscenti, sed creditoribus, quibus illæ debentur. In hoc enim genere constanter veteres definierunt, si non fiat, quod promissum est, agi in id, quod interest: in id, quod interest, reum condemnari: stipulatione contineri id, quod interest. *l. stipulationes non. vers. Celsus. l. si pœnam. l. quoties quis. ff. de verborum obligat. l. si quis ab alio. §. vltim. ff. de re iudic.* Iam vero in proposita hypothesi ita reperietur, vt quibus denegatur actio, horum nihil intersit vsuras solui a muliere: quibus autem datur, eorum intersit eas solui. vt iam dubitari non oporteat, quin hic datæ, aut denegatæ actionis caussa in eo sit, quod illic & iusta sit conuentio, & intersit agentis fieri, quod conuenit: hic autem iusta quidem conuentio sit, sed non sit, quod peti possit, nempe quod agentis intersit. Hoc autem ita esse iam nullo negotio demonstrari potest. Quis est enim, cuius interest vsuras a muliere debitas solui, quas ipse non debeat? Is, cuius est prædium in eas vsuras pignori obligatum, quique id prædium possidet. Propter eas enim vsuras pignus quod possidet, ab eo vindicari potest hypothecaria actione, qua cogetur aut prædium amittere, aut vsuras, quæ a muliere debentur, soluere. *d. l. si fundus. §. in vindicatione. ff. de pig.* Quis est contra, cuius non interest eas vsuras solui, cum ipse eas non debeat? Is, cuius id prædium non est, quod in eas vsuras est obligatum: scitque suum non esse, sed debitoris, siue id possideat, siue non possideat. Siue enim id prædium iam restituit, vt debuit, hypothecaria actione conueniri non potest, quia non possidet, nec dolo desiit possidere. *d. l. si fundus. §. in vindicatione.* siue nondum restituit, & adhuc tenet, culpa eius est, si patitur se conueniri, cum deberet id prædium domino restituere. Quapropter si quid ob eam caussam præstat, non tamen videbitur eius interesse. Recte enim ei dicetur a muliere, quod quis ex sua culpa damnum sentit, sentire eum non videri, *l. quod quis ex culpa. ff. de regul. iur.* Quis est porro, vt ad hanc speciem propius accedamus, quis est, inquam, prædii in dotem dati dominus, quique id iure suo tenet, possidet? Maritus semper constante matrimonio possidet id tanquam dotale, ac proinde tanquam suum. Maritus enim dotis dominus. *l. doce. C. de rei vindicat.* Hinc est, cur de marito hic non quæratur, sed de mariti heredibus. Soluto autem matrimonio eueniet, vt & ipse vnus maneat huius prædii dominus, & idem tanquam suum moriens transferat ad heredem suum, si prædium æstimatum datum fuerit. Æstimatio enim emtionem facit. *l. plerunque. §. si ante. ff. de iure dot.* vt proinde iam non prædium tanquam dotale habeatur, sed vt emtum: itaque & de eo, vt de ceteris rebus emtis statui debeat. Quod si prædium non fuit æstimatum datum, erit duntaxat dotale, quæ res facit, vt soluto matrimonio non sit heredum, sed vxori restitui debeat. Nec mirum, si dicamus non esse heredum. nam nec mariti esset, si eo viuo matrimonium esset dissolutum. Quidni igitur illic & marito, & heredibus de re sua non amittenda solicitis actio detur: hic autem non detur, vbi eos de re aliena solicitos esse non conueniebat? id est, vbi eorum nihil interest vsuras solui?

Quod † dicit Imperator actionem ex vendito competere Capitoni de his vsuris, vbi prædium æstimatum marito datum est, id est, vbi maritus id prædium emit: actionem ex venditione, id est, ex contractu emtionis interpretari debemus: non autem actionem, quæ nominetur ex vendito. Nam hæc venditori solum datur, non emtori. *l. ex emto. §. ex vendito. ff. de actio. em.* de quo vide plura ad *l. si pacto. ꝰ. eo.* 4

Illud † monendi sumus, exstare hoc rescriptum totidem verbis *in l. 1. ꝰ. sine cens. vel rel.* nisi quod hic de vsuris agitur, in quas id prædium erat obligatum: illic de tributis. Ac vulgata lectio est illic, vt negetur actionem ex emto competere mariti heredibus, quamuis prædium fuerit datum æstimatum. Sed cum vtrumque rescriptum sit idem, eadem species, verba eadem, inscriptio, & subscriptio eadem, par in vtroque facti ratio, & quidem in tributis maior: fatendum est vtrumque aut pariter affirmatiue in extrema parte legendum esse, vt hic: aut pariter negatiue, vt illic, vt alterum ex altero emendetur. Quod si hoc quæritur, vtrum hoc ex illo, an illud ex hoc emendandum sit, ratio iuris consulenda est; quæ nos doceat, vtra lectio sit vera, aut falsa. Non dubium est autem, quin iure certo omnis pactio legitima seruanda sit inter contrahentes, quam seruari paciscentis interest. At hæc talis est. in illo igitur negatio expungenda est. His explicatis licet colligere, hoc rescripto tria hæc in summa statui. 5

Primum † omne pactum quamuis ceteris rebus iustum, omnem adeo stipulationem, quamuis iure factam agenti esse inutilem, vbi eius non interfuit id fieri, quod promissum est. vt, hic Capitonis nihil interest vsuras a nouerca solui, quæ ab illa debeantur, si ipse nullam rem iure possidet in eas vsuras oppignoratam. Item, quacunque ex caussa res æstimetur, emtionem & venditionem contrahi: proindeque ex ea re actionem emti & venditi competere contrahentibus, eorumque heredibus. Postremo pactum in bonæ fidei contractu, vt in emtione, ex continenti factum partem eius contractus habendum esse: postquam id sit eiusmodi, vt de re eo pacto promissa actio ex contractu competat. de qua re dixi ad *l. in bonæ. ꝰ. eod.* 6

*L. Pacta nouissima. 12.*

Imp. Antoninus A. Flacillæ.

*Pacta nouissima seruari oportere, tam iuris, quam ipsius rei æquitas postulat. Quapropter si conuentione, quæ præcessit, diuersa pars vsuram se non esse consensit, & maxime si (vt proponis) ita etiam apud acta præsidis adseuerauit: actionem, quæ super prima conuentione fuerat, exercere non prohiberis. PP. III. Kal. Martii. Agricola & Clement. Coss. 231.*

Summaria.

1 *Pacta plura si non pugnant, omnia seruanda: si pugnant, seruandum nouissimum.*

2 *Pactum nouissimum seruari, æquum, & ex edicto ipso, & quare.*

3 *Supremam voluntatem nouissimam valere ceteris in rebus: in libertatibus eam, per quam ad libertatem facilius peruenitur.*

4 *Pactum nouissimum seruari non ipso iure, sed pacti, vel doli mali replicatione.*

*Elidi prius pactum per posterius, quid sit apud Paulum. ibidem.*

5 *Pactum prius interdum æque valere, atque nouissimum: interdum solum, non nouissimum: & quan-*

*quando id accidat. nihilominus tamen recte dici pactum nouissimum seruandum, quia accipi debeat dictum ex comparatione, cum ex duobus iustis pactis plus vno valere non potest. vnde quaeritur, vtrum seruandum potius.*

POLLICETVR prætor se pacta conuenta esse seruaturum.

1 Ergo † etsi plura inter aliquos erunt interposita, omnia seruabit. non enim eo minus singula per se pacta sunt, quia plura inter eosdem intercesserunt. Etiamne si erunt de eadem re inter se contraria, & eiusmodi, quæ simul stare non possint? Imo seruabit omnia, si licet, & simul omnia seruari possunt. Quod si non possunt natura seruari, naturæ parendum est. vt, si pactus sit creditor, ne petat: deinde pactus sit, vt petat: nemo dicet hoc polliceri prætorem, se effecturum, vt vtrique pacto stetur: cum natura fieri non possit, vt simul quis quid petat ex aliqua caussa, & idem ex eadem caussa non petat. Itaque hoc iam constabit, vnum dumtaxat ex his, vt seruari potest, sic esse seruandum. Hinc quæritur, *ex duobus vtrum potius seruandum sit*: ex pluribus propositis quodnam ex his potissimum. Res prima fronte non modo non explicatur edicto: sed etiam, si verba sequimur, redditur ex edicto perplexa. Si enim statuerimus nouissimum ideo seruandum, quia pactum sit: licebit conuertere rationem, atque ita dicere, primum esse seruandum: quoniam & hoc pactum sit non minus. Res ita decisa est, vt placeret nouissima pacta seruari oportere.

2 Sed † videamus, ne edictum repugnet, quo pactum omne non iniustum seruat prætor. Immo optime Imperator hoc addidit, vt ita statuatur, tam iuris, id est, edicti, quo ius de pactis propositum est, quam ipsius rei æquitatem postulare. Primum hoc rei æquitas postulat: quia quicunque de re aliqua iterum paciscuntur, simul ab eo, quod prius pacti erant, si contrarium est, recedi volunt. neque enim posterius, nisi priore remoto, valere potuit. Æquum igitur & nouissimum manere, & a primo recedi: quia vtrumque inter paciscentes ita placuit. *l. 1. ff. eo.* Quam ipsam ob caussam rursum ex edicto pactum nouissimum est seruandum: edicens enim prætor se pacta seruaturum, non hoc dicit se pactorum verba seruaturum, sed voluntatem & consensum paciscentium. Id enim pactum significat, *d. l. 1. ff. eod.*

3 Quæ † si ita sunt, merito in legatis & fideicommissis idem seruatur, vt nouissima scriptura valeat. *l. 12. §. vlt. ff. de leg. 1.* quoniam in his præcipue totum voluntas testatoris facit. *l. ex facto. ff. de her. inst.* In libertatibus aliud ius expressit fauor libertatis. *l. quod traditum. ff. de cond. & demon.*

4 Vt autem † solum valeat pactum, quod fuit nouissimum, consequimur non ipso iure, vt scribit in hac specie Paulus *in l. si vnus. §. pactus. ff. eo.* sed pacti, aut doli mali replicatione, qua prioris pacti exceptio, vel ipsum prius pactum per posterius elidatur. Quo verbo ad id exprimendum, quod voluit, significantissime est vsus. Hoc enim voluit intelligi, non fieri pacto posteriore, quo minus prius maneat: sed quod in duobus corporibus inter se luctantibus, seseque collidentibus accidit, hoc in his pactis vsu venire, vt si in contentionem venerint, cedat imbecillius potentiori, tanquam ab eo elisum: quia prius posterioris replicatione infirmetur. Non tollitur ergo prius pactum per posterius ipso iure. Nec obstat, quod dicitur naturalem obligationem iusto pacto ipso iure tolli. *l. Stychum. §. naturalis. ff. de sol.* Nam neque priore pacto, ne petatur, obligatio naturalis contrahitur, vt quis dicat eam postea tolli posse: de quo postea ad *l. seq. in extremo*; & si nasceretur, tamen ex priore pacto exceptio quoque oritur: quæ cum ciuile remedium sit, sola conuentionis æquitate tolli non potest, *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.*

Nunc † admonendi sumus totum hoc, pacta nouissima esse seruanda, item, in legatis nouissimam scripturam valere, ex comparatione priorum dictum esse hoc sensu, vt si quæratur, *ex pluribus pactis quod potius seruandum sit*, vere dicturi simus nouissimum potius seruandum: ex pluribus voluntatibus, supremam potius. Ceterum extra comparationem prioris & posterioris pacti non licet absolute ita dicere, *ex duobus pactis primum non est seruandum, sed nouissimum.* Fieri potest, vt etiam primum sit seruandum. Quid enim, si non sit contrarium, vt pariter vtrumque sine alterius fraude & pernicie tueri possimus? Multo minus illud verum est, si absolute dicam, *ex duobus semper nouissimum seruandum, non autem nouissimum potius.* Fieri enim potest, vt nouissimum dolo malo factum sit. quod genus prætor non tuetur. Fieri potest etiam, vt pacto nouissimo id agatur, vt agere liceat de ea re de qua actio priore pacto ipso iure sublata sit. quod cum fit, pactum posterius non valet. *l. si vnus. §. pactus. ff. eo.* Cur ergo ita definimus hoc loco simpliciter: pacta nouissima seruari oportere? Quia hic non de singulis pactis separatim regula traditur: de quibus si dubitaretur, ad regulas communes iuris res reuocanda esset: sed de vtroque coniunctim, idque ex comparatione: nempe hoc modo, *ex duobus valet potius nouissimum.* Cui quæstioni de comparatione non alias locus est, quam cum hoc posito vtrumque pactum per se valere posse, ceterum vtrumque simul non posse, hoc iam quæratur, *vtrum valeat potius.* Idem & de illa definitione intelligendum, nouissimam scripturam in legatis valere. nisi enim hoc ex comparatione prioris scripturæ dictum accipitur, multa incidere poterunt, cur nouissima non valeat, eoque per se non sit seruanda. Sed & quod dicitur nouissimum pactum seruandum, quia propter consensum dicitur, sic accipiendum erit, nisi quid doceatur aperte in priore pacto aliud actum esse inter paciscentes. Quid enim, si ita creditor dixerit, *paciscor me a te nunquam petiturum*, & si conuenerit postea inter nos, vt mihi petere liceat, id pactum valere nolo? Si paciscatur postea, vt sibi petere liceat, pactum ei non proderit propter conuentionem. id enim priore pacto nominatim actum est. Nam & in vltimis voluntatibus idem seruatur, vt si testator in principio ita scripserit, *Quod Titio infra legauero, id ei datum nolo, si infra leget, legatum non valeat*: quamuis alioqui vt in pactis, sic in testamentis placeat nouissimam scripturam valere, *d. l. si mihi 12. §. vlt. de leg. 1.* Sane si testator in posteriore scriptura dixerit nominatim se prioris voluntatis pœnituisse, suprema voluntas potior habetur. *l. si quis in principio 22. ff. de leg. 3.* Quod & in pactis seruandum est ex vtriusque paciscentis consensu. Valent enim pacta ex voluntate duorum, vt testaméta ex voluntate vnius.

*L. In bonæ. 13.*

Imp. Maximinus A. Mario.

*In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio*

*competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. PP. V. Id. Ian. Maximino A. & Africano Coss. 237.*

SVMMARIA.

1 *In continenti, & ex continenti pactum fieri, idem valere: postea, & ex interuallo, idem: parere, & formare actionem, idem.*

2 *In continenti fieri quid sit, & vnde appellatio.*

3 *In continenti fieri, & in ingressu contractus, & initio, eadem: & quid hic ingressus & initium significet & num. 16.*

4 *Legem contractui dare pacta in continenti facta, quid sit Vlpiano.*

5 *In continenti fieri non dici ea pacta, quæ fiunt contractu iam perfecto, quamuis sequantur e vestigio.*

6 *Ex interuallo pactum fieri, quid sit.*

7 *In continenti pactum factum, quod fit initio & tempore contractus, tamen recte dici sequi: & cur.*

8 *In continenti pactum factum cur potius actionem pariat, quam factum ex interuallo.*

9 *Pactum inesse contractui, seu contractu contineri, idem quod partem esse contractus: & cur sit pars.*

10 *In continenti pacta facta si per se spectentur, videri nuda: proprie non esse nuda, & hinc esse actionem.*

11 *Ex pacto in continenti facto quæ actio.*

12 *Pacta conuenta, siue ante contractum stricti iuris, siue postea, siue in continenti facta sint, non parere actionem: & cur.*

13 *Differentia inter bonæ fidei, & stricta iudicia ratio.*

14 *Pacta in continenti facta stipulationi inesse, quomodo interpretandum in l. lecta ff. si cer. pet.*

15 *Pactum semper parere exceptionem, quomodo accipiendum.*

16 *Pactum interpositum ne agatur, ut plurimum parere exceptionem: interdum ipso iure liberare, & quibus in actionibus id accidat.*

17 *L. pacta conuenta. ff. de cont. emt. explicatur, & numer. 20.*

18 *Ex substantia contractus, quæ.*
*Adminicula, quæ & cur sic dicta. ibidem.*

19 *Quæ pacta detrahant, quæ adiiciant emtioni: & cur illa contractu contineri, hæc non inesse dicantur Papiniano.*

20 *Liberandi caussa pactum interpositum obligationem naturalem tollere, & quidem ipso iure: at non parere obligationem vel naturalem.*

1 REGVLA † iuris est, ex pacto non nasci actionem. de qua cum ageremus ad *l. legem.* §. *eo.* inter alia eius esse diximus exceptionem, vel verius interpretationem, quæ hoc loco tradatur. Interpretationem esse verius tum intelligi poterit, cum quæ eius exceptionis ratio sit, exposuero.

2 Hoc † loco ita scriptum est; in bonæ fidei contractibus etiam ex pacto competere actionem, siquidem in continenti fiat. nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parere. Idem traditum ab Vlpiano, & explicatum fusius *in l. 7. §. quinimo. ff. eo.* paucis tantũ commutatis verbis, quæ nihilominus idem valent. Nam quod hic dicitur fieri in continenti, ille ex continenti dicit: quod hic postea, ille ex interuallo: quod hic actionem competere, ille actionem pacto formari. Locus postulat, primum vt explicetur in verbis, quid sit in continenti, quid postea, seu ex interuallo: Tum de iure quæratur, cur ita ex pacto actio sit in bonæ fidei contractibus, si in continenti fiat potius, quam si ex interuallo, & si est actio, quænam sit: Postremo quoniam hoc de bonæ fidei contractibus definitum est, numquid non idem dicendum sit in stricti iudicii contractibus.

*In continenti.* ] In continenti, † & ex interuallo quid sit, inter omnes non conuenit. quo diligentius quid sit vtrumque, demonstrandum est. Et si verbi ratio quæritur, quæ ad verbi cuiusque vim & significationem declarandam plurimum valet, continens est, quod aliquid continet. Itaque hoc loco continens, contractus continens intelligere debemus: id videlicet, quod contractum continet. vt sit totum illud tempus, siue tota illa tractatio, a qua primum de re agi cœpit inter contrahentes, donec de re tota inter eos conuenerit. Quapropter in continenti contractus factum esse aliquid est id, quod Imperatores *in l. penul. C. de pac. inter em. & vend.* dicunt factum esse tempore contractus. Sed omissa ratione verbi, de re quam veteres hoc verbo intelligi volunt, videamus. Et primum hoc constituatur, quod Vlpianus definit *in l. 7. §. quinimo. ff. eo.* id pactum fieri in continenti, quod fit in ingressu contractus.

In † ingressu sic accipiemus, in initio. Nam cum 3 ingressus latinis auctoribus per translationem significat initium, quoniam initium cuiusque rei est id, per quod in eam rem ingredimur: vnde ingressus orationis pro initio Quinctiliano *lib. 3. c. 2.* eadem forma & ratione, qua aditus dicendi Ciceroni in oratione pro lege Manilia: tum vero ingressum hoc loco ita intelligendum esse vel hinc liquere potest, quod hæc sententia, quæ hic traditur, pacta valere ad agendum in contractibus bonæ fidei, si ex continenti fiant, alibi ita expressa est, vt dicantur valere, si fiant in initio contractus, *l. initio. C. de pac. int. em. & vend.* Initium hic, & ingressum non intelligimus primum congressum contrahentium de re aliqua tractare incipientium: ne quis forte ea solum pacta valere hic interpretetur, quæ in eo aditu fiant, & primo congressu. Nam quæ illic pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihil dum conuenerit? Sed res ita habet: Contractus, si vere iudicare volumus, tunc esse, & dici incipit, cum perficitur. Perficitur autem tum, cum de re conuenit. Est enim contractus, consensus atque conuentio: vt priusquam de re & pretio rei in emtione, exempli gratia, consensum sit inter emtorem & venditorem, non sit emtio. Quapropter quæcunque ante tractantur, & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, vt res tandem conueniat, de qua agi cœptum est, quantumcunque tempus intercesserit, per quod hæc tractata sint, ea contractus initium recte appellamus. Initium, quia contractum, id est, consensum duorum in eandem rem antecedunt. ingressum ideo, quia sunt eiusmodi, per quæ ingredimur & peruenimus ad eum consensum. Interdum initium rei cum re ipsa vno nomine complectimur: vt cum aditum ad ædes & reliquas partes ædium, ædes appellamus. qua ratione totam illam tractationem, quæ iustum consensum antecedit, vna cum consensu coniungentes tanquam contractus partem, non male totum vno nomine contractum vocemus. Et quidem ex hac ratione est, quod quæ diximus fieri in ingressu contractus, ea dicuntur alibi fieri tempore contractus, *d. l. pen. C. de pact. int. em. & vend. comp.* tametsi nondum contractus est, qui perfectus non est: quia scilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, quod tempus contractus esse diximus. Quod si ita est, eueniet

niet rursum, vt pactio quæ in continenti fit, ea esse intelligatur, quæ fit in negotio gerendo, quod ipsum pene diserte expressisse videtur Vlpianus, *in l. pacisci. D. eod.* qui vt pactio valeat, per quam agitur, ne venditor ad redhibendum teneatur, nihil interesse ait, vtrum ea pactio in negotio venditionis gerendo interuenerit, an postea, id exprimens, quod hic diximus, vtrum interuenerit in continenti, an postea. Sed nondum satis, pactum per id tempus factum. Quid enim, si ad contractum nihil pertinet? Finge, fundem emi, & prius, quam emtio ad exitum perduceretur, conuenit alterius rei caussa, quæ inter nos per idem tempus tractabatur, vt aliquid mea caussa faceres. Quia nihil hoc pertinet ad emtionem, non magis pactum pariet actionem ex eo cōtractu, quam si inter nos nulla emtio contraheretur. Oportet igitur pactum esse eiusmodi, vt propter id (in emtione, exempli caussa) emtio contrahatur, ac sine eo emtio non esset contracta.

4 Hoc nimirum † iam illud est, quod vere Vlpianus definit, *in d. §. quinimmo*, ea pacta inesse, siue in continenti fieri, quæ legem contractui dant. Id enim pactum emtioni legem dare seu afferre intelligitur quod emtioni ita additum est, vt lex esset, id est, temperamentum & moderamen quoddam emtionis, vt interpretati sumus *ad l. legem. 5. eod.* id est, sub quo emtio contracta est. quale est, si placeat, *vt is fundus tibi sit emtus*, sed hoc pacto, atque conditione, *vt ædes illi coniunctas conductas in tot annos habeas*, vel *vt illud, aut illud facias*. Hoc pactum legem, id est, temperamentum emtionis recte dixeris: quia hoc pacto detracto fundus simpliciter tibi emtus est: hoc addito emtio fit certo modo & temperamento adhibito, *vt illud facias*. Quæ sunt autem pacta eiusmodi? non alia, quam quæ proponuntur in initio ante, quam de re conueniat. quibus cōstitutis fiat, vt emtio placeat, ac denique contrahatur, atque ita iam inesse emtioni, contineri emtione vere dicantur. Quare si dicendum est paucis, ea pacta fiunt in continenti emtionis, quæ fiunt in negotio emtionis gerendo re nondum contracta: propter quæ emtio perficitur: sine quibus emtio non esset contracta, eoque legem afferunt emtioni: scilicet vt is, qui his quid promittit, non rem habeat ex emtione simpliciter, sed hac lege, hoc modo, *vt id quod conuenit, faciat*.

5 Fortasse dicat † aliquis, *quæ pacta huiusmodi sunt, vt initio fiant, & re nondum perfecta, fieri illa quidem in continenti: verumtamen non sola. videri enim & illa fieri in continenti, quæ emtione contracta subiiciuntur, si modo e vestigio sequantur.* Non ita est, vt nunc quidem in continenti intelligi volumus. Nam secundum verbi significationem nō nego id dici posse in continenti fieri, quod fit statim post, *vt in leg. lecta, D. si certum pet.* Sed in hac regula id intelligi nego, cum scilicet in continenti, & postea, siue ex interuallo opponuntur. idque hinc liquet. Nam cum hoc pro definitione positum est ab Vlpiano, *in dict. leg. 7. §. quinimmo*, ea pacta inesse, id est, fieri in continenti videri, quæ legem contractui dant, id est, in ingressu contractus facta sunt (quæ definitio falsa est, si aliqua pacta fieri intelligantur ex continenti, quæ non fiant in ingressu) tum vero omnem tergiuersationem præcidit, *l. initio. infr. de pac. inter emto. & vendit.* in qua non solum ita scriptum est, eam conuentionem valere, quæ fiat initio emtionis: sed etiam per contrarium additum est nominatim, eam non valere ad agendum, quę initio facta non fuerit.

Ex quibus † perspicuum est, ea pacta fieri ex interuallo, quæ re iam contracta facta sint, quandocunq; 6
post secuta fuerint. Nemo enim dicet ea, quæ contractu iam pfecto secuta sint, facta esse in ingressu, aut initio contractus, multoque minus ea pacta dare legem emtioni. pugnāt enim, emtionem cōtrahi simpliciter, & contrahi certa lege, certaue conditione. Iam autem dixi, *pactum dare legem emtioni, quoties sub eo pacto, quasi certa lege, & conditione fit emtio, non simpliciter.* Quo fit, vt emtione semel contracta (quod fit, simulatque de re & pretio conuenerit) si conueniat, vt fundo vendito instrumentum fundi accedat, quamuis statim: tamen ex eo pacto non fit actio iure ciuili, quasi non sit factum incontinenti, sed ex interuallo. Quod vnde melius probari potest, quam quod ea quæ fiunt ex interuallo, non continenti, dicantur fieri postea? Quid est enim *postea*, nisi post contractum, de quo agitur? an si sequatur pactio statim, ideo non fit postea, id est, negotio iam contracto? Sed hoc vulgo non probatur: primum quia absurdum sit putare, ea solum fieri in continenti, quæ fiunt in initio: cum etiam si fiant ad extremum, quo tempore res deniq; perficitur, cōstet ea valere. deinde quod apud Vlpianum scriptum sit *in dict. §. quinimmo*, ea pacta inesse, & valere, quæ ex continenti secuta sint. Sic enim Vlpiani verba sunt: *Sed hoc sic accipiendum est, vt si quidem ex continenti subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex interuallo, non inerunt, nec valebunt si agatur.* Quid est pactum subsequi, nisi re confecta & præcedente sequi? Sed quod verbo *initii* mouentur, de eo iam supra respondi, & ostendi, quid eo verbo hic accipere debeamus.

Quod † ad verbum *sequendi* attinet; res ita se habet, 7
vt nullum pactum in continenti contractus adhibeatur, quod non sequatur. Sed quid sequitur? Primum illum congressum videlicet, ex quo de re inter contrahentes agi incipit, & ita *in leg. 3. infra, de ædil. action.* hæc verba, secundum fidem antecedentis, vel in continenti secuti pacti experiri posse, interpretanda sunt, vt sit antecedens pactum, quod prædicitur a vēditore de seruo, ante quam se vendere dicat: secutum autem in continenti, quod conuenit in re contrahenda. nec mirum, si hunc ingressum sequi dicitur, & nihilominus contractu nōdum impleto & perfecto interponi. Neque enim vt primum aliqui de re emenda, & vendenda tractare inter se cœperunt, ita continuo emtio inter eos contrahitur. Longum tempus intercedit plerumq; prius, quam de re conueniat, dum ille pluris vendere vult, hic minoris comparare. post multam, longamque tractationem res denique solet conuenire, cum aut venditor emtori, aut contra emtor venditori aliquid se facturum promittit, vt sese ad emendum, vendendumq; mutuo prouocent, *vt declaratur in l. si voluntate. C. de resc. vend.* Ergo quod pactum licitatione, & tractatione iniecta interponitur, recte dicitur subsequi: neque eo minus verum est, id fieri in initio contractus, siue in negotio gerendo. At enim etiam subsequi rectissime, & proprie dicitur, quod cōtractum perfectum sequitur. Non nego. Sed cum constet vel ex verbis, vel ex reliqua disputatione, & definitione certa Vlpiani, quid dicat *ex continenti fieri*, verba captanda non sunt: sed videndum, quid sentiat, idq;

sumendum est, *l. pen. D. ad exhib.* Ait *ea pacta valere, quæ subsecuta sunt:* sed addit, *quæ subsecuta sunt ex continenti.* quod verbum significat id tempus, quod contractum continet, vt de etymologia supra sum interpretatus. Quid autem sequitur deinde? nempe ille nominatim postea definit ea pacta inesse ad agendum (ea autem sunt, quæ prius dixerat fieri ex continenti) quæ legem contractui dant, quæ in ingressu fiunt. quod plane de iis, quæ re cōtracta secuta sunt, intelligi non potest. Ex quo dubitari nō debet, quin ex continēti secutum apud illum intelligere debeamus, quod secutum est initium tractandi: re tamen nondum perfecta interpositum.

8 Sed † de vtroque minus dubitabimus, cum erit ratio exposita, cur ex priori genere actio nascatur, ex posteriore non item, de qua sequitur, vt videamus. Neque temere est, cur hanc requiramus, ac nobis videatur in primis constituenda. Nam si, cum ita emtio contracta est fundi, vt emtor insulam venditori certo loco ædificet, in hoc pacto, quod fit in continenti, nihil amplius est quam pactum: alterutrum fatendum erit, aut non recte ex huiusmodi pactis actionem constitui, aut ex ceteris, quæ in continenti non fiant, non recte denegari: omnia enim pariter pacta sunt. Caussam igitur aliquam subesse oportet, præterquam quod pactum sit, vt ex eo genere nascatur actio. An dicemus, in caussa esse cohærentiam contractus? Sic enim vulgo vocant vicinitatem contractus, qua pactum tempore cum contractu coniungitur. Ne hoc dixerimus. Nam vt vtile per inutile adiunctum non vitiatur: sic nec coniunctio, & vicinitas rei vtilis vnquam efficiet, vt quod per se inutile est, sit vtile. *l. placuit. D. de vsur. l. 1. §. penultim. D. de verb. obligat.* Quid ergo est? Et ex superiore verbi definitione, quænam hæc caussa sit, non difficulter intelligi potest. Etenim si id pactum fit in continenti emtionis, quod fit in negotio gerendo, & simul legem emtioni dat, id est, ita fit, vt propter id emtio contrahatur, sine eo autem non esset contracta: consequens est, quod Vlpianus dixit *in d. §. quinimmo*, genus hoc pacti contractui inesse, &, quod eodem sensu a Papiniano dictum est *in l. pacta conuenta, D. de contrah. emt.* contractu contineri.

9 Quod † vtrumque nihil aliud declarat, quam pactum in continenti contractus factum partem contractus esse. Et sane si id cuiusque rei pars est, quo res constat, & sine quo non foret, pactum autem, quod legem contractui dat, est eiusmodi ex volūtate contrahentium: conficitur id pactum partem esse eius contractus, cuius in continenti adhibetur. Sed probat hoc præcipue genus actionis, quæ ex hoc pacto competit, de qua mox opportunius, vt suo ordine. Tantum quod ad hunc locum pertinet, dicam: si ex huiusmodi pacto competit non actio propria aliqua, sed eius contractus actio, in quo pactum interponitur: si, puta, ex pacto in re emenda interposito ex emto actio est, vt dicetur postea: manifestum argumentum hoc est, pactum eius contractus partem esse, cuius in continenti est interpositum. Sic enim recte colligitur: actio ex vendito, aut ex emto non est, nisi de iis rebus, quæ obligatione emti, & venditi continentur: si quidem contractus obligationem, obligatio actionem parit. At actio ex emto, & vendito de iis rebus competit, quas emtor aut venditor in continenti emtionis pacto promisit, vt dicemus. Pactum igitur id obligatione emti & venditi continetur. Huc recte refertur, quod *in l. fundi. D. de contrah. emt.* scriptum est, si conuenerit in lege emtionis, vt emtor præter pretium, quod illum dare oportet, partem fundi nō venditam in certos annos certa pecunia conductam haberet, hoc pactum pro pretio cedere. Quid enim magis emtionis pars est, quam pretium? At huius vice fungitur, quidquid emtorem ex lege emtionis præstare oportet. Pars igitur emtionis hoc quoque itidem, vt pretiū. Quorsum hæc? Nempe hoc bene constituto, pactum omne, quod ex continenti fit in emtione, eius contractus partem esse, illud sua sponte intelligitur, ex eo pacto itidem, vt ex reliquo contractu actionem esse. Certum est enim, quo iure totus contractus habeatur, eodem iure & quamlibet eius partem haberi oportere.

Quod si verum est, † hinc iam & illud intelligi po- 10
test, quod initio posueram, cum ex hoc genere actio datur, re vera nullam hic exceptionem esse illius veteris regulæ, qua traditur ex pacto nudo actionem non nasci: sed eius regulæ interpretationem quamdam, quæ nos moneat ea pacta, quæ fiunt in continenti, non iam nuda esse, sed transire in eum contractum, cuius in cōtinenti interponūtur, & cuius pars sunt. ex quo etiam eueniat, vt non minus ex eo genere, quam ex conuentionibus, quæ in alium contractum transeunt, actio competat. Et tamen hæc pacta, si per se sola spectentur seiuncta ab eo contractu, cui adhibentur, sine dubio sunt nuda. quæ caussa fuit Vlpiano, cur cum dixisset, *in l. 7. §. sed cum nulla. D. eod.* nudam pactionem non parere actionem, ex eo numero statim exceperit ea pacta, quæ in contractibus bonæ fidei fiunt ex continenti. Sane enim & hæc per se sumta nuda sunt. Ceterum si coniunctim spectentur cum contractu, in quo fiunt, non minus hæc eius contractus partes sunt, quam reliqua, ex quibus contractus constat: ac proinde appellatione contractus & hæc ipsa continentur. Quod non monerem, nisi putarem ad defensionem iurisconsultorum veterum, a quibus illa exceptio nata est, pertinere hoc intelligi, cum statuerunt ex pacto in continenti facto etiam actionem esse, nihil eos de regula iuris certi detraxisse, quod interpretes iuris facere non potuerunt: sed ipsos ius certū, quod erat, apertius esse interpretatos, & hoc statuisse, id quod dicitur ex pacto nudo actionem non nasci, nihil obesse, quominus etiā ex pacto actio nascatur tum, cum in bonæ fidei contractu ex continenti factū est: quia hoc non sit iam nudum pactum, sed id, quod in partem contractus transeat.

Iam † quæ sit actio ex pacto, de quo agitur, ex su- 11
perioribus colligi potest. Est, vt dixi, actio ex eo cōtractu, cuius incontinenti pactum interponitur. Nec mirum, si pactum est ex eo contractu, id est, si est pars eius contractus. Pactum igitur in ingressu emtionis factum est: lex dicta est emtioni, aut venditioni. Erit ex emto aut ex vendito eo nomine actio. Vt puta, *vendidi tibi partem insulæ, vt alteram conductam in tot annos haberes: vendidi insulam, vt alteram reficeres: vendidi prædium ita, vt vsuras, propter quas erat obligatum, penderem.* Ita valent hæc pacta omnia, vt ex his sit actio ex vendito, actio propria emtionis, cui hæc pacta inseruntur, vt hi loci probant. *l. fundi. D. de contr. emt. l. tenetur §. 1. D. de actio. emt. l. ex conuentione. §. hic.* Idemque de ceteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta fiunt,

cta fiunt, licet dicere. Interdum pactum additur emtioni non tam ad contrahēdam, quam ad dissoluendam contractam emtionem. vt cum ea lege fundum tibi vendo, *vt quandoque pretium offerenti eum restituas.* quod cum fit, quia de eo dubitari potest, an de eo actio ex vendito danda sit, quod venditionis distrahendæ gratia factum est, placet saltem præscriptis verbis actionem dari debere, si quis forte illam neget dari. *l. 2. §. de pact. int. emt. & vend.* Sed nihilominus additur *ex vendito agi posse, si quis vult. d. l. 2.* vt verum sit, semper ex huiusmodi pacto, quod tempore venditionis factum est, iure actionem ex vendito esse. quod autē etiam actio præscriptis verbis datur eo nomine, id eo fieri, quia aduersus aduersariorum dissensiones interdum sit tutius. Si enim reperiantur, qui illam dari negent: tamen semper hoc relinquetur præscriptis verbis agi posse. Ex his cur ex pacto, quod ex interuallo, id est, postea, & re iam contracta, & perfecta interpositum est, non nascatur actio, apparet. Scilicet eius contractus pars esse non potest, quem pactum sequitur. Nam si recte definimus id partem esse totius, ex quo totum id constat: consequens est *ea pacta quæ fiunt contractu iam perfecto, eius contractus partem esse non posse.* apparet enim contractum his pactis non constare, aut confici, cum sine iis iam ante sit perfectus. Reliquum est, vt videamus, cur additum sit & hic, & ab Vlpiano *in leg. 7. §. quinimmo. D. eo. in bonæ fidei iudiciis.* Et si recte, nec otiose hoc additum est, vt fatendū est adiectum esse, dubium esse non potest, quin ad excludenda iudicia stricta additum sit: quando hæc duo genera opponuntur *§. actionum. Inst. de actio.* vt sententia hæc sit, *si pactum ante stipulationem factū sit, aut postea, quamuis vtrumque e vestigio: tamen ex eo actionem non competere.* Neque vero vlla esset de hac re dubitatio, nisi hoc a Paulo scriptum esset *in l. lecta. D. si cert. pet. pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* Nam stipulationem contractum esse stricti iudicii nemo ambigit. inesse autem pactum contractui, & pactum formare actionem ex contractu, pro eodem vsurpat Vlpian. *in d. l. 7. §. quinimmo, D. eo.* Quo adducuntur permulti, vt putent hoc Paulum dicere, pacta in continenti secuta parere actionem ex stipulatu.

12 Ego autem † ita statuo pacta conuenta, siue ante contractum stricti iuris, siue postea facta sint: plus dico, etsi facta sint in continenti, id est, in traditione rei, exempli caussa, in mutuo dando nunquam parere actionem. Ad quod probandum non vtar horum locorum auctoritate, in quibus nominatim additur, *in bonæ fidei contractibus.* videri enim hoc potest leuius, atque illud dici, ꝙ vno loco prætermissum sit, id alio suppleri. Hoc dico, id certo iure, certaque ratione ita confirmari, vt non liceat de eo dubitare. In contractibus qui sunt stricti iuris, constat esse stipulationem, quæ verbis fit, & ex iis, qui re fiunt, mutuum. Proponamus conuenisse inter nos, *vt mihi fundum Tusculanum dares,* præterea vt accederet ad hunc fundum instrumentum. deinde stipulatum esse me simpliciter *fundum mihi dari.* Aio instrumentum neque ex pacto, neque ex stipulatu deberi, aut peti posse, quamuis pactum factum sit eodem tempore, quo stipulatio. Declaratur hoc *l. petens, & l. si certis, seq. infr. eo.* quorum in altero rescripto ita dicitur, *peti posse ex stipulatione, quod pacto promissum est, si stipulatio secuta sit placiti confirmandi caussa:* in altero *ita pactum obligare, si placitis, id est, de his, quæ placita sunt, stipulatio intercesserit.* At si de vna re pactum factum est, de alia re est stipulatio: facile est intellectu pacti seruandi caussa stipulationem secutam non esse. quo fit, vt ex eo pacto nulla esse possit actio. De mutuo idem dicendum est. Vtputa, dedi tibi decem mutuo. & in dando nominatim legem adieci, *vt præter decem redderes mihi insuper & alia quinque.* nihil agitur hoc pacto. Id quidem diserte scriptum est *in l. si tibi, D. eod.* Sed nihil agitur, nisi huius sententiæ ratio intelligitur. Hæc vero exposita rem omnem expediet. Quid est igitur, cur putemus ex his pactis: quę stipulationem præcedunt, aut sequuntur statim, aut etiam, quæ in mutuo dando adiiciuntur, non nasci actionem? Quia certa ratio est, cur placeat ex iis etiam, quæ adiiciuntur in bonæ fidei contractibus, actionē nasci, sine qua ne ex illis quidem esset actio. Hæc porro in pactis, quæ stipulationi aut mutuo adhibentur, ita cessat, vt nec in his locum habere possit. Nō mirum igitur, si ex illo genere actionem esse statuimus: ex hoc non esse. *argum. l. quod dictum, D. de pac.* Idcirco pacta, quæ in bonæ fidei contractibus ex continenti fiunt actionem pariunt: quod eorum contractuum partes sunt. Vnde actio tanquam ex illis contractibus nascitur, non tanquam ex pacto, *vt supra ostendi.* Quod nisi ita esset, ex illis pactis non ageremus: quasi quæ nuda essent, neque in proprium nomen contractus transirent. At quæcunque pacta adiiciuntur contractui stricti iuris, quamuis statim, non possunt esse pars eius contractus. Nam si stipulatio est, nihil potest esse ex stipulatione, quod in eam nominatim non sit deductum. Est enim natura hæc stipulationis, vt quoniā verbis fit, quidquid verbis expressum non est, pro omisso habendum sit. *leg. quidquid, D. de verb. oblig.* Quod ad mutuum attinet, mutuum re contrahitur. supra autem quam datum est, re contrahi obligatio non potest. *d. l. si tibi. D. eod.* Ita quæcumque, vt dixi, pacta adiiciuntur his contractibus, nō possunt esse ex iis contractibus, repugnante scilicet eorum natura. Quod si ita est, conficitur ex iis actionem esse non posse. Quod si quis adhuc actionem hic esse putat, quænam ea sit, aut vnde, videamus. Vtrum erit præscriptis verbis, tanquam ex pacto? At ex pacto non nascitur actio ei, qui ipse nihil fecit, vt vicissim quid acciperet, *l. solent. D. de præscr. verb.* Vtrum ex stipulatu, tanquam ex stipulatione? at nihil ex stipulatione potest deberi, quod stipulatione non contineatur, seu quod stipulationis pars non sit. Manebit igitur, ex eo genere pactorum nullam esse actionem.

Sed enim, † quæret aliquis, *cur pacta in continenti* 13
*contractus bonæ fidei facta, contractus pars sunt potius, quam ea, quæ stricti iuris contractui adiiciuntur?* Id ea ex re fit, quod contractus bonæ fidei, qui consensu solo perficiuntur, de quibus hic agitur potissimum, omnem consensum, vt naturæ suæ conuenientem, admittunt. Contractus autem stricti iuris, quia aut rem. quæ sequatur, aut verba præter consensum desiderant, idcirco ex consensu & pacto sine re aut verbis nullam recipiunt obligationem.

Sed nobis † opponitur dictum superius Pauli, 14
quod quin huic sententiæ plurimum aduersetur, si generalitatem dicti retinere volumus, negari non potest. Etsi enim fatendum est Paulum non sentire, pacta in continenti stipulationis facta ad actionem prodesse (nihil enim hoc ad quæstionem illi propositam pertineret: cū agat ille de eo pacto, quo pactus

erat creditor, nō vt peteret: sed cōtra, ne peteret solidam sortem, quæ prius ex stipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura non potest) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum eo dicto nihil aliud significare, quam pacta in continenti facta ex stipulatione esse: partem esse stipulationis: denique stipulatione contineri. quod quidem intelligetur ex quæstione illi proposita. Promissa erat sors tota calendis cum vsuris totius sortis. pactum secutum est in continenti, quo placuit, vt sors non iam tota solueretur calendis, sed particulatim cōstitutis certis pensionibus in singulos menses. De vsuris quærebatur, *an si tota sors ex conuentione soluta non esset calendis, nihilominus totius sortis vsuræ deberentur?* In hac quæstione vt efficiat Paulus *totius sortis vsuras non deberi, sed eius tantū pensionis, quam solui oportuit*, propositū illi est ostendere, *superiore pacto recessum esse a stipulatione sortis, non per exceptionem, vt aduersarii putabant: sed ipso iure, quasi eo pacto renouata sit præcedens stipulatio, id est, quasi secundum hoc pactum stipulatio sortis ab initio fuerit concepta.* Vtitur hoc argumento, quod superius pactum contineri videatur stipulatione. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, *pacta in continenti facta stipulatione contineri.* At hoc si verum est, consequens est contra, quam dicebamus, *si quod pactum in continenti secutum est stipulationem, actionem nasci eo nomine ex stipulatione.* quandoquidem ex stipulatu actio competit de iis rebus, quæ stipulatione cōtinentur. De quo vt iam respondeam, non nego hoc ipsum significari a Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri, & sententiam scriptoris. Sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & dictum ita accipiendum: Pacta nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur, id est, quæ fiunt de ea re, quæ in stipulatum deducta est, ea pacta, *inquam*, si in continenti, id est, statim sequantur stipulationem, stipulatione cōtineri videntur. Quod declarat, per ea ita renouatam videri stipulationē. quasi in verba eorum a principio stipulatio esset concepta. id enim fieret, si ea stipulatione cōtinerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubie non continebitur id stipulatione. Nam quomodo contineri potest quod verbis stipulationis non est comprehensum. *l. quidquid, D. de verb. oblig.* Neque hæc inter se contraria sunt. Multum enim interest, vtrum obligationi quid detrahas, *vt in specie Paulo proposita factum est*, an aliquid adiicias: & in re, cum adiicis, vtrum conditio sit, aut dies, aut qualitas aliqua grauior, an vero sit res, & corpus nouum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat: dummodo diuersitas illico placuerit. *l. 1. §. si quis simpliciter. D. de verb. obl.* nouam stipulationem cōstituere aliam atq; aliā rem promittendo, sine verbis, id est, interrogatione & respōsione nō possumus. Etsi hāc interpretationem æquitas, & vera ratio a nobis exprimit: tamen ne ob id tantum eam recipiamus, etiam mente & verbis Pauli recte defenditur. Ex mente primum: quia placet orationem omnem, quamuis generalem, de his tantum accipiendam, de quibus actum est. *l. qui cum tutoribus. §. vlt. D. de transf.* verbis autem ideo, quia dicit Paulus *in continenti*, quod nihil demonstrat, nisi in continenti stipulationis.

15 Quæ sunt autem † continentia stipulationis, nisi res ad stipulationem pertinentes, & tempus, quo stipulatio cōficitur? vt dicendum sit, vbi de aliis rebus agitur, quam quæ sunt stipulationis, quia res maxime disiunctæ sunt, in his si quid fit, non fieri in continenti stipulationis. Postremo vt nihil de mente & verbis Pauli aliud ostendere possemus, sed daremus generaliter illum definire, *pacta in continenti facta inesse stipulationi:* tamē cum aliis in locis innuatur non ita inesse, vt pacta eiusmodi, quæ de alia re sunt, actionem pariant, hoc dico, ex his dictum Pauli ita nos temperare debere, vt vel priores leges in posterioribus, vel posteriores prioribus inesse videantur: id est, quod in vna obscurius, aut generalius dicitur, id ex alia clarius scripta interpretemur, vt præcipitur *in l. non est nouum. & seq. D. de legib.*

16 *Nam quod postea placuit, id non petitionē, sed exceptionem parit.*] Quod † dicitur semper pactum exceptionem parere, *vt hic, & l. iurisgentium. §. sed cum nulla. D. eod.* sic intelligendum est, si quidem ad pactum seruandum opus erit exceptione. Quod tunc accidit, cum pactum est de debitore liberando, & tale, vt actionem creditoris ipso iure, id est, iure ciuili non tollat. Nam vbi pacto quid promittitur, nō possumus dicere illic exceptionem nasci ex pacto: quoniam exceptione opus est reo, ne cum eo agatur: at creditori ad petendum, quod promissum est, actione. hoc autem pactum pro creditore est, nō pro reo. proinde aut illi actionem pariet, aut plane erit inutile. Rursum vbi pactum ipso iure sustulit actionem, frustra desiderabitur exceptio, quæ tunc solū est necessaria, cum actio iure ciuili manet ita, vt hac mota, iure consistat intentio. *tit. de exc. in prin.*

17 Etsi autem † regulariter pactum interpositum, ne agatur, actionem iure non tollit, *l. 5. §. eo. l. si vnus. §. pactus. D. eod.* accidit tamen interdum, vt tollat. Fit hoc, cum obligatio solo consensu fuit contracta, & paciscimur, ne petamus. Consensu enim contracta obligatio contrario consensu rebus integris dissoluitur. *l. ab emtione. D. eod. l. nihil tam naturale. D. de reg. iur.* Sed etsi aliter obligatio contracta sit, quam consensu, euenit, vt tollatur, si pactum lege confirmetur. *l. legitima. D. eo.* Huius generis autem actiones, quæ pacto tollantur, sunt, iniuriarum actio, & furti, *l. si tibi. §. 1. D. eo.*

18 Quod autem † dicitur, *pactum postea factum non parere petitionem*, ita interpretandum est, *vt traditur in l. pacta conuenta. D. de contr. emt.* vt non pariat petitionem, si sit de iis rebus, quæ sunt adminicula cōtractus: veluti, *ne cautio dupli præstetur.* Nam si erit de iis, in quibus contractus substantia consistit, & eius contractus, qui consensu perficitur, contra erit, vt, *si emtione & venditione perfecta, de augendo, vel deminuendo pretio conueniat.* Quippe noua hæc cōuentio, non pactum est, sed noua emtio constans his rebus, quibus emtio contrahitur, consensu scilicet, & re vendita, itemque pretio. *l. iurisgentium. §. adeo. D. eo.* in quibus est substantia emtionis.

19 Hanc enim † substantiam cuiusque contractus vocamus, res sine quibus contractus esse non potest, & si maxime contrahentes velint. Adminicula autem emtionis vocat Papinianus *res, quibus emtio natura sua carere potuit: sed quæ adiecta conducunt ad adiuuandam, prouocandamque emtionem, sine quibus alioqui de re non facile cōuenisset.* quales sunt omnes, quas emtor venditori, aut venditor emtori promittit in

negotio

negotio gerendo ea gratia, vt emtio perficiatur, sine quibus aut emtor emere nollet, aut venditor nollet vendere: at his admotis rebus velut adiumentis quibusdam subuehitur, & promouetur emtio, cœptaq; ad exitum perducitur, quod iis exemplis declaratur, quibus ille vtitur: veluti, inquit, *ne cautio duplæ præstetur, aut vt cum fideiussore cautio duplæ præstetur*. Cuius generis res cum adminicula contractus vocat Papinianus, eo verbo vtitur, quo haud scio an melius in hac re & significantius vllum reperiri potuerit. Adminicula enim per translationem eleganter dici scimus cuiusq; rei adiumenta adhibita ad rem subleuandam, promouendamque & confirmãdam. Quis est enim, cui illud Ciceronis notum non sit ex libr. 3. de offic. *hanc igitur partem relictam explebimus nullius adminiculis, sed (vt dicitur) marte nostro?*

20 Illud † non abs re erit monere, quod hoc loco de petitione & exceptione pactorum postea factorum traditur, illud ipsum esse, quod idem Papinianus aliis verbis expressit, *in dict. l. pacta.* scribit enim *pacta conuenta, quæ postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur. quæ vero adiiciunt, credimus non inesse.* Ea pacta adiiciunt emtioni, quibus alter alteri se aliquid daturũ, aut facturum extra rem, aut pretium promittit. Hæc non insunt contractui, inquit, *id est*, tanquam pars emtionis non valent. non enim sunt pars emtionis. Ideo autem nõ valent, quia ex his quidquam consequi, nisi agendo non possumus. at pacta postea facta non pariunt actionẽ. Contra detrahunt emtioni, quibus id agitur, ne quod ex natura emtionis alter alteri præstare debuit, id præstet. Hæc contractu contineri ait. Id significat ea valere, quasi ex medio sint contractu. Ipsam enim emtionem solo consensu perfici, & valere certum est. Cur autem valent? quia ad hæc seruanda exceptione opus est. quam ex pacto competere cum ex hoc loco, tum ex aliis, iuris est explorati.

21 An alia † vis sit pacti ad liberandum interpositi, quam vt actionem pariat, quæsitum est. Et est hæc, vt obligatio naturalis hoc pacto ipso iure tollatur. *traditũ in l. Stychum. §. naturalis. D. de sol.* Quod quidem intelligitur certius ex exceptione hinc prodita. Ideo enim hæc exceptio, quia æquũ est, eum qui pactus est, ne a se peteretur, nõ teneri. *§. præterea. Inst. de exc.* Estque ea æquitas naturalis, quæ cõmemoratur *in l. 1. D. de pact.* & cui illic dicitur conueniens esse, ea quæ inter aliquos placuerint, seruari. Si in pacto seruando naturalis æquitas est, consequens est, naturalem obligationem, quæ æquitatis vinculo continebatur, ipso iure iusto pacto tolli. quæ & ratio redditur *in d. l. Stychum. §. naturalis. de sol.* Consequens autem regulæ iuris, qua efficitur, nihil tam naturale esse, quam vnumquodque dissolui eodem genere, quo colligatum est. *l. nihil tam. D. de reg. iur.* Sed an & *pactum huius generis naturalem obligationem parere dicemus?* quæ vulgaris sententia est. Nõ puto: quia cum liberandi debitoris caussa interponatur, obligationem præter id quod agitur, parere non potest. *l. non omnis. D. si cer. pet. l. 1. §. eum qui. D. de pec. const.* Ac demus etiam id agi pacto liberatorio, vt obligetur creditor, ne petat. Tamen ne sic quidem vlla obligatio hinc nasci potest. Non est enim obligatio, quæ est inutilis, queq; creditorem nunquam teneat, qualis certe hæc obligatio futura est, si tamẽ dicenda est obligatio. Non enim potest obligatio esse, nisi in id quod debitoris interest, idq; tũc cum ab eo petitum erit. Quæ proinde nulla omnino erit, siue creditor non petat, siue petens exceptione remoueatur. Sed etsi exceptione summotus non sit, tamen ad agendum fuerit inutilis, quia est naturalis tantum. Solum prodesse posset ista obligatio, si qua esset, ad cõpensationem tantæ summæ, quantam idem reus ex alia caussa creditori deberet. *l. etiam. D. de comp.* Sed nemo erit reus tam supinus, qui, quod petebatur, non soluere, aut de eo nõ condemnati malit, quam postquam condemnatus erit, remedium, & id incertum quærere. Vt dicendum sit, ne sic quidem magnum vsum futurũ huius sentẽtiæ, etsi quis effectum istam naturalis obligationis admiserit. Sed & is nullo veterum auctore, nullo etiam loco confirmatur.

## *L. 14. Si Pacto.*

### Imp. Gordianus AA. Cælio militi.

*Si pacto, quo pœnam aduersarium tuũ promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio subiecta est: ex stipulatu ages: vel id quod in conuentionem deuenerat, vt fiat, consequeris, vel pœnam stipulatione comprehensam more iudiciorum exiges. Nam bona aduersarii tui in te transferri citra solemnẽ ordinem frustra deprecaris. PP. Kal. April. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss. 242.*

### Svmmaria.

1 *Pacti nudi confirmandi ratio per stipulationem, constare eam tribus modis, & quibus.*
2 *Pœnali stipulatione pacto subiecta, si non fiat quod cõuenit, ex stipulatu agi, non ex pacto: & cur.*
3 *Ex stipulatione pœnali ex stipulatu agente stipulatore nihil nisi pœnam peti.*
4 *Ex pœnali stipulatione statim agi posse, simul ac factum non erit, quod conuenit.*
5 *Lis mota quid sit in l. nuda. C. de cont. stip. & eius l. explicatio.*
6 *Pœnam commissam & ex stipulatu petitam, ante litem contestatam faciendo quod cõuenit, vitari posse, post litem contestatam non posse: & quæ differentiæ ratio.*
7 *Ex stipulatu actio ad pœnam, quo sensu: & stipulatus, quid.*
8 *Ex vendito actio emtori, quo sensu.*

Regula iuris est, *ex pacto actionem non nasci.* quod 1
ius interdum durum videri potest. Quid enim, si certo consilio aliqui inter se paciscãtur, vt alter alteri det quidpiam, quod neuter expedire potest in præsentia, sit autẽ e re vtriusque, vt detur postea, & iam nunc alter alteri de ea re obligetur? Et durum, inquam, & iniquum videri potest non constitui obligationem. Et esset re vera, si non aliter, quam pacto aliquid promittere vtiliter liceret. At huic incommodo occursum est iure ciuili. Inuenta est enim stipulatio, conceptionis verborum genus, ex quo placuit iure ciuili actionem esse. *§. de constituta, Instit. de actio.* quæ res effecit, vt in vniuersum ita constitueretur, ne ex pacto esset actio. Et recte. cum enim valeat stipulatio ipsa per se, hac ad pactum adhibita, vt fiat, quod pacto promissum est, duobus modis consequi possumus. Aut enim stipulabimur, quod pacto, vt fiat, conuenit, & erit ex stipulatu actio. *l. petens. l. si certis. infr. eod. l. diuisionis. D. eod.* aut nisi id fiat, quod conuenit, paciscemur pœnę nomine quid dari, eamque ipsam pœnam stipulabimur, vt hic proposita est facti species: aut, quod est compendiosius, statim

ſtipulabimur pœnam, ni fiat, quod conuenit, vt eſt ſpecies *l. nuda.* ff. *de con. ſtip.* Pœna promiſſa id fiet, quod hoc reſcripto continetur. Stipulator ſcilicet ex ſtipulatu agens vel id, quod in conuentionem deuenerat, vt fiat, cõſequetur, vel pœnam ſtipulatione comprehenſam more iudiciorum exiget. Ex ſtipulatu acturum ſtipulatorem reſcriptum ait: ſed non exprimit, neque vtrum ex ſtipulatu agat tantum, non etiam ex pacto: neque ex ſtipulatu actione quid petat, pœnamne, an id quod intereſt, quod factum non ſit, quod conuenit: neque quando agat: neque ex his duobus, quæ diſiunctim reſcriptum complectitur, quid ſtipulator certo conſequatur. de quibus nonnulla diſſenſio eſt. Ea nobis explicanda ſunt.

2 Et nominatim † ex ſtipulatu acturum ſtipulatorem dictum eſt, non ex pacto: quia pactum in hac ſpecie nudũ eſt, ex quo proinde agi non poteſt, quod vtrumq; de hoc genere pacti poſitũ eſt, *in d. l. nuda.* ff. *de cont. ſtip.* Nudum autem ideo eſt, quia neq; quidquam ſtipulator dedit, aut fecit ea lege, vt viciſſim fieret, quod conuenit: neque pactum deductum eſt in ſtipulationem. Sola eſt igitur in hac ſpecie actio ex ſtipulatu.

3 Hac quid petat ſtipulator, † ex iure certo, quod de quaque actione proditum eſt, ſumi oportet. Nempe pœnam petet, quæ ſtipulatione continetur. Ad quid enim actio, niſi vt petatur, quod debetur? *l. nihil. D. de oblig. & actio.* quid autem debetur ex ſtipulatione, niſi quod promiſſum eſt, & quod ex ſtipulatione comprehenſum. *l. vbi autem. D. de verb. oblig.* Iam vero pœna in propoſito ſola promiſſa eſt ſtipulanti. Sola igitur ex ſtipulatu actione exigetur. Nec obſtat, quod ex ſtipulatu actionẽ nominat in re certa, id eſt, in pœna: cum conſtet actionem ex ſtipulatu competere dumtaxat ex incerta ſtipulatione, ex certa certi condictione. *tit. de verb. obl. in princ. l. ſi quid certum. D. ſi cer. pet.* non enim hic tantũ ad pœnam promiſſam agi dicitur ex ſtipulatu, ſed etiam diſerte, *in l. prædia. D. de act. emt.* ſed de eo paulo poſt plura. Nunc quãdo ex ſtipulatu agat ſtipulator, videamus.

4 Et cum nullam † conditionem adiecerit reſcriptum, ſub qua ex ſtipulatu agi dicat, ſatis innuitur ex ſtipulatu ſtatim pœnam peti poſſe. Quod & verum eſt, non quod eiuſmodi ſtipulationes, *ſi illud non feceris, centum dabis*, & quæcumq; ſunt ſub conditione contractæ, quæ conditio in non faciendo ſit, ante committantur, quam conditio exſtiterit, aut ante exſiſtat conditio, quam interpellatus promiſſor non fecerit, *l. ita ſtipulatus. D. de verb. oblig. l. ſi penum. D. quan. di. leg. ced.* ſed quia pœna ex ſtipulatu actione petita ſatis interpellatur, vt faciat, quod pacto promiſit. Ideo enim petitur pœna ab initio, vt metu pœnæ fiat, quod eſt promiſſum. Nec obſtat, quod interpellatio præcedere debet, deinde ſequi pœnæ petitio. Nam pœnæ petitio duplicem hunc vſum præbet. principio enim adhoc conducit tantum, vt reus interpelletur, & ſtatuat apud ſe, vtrum faciat, quod promiſit, an malit iudicium pœnale in ſe ſuſcipere. Quod ſi facere nolit, ꝙ promiſit, tum deinde hunc præbet vſum, vt ſit pro iuſta petitione.

5 Ne nos mouerit, † quod *in l. nuda* ff. *de contr. ſtip.* ſcriptum eſt, huius obligationis conditionem exſiſtere poſt litem motam, ac tum petitioni pœnæ locum fieri. Neq; enim poſt litem motam interpretari cum vulgo debemus poſt litem conteſtatam: ſed quod verbum ſignificat. Quid eſt autem hic mota, niſi lis cœpta, & inſtituta? & incipit, cũ primum quis in ius vocatus eſt, vt docui *ad l. poſtquam,* ff. *eo.* Itaque his verbis, *Pœnalis ſtipulationis poſt litem motam exſtitit conditio, & eius ſumma, quæ in hac quoque ſtipulatione continetur, petitionis locus factus eſt* (quæ verba ſunt *in d. l. nuda.*) non aliud declaratur, quam ſimulatque lis mota eſt, de pœna videlicet, id eſt, poſtquam de pœna agi cœptum eſt, exſtitiſſe conditionem ſtipulationis: ſcilicet vt pœnæ petitio ab initio quidẽ proſit ad hoc, vt committatur ſtipulatio, quaſi promiſſor interpellatus non fecerit, quod promiſit: poſtea autem ſit vtilis etiam adhoc, vt iam pœna ab inuito exigi poſſit. Quod tantum abeſt, vt aduerſetur huic loco, vt plane aliis verbis idem exprimatur. At enim non videtur in propoſito conditio pœnalis ſtipulationis vllo modo exſiſtere poſſe, hac ratione. quamtũuis enim interpelletur reus, vt faciat, quod in conuentionem deuenit, neque id præſtet, non tamen moram in eo vnquam faciat: cum ex pacto agi non poſſit; nulla autem mora ſit, vbi nulla petitio eſt. *l. nulla. D. de reg. iur. l. lecta. ver. pen. D. ſi cer. pet.* Porro non putatur hæc conditio, ſi non feceris, ſi non dederis, exſiſtere poſſe, niſi debitor in eo, quod ex conuentione debuit, moram fecerit. *arg. l. ita ſtipulatus. ver. Sabinus. D. de ver. obl. l. 1. §. item ſi ita. D. ad leg. Falc.* Sed male hoc poſterius vulgo admiſerunt, quo conceſſo in difficultatem inexplicabilem inciderunt, vt e ſcriptis Bartoli & aliorum hoc loco apparet. Sufficit interpellari debitorem, vt ſi interpellatus ceſſet, conditio exſiſtat, & incidat in pœnam. *l. ſi penum. D. quan. di. leg. ced.* Mora exigitur in eo, qui ex ſtipulatione præcedente dare aut facere debuit, *vt in l. ita ſtipulatus.* quia aliter de eo ſtatui nõ poteſt, ſi interpellatus non det aut faciat, quod debuit. At non eſt neceſſaria in eo, a quo peti non potuit: quia ſola interpellatio & recuſatio debitoris ad hoc ſufficit, vt conditio pœnalis ſtipulationis exſiſtat, vt dixi, etiam tum cum mora facta non eſt. *arg. in dict. l. ſi penum. quan. di. leg. ced.* Et quod *in l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falcid.* in hoc legato, *Heres meus penum dato: ſi penum non dederit, decem dato:* dicitur decem ſola deberi, ſi moram fecerit heres in penu danda, quaſi mora in ea ſpecie ſit neceſſaria: abuſiue mora illic dicta eſt pro ceſſatione interpellati heredis: cum conſtet penum in ea ſpecie peti non poſſe, *l. 1. D. de pen. leg.* eoque nec in ea penu danda moram fieri. *dict. l. nulla. de reg. iur.*

Quod † reſcriptum dicit, agentẽ ex ſtipulatu vel 6
id quod in conuentionem deuenerat, vt fiat cõſecuturum, vel pœnam ſtipulatione comprehenſam, exacturum, ſic interpretandum eſt: vel actor, vt fiat, quod promiſſum eſt, cõſequetur, ſiquidem id promiſſor facit ſua ſponte, ne in pœnam incidat: quod facere poteſt vſque ad litem conteſtatam: vel ſi id actor ita non conſequetur, id eſt, ſi promiſſor malit litem conteſtari, & contendere, quod neget ſe quidquam debere, tum vtiliter actor pœnã exiget. Sciendum eſt enim, cum hic duorum alterum præſtãdum ſit, reum habere oblationem rei pacto promiſſæ, quamdiu lis cum eo conteſtata non ſit. Ceterum lite ſemel conteſtata pœna iam ſola in iudicio verſatur, quam deinceps ille promiſſum offerendo nõ poteſt euitare. *l. 1. ff. de pen. leg. l. cum ſine. D. quan. dies leg. ced.* Et hæc quidem iuris ſunt explorati. In quib. tamen illud habet quæſtionem, quod placet ſtatim pœnam deberi, ex quo reus interpellatus non facit, quod

quod se facturum promisit. Qui fit enim, vt pœna debeatur, & tamen postea, id faciẽdo, quod promissum erat, id est, aliud soluendo promissor liberetur: cum regula iuris vetet aliud solui pro alio? *l. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Id habet hanc rationẽ. Postquã interpellatus debitor non fecit, quod promisit, pœna cœpit deberi illa quidem, sed summo iure, quasi conditio exstiterit: non etiam ex æquo & bono ita, vt quod prius præstari poterat, iam amplius non possit. Ideo enim debetur pœna, quia debitor moram fecit in præstando eo, quod conuenerat. *leg. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falcid.* At moram factam postea offerendo ex æquo & bono purgamus ita, vt perinde sit, quasi moram non fecissemus, *l. interdum. §. vltim. l. si seruum. §. sequitur. D. de verb. obligat.* Quo fit, vt rei promissæ oblatione res veniat in eum locum, quasi id ipsum deberetur, quod initio fieri oportebat, nõ pœna. Sed moram vsq; ad litem contestatã purgare licet: postea non licet. *l. si Titius. 9. l. si insulam. D. de verb. obligat.* non immerito. Iudicio enim contrahitur noua obligatio de re in iudicium deducta. *l. 3. § idem scribit. D. de pecul.* hanc suo facto promissor nobis non potest adimere. *l. habere. D. de euict.*

7 Illud notandum est, † quod supra monui, hic dici agere ex stipulatu eum, qui pœnam petit stipulatione comprehensam. Atqui certum est pœnã rem certam esse, & certam esse stipulationem, quæ pœnam continet. *l. si pœnam. D. de verb. oblig. §. vlt. Instit. eod.* Ex stipulatione autem certa competere condictionem certi, ex stipulatu actionem nequaquam. *titu. de verb. obligat. in prin. l. si quis certum. D. si cert. pet.* An videntur igitur ista inter se conuenire? Optime. Sciendum est enim ex stipulatu actionem verbum esse ambiguum. Interdum sumitur hoc verbum τεχνικῶς, vt per se singula proprie & naturaliter non significent, sed coniuncta exprimant certum genus actionis, quæ appelletur ex stipulatu. Hanc cum intelligere volumus, recte dicemus non competere ex stipulatu actionẽ ex pœnali stipulatione ad pœnam: sed erit condictio certi. Interdum ex stipulatu actio naturali significatione dicitur. qua stipulatus significat stipulationem. *l. pecuniæ. D. de vsur.* quo modo ex omni stipulatione tam certa, quam incerta recte ex stipulatu agi posse dixeris, vt sit ex stipulatione, *vt fit in dict. l. prædia. D. de actio. emt.* Id vero est, quod hoc rescripto indicatur. neque enim hic quærebatur, quæ esset actio: sed vnde, ex pactone, an ex stipulatione ad pœnam.

8 Eadem ambiguitas est, † cum nominamus actionem ex vendito. vt plurimum enim intelligimus actionem, quæ dicitur ex vendito. quo sensu nulli actio ex vendito competit, nisi venditori. *l. Iulianus. §. ex vendito. D. de actio. emt.* Atqui in l. *ex conuentione. supr. eod.* actio ex vendito dicitur competere heredibus eius mariti, qui fundum æstimatum datum acceperat, id est, emerat. Scilicet actio ex vendito illic naturaliter significat, vt sit ex venditione. quo sensu recte dicemus emtori competere actionem ex vendito: quia competit ex venditione. Ita si caussam quærimus, competit emtori etiam actio ex venditione, si nomen actionis, ea solum competit, quæ ex emto appelletur.

*L. 15. Pactum quod dotali.*

Imp. Valentinian. & Gallien. AA & Valerian. nobiliss. Cæs. Pactumeio.

*Pactũ, quod dotali instrumento comprehẽsum est, vt si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre heres patris sui esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. PP. X. Kalen. Martii Æmiliano & Basso Coss. 267.*

SVMMARIA.

1 *Pactum de futura successione omne improbatum, tanquam turpe, & contrarium bonis moribus: & cur.*

2 *Institutio heredis, in qua & de successione alterius agitur, cur non item turpis.*

3 *Pactum de futura successione nec morte & silentio promissoris confirmari.*

PActa † in vniuersum legibus improbãtur ea, quibus id agitur, vt me heredem facias, aut ne me a successione tua remoueas: & generaliter vt te mortuo mihi per te bona tua obtinere liceat. Scilicet 1 contra bonos mores habentur. *l. vlt. C. eod. l. ex eo. C. de inut. stip. l. stipulatio hoc modo concepta. D. de verb. obligat.* Quid ergo hæc turpe habent, vt esse existimentur contra bonos mores? Hoc, vt videtur. in liberis contra reuerentiam sunt, & honorem, quem natura liberi parentibus debent. Si enim filius sperabit se inuito patre hereditatem habiturum, multa officia prętermittet tum erga patrem, tum erga fratres, ceterosque qui ad voluntatem patris pertinent: ad quæ præstanda nescio quomodo homines adduci solent, vt prouocent iudicium patris; certe ne voluntatem eius alienent. In vniuersum autem votum adfert captandæ mortis spes hereditatis obtinendæ. Cupiet enim, qui se bona certo habiturum esse scit, illum decedere, de cuius bonis agitur, vt celerius bonis potiatur, atque etiam vitæ eius insidiari magis audebit, dum se id secure moliri posse intelliget. Denique cur de hereditate viui nunc sollicitus est, deque ea iam nunc sibi cautum esse vult? non temere est, vt Iustinianus scribit *in l. vlt. C. eod.*

Quidni igitur, † dixerit aliquis, eadem de caussa 2 testamentum cuiusque improbamus, quo idem periculum viuo testatori creari videtur? Quia nihil hic simile. Cum enim quis me heredem testamento instituit, si quid sentiat me moliri, aut si quid etiam sibi metuat, aut adeo si illi ita videbitur, potest voluntatem quouis tempore mutare. *l. 4. D. de adi. leg.* vt dicendum sit, si ea valet, nõ quia nunc primum me instituerit, ideo valere, sed quia in ea volũtate decesserit. At rem consensu inter nos constitutam mutare non possum, si pactum consentientes obligat. *l. sicut. C. de oblig. & actio.*

Quid tamen, † si dicamus pactũ id reuocari posse, donec promissor viuit: ceterũ si in eadem volun- 3 tate ad extremum permanserit, nullum esse periculum, si id ex suprema voluntate valeat? Sed quod in re agenda non valuit, tractu temporis non cõfirmatur. *l. quod initio. D. de reg. iur.* His consequens est, quod hic rescriptum est, neque eam conuentionem prodesse agenti ad petendam hereditatem, neq; nocere promittenti, quominus in statuendo de bonis suis eadem libertate vtatur, qua vti potuisset, si contra nihil esset pactus.

*L. 16. Cum proponas filios.*

Imper. Dioclet. & Maximinian. AA. Diaphanto.

*Cum proponas filios testamento scriptos heredes rogatos esse, vt qui primus rebus humanis eximeretur, alteri portionem hereditatis restitueret: Quoniam precariam substitutionem fratrum consensu remissam adseris, fidei commissi persecutio cessat. PP. IIII. Idus Febr. Maximo II. & Aquiliano Coss. 286.*

SVMMARIA.

1 *Spes futuræ successionis potest pacto minui, præsertim si caussa subsit.*

1 VNusquisque † spem futuræ successionis potest paciscendo deteriorẽ constituere. *l. pactum. D. eod.* tanto magis si caussa est, cur id faciat. quæ abunde magna est in eo, qui ideo spem fideicommissi fratri remisit, vt sibi ab eodem spes reciproca remitteretur: de quo hoc loco agitur. Vide *l. de fideicommiss. j. tit. prox.*

*L. 17. Pactum quod bona fide.*

Imper. Dioclet. & Maximini. AA. Deximacho.

*Pactum quod bona fide interpositum docebitur, etsi scriptura nõ exsistente, tamen, si aliis probationib. rei gestæ veritas comprobari potest, præses prouinciæ secundum ius custodiri efficiet. PP. IX. Kal. Iul. hisdem Coss. quib. supra 286.*

LOcus est communis de vi scripturæ in quoque negotio. Vide *l. contrahitur. D. de pig. leg. 4. D. de fide instrum.*

*L. 18. Si creditores.*

Imper. Dioclet. & Maximinian. AA. Iulio & Æmilio.

*Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona soluentem probaueritis, aditus rector prouinciæ, pro sua grauitate, ne alter pro altero exigatur, prouidebit. PP. VII. Idus Ian. Dioclet. III. & Maximiniano AA. Coss. 287.*

SVMMARIA.

1 *Vnum ex duobus reis debendi partem simpliciter soluendo non ideo pro sua persona in reliquum liberari. & num. 5.*

2 *Sententia rescripti discutitur, efficiturque hæc summa, creditorem parte debiti ab vno ex duobus reis accepta, non ideo pactum videri, ne reliquam partem ab eo petat, præterquam si illum nominatim pro sua persona partem soluentem admiserit.*

3 *Pro sua persona soluere, quid?*

4 *Vnde, & cur pactum ne reliquum petatur, in hac admissione.*

5 *Admittere soluentem, quid.*

6 *Vnum ex pluribus fideiussoribus partem pro sua persona soluendo, non eo magis in reliquum liberari.*

7 *Vnum ex tribus reis debendi partem tertiam pro sua persona soluendo, non ideo obligationem diuisisse inter reliquos duos*

1 DVo † rei debendi eiusdem pecuniæ ita obligantur, vt singuli solidum debeant. *tit. de duob. reis Instit.* quæ res facit, vt si vnus partem duntaxat soluerit creditori, iure in solidum nõ liberetur. sed nec liberabitur iure prætorio per exceptionem: omninoque non prohibetur creditor, quod reliquum est, ab eodem exigere, nisi creditor pactus sit aut nominatim, aut tacite, ne reliquum ab eo peteret.

Hæc † in quæstione iuris dubitationem non habẽt. sed de facto potest ambigi, an creditor hoc ipso, quod parte debiti, quæ soluebatur, contentus fuit, videatur pactus esse, ne quid amplius ab eodem peteret. De quo Imperatores ex facto consulti ita rescripserunt: *Si creditor, aut creditores debitorem vnum pro persona sua soluentem admiserunt, daturum operam præsidem prouinciæ, ne alter pro altero exigatur.* Quæ verba in persona eius, qui non soluit, significant eum nomine eius, qui iam soluit, conueniri non posse. In eius autem persona, qui soluit, hoc exprimunt, eum conueniri non posse eius nomine, qui non soluit. Sed ex his prius illud nullam iustam, aut probabilem dubitationis caussam habet. quis enim possit dubitare, an id quod solutum est ab vno, possit adhuc exigi ab alio: cum ne ab eodem quidem, qui id soluisset, exigi potuerit? Sed etsi idem bis posset exigi, quod regula iuris vetat. *l. bona fides. D. de regul. iur.* tamen natura non admittit, vt possit exigi illius nomine, qui iam soluit, id est, qui soluendo effecit, vt non deberet amplius, quod soluit. Incredibile est igitur Imperatores his verbis de eo, qui non soluit, sensisse, quasi vellent hunc non posse exigi pro altero, qui iam soluisset partem. Restat, vt hoc intelligant, de quo solo ambigi potuit, alterum eum scilicet, qui iam soluit pro sua persona, & hoc modo liberatus est, pro altero qui non soluit, exigi non posse. Sed ne hoc quidem idoneam vllam sententiam, aut responsionem videtur habere. Esto enim, dicat aliquis, is qui iam partem pro sua persona soluit, de ea parte, quæ præstat, non conueniatur pro altero. At de eo non quæritur, nunquam enim quisquam pro altero cõueniri potest, nisi se pro eo obligarit. *l. 3. & toto tit. j. ne vxor pro mar.* Recte pro altero at conuenietur suo nomine: quippe ipse solidum debuit. Hoc vero est, quod Imperatores significare voluerunt, hunc qui iam soluit, nec pro se de reliqua parte conueniri posse. Nam cum dicant prohibendum esse, ne hic conueniatur pro altero, declarant hoc solum fuisse metuendum in proposito, ne si conueniretur is, qui soluit, conueniretur pro altero, nõ pro se. Ita cum respondent, ne pro altero quidem ipsum conueniri posse, hoc relinquunt, de quo quæsitum est, eum quem pro sua persona soluẽtem creditores admiserunt, nec pro reliqua parte posse appellari. Non dicunt Imperatores hunc pro sua persona conueniri non posse: quia hoc pro confesso sumunt, eum, qui pro se sua voluntate soluit, quod ex facto intelligebatur, iam pro sua persona nihil debere.

Et res † plane sic habet, vt qui se dicit pro sua persona soluere, siue pro se, siue suo nomine (nam hæc omnia idem valent) is hoc dicat, se soluere ita, vt pro sua persona solutus & liberatus, iam pro sua persona non teneatur. Hæc enim vis est solutionis, vt qui soluit, liberetur, eoque non teneatur iam in eam caussam, in quam soluit. 3

Non efficitur † quidem hoc dicto, vt qui solidum debuit, liberetur in solidum iure ciuili. Sed cum creditor parte ista lege accipiat, consentit, vt qui dat pro sua persona, liberetur. Habet autẽ hic consensus debitoris & creditoris pactũ, cuius exceptione tutus debitor reliqui solutionẽ recte recusabit. Animaduertendum est autẽ huic liberationi locũ esse ex hoc rescripto, 4

scripto, non quoties creditor ab vno ex reis debendi partem accipit: sed tunc solum cum duo cócurrent, quæ hoc rescriptum complectitur. Ex quibus vnum est, vt debitor soluens partem dicat se pro sua persona soluere.

5 Quod † si partē simpliciter soluet admittēte creditore, liberum erit creditori reliquum ab alterutro petere. quod quidem de duobus heredibus eiusdem pecuniæ reis, ex quibus vnus partē soluit legatario, scriptum est *in l. si ex toto. 8. §. 1. D. de leg. 1.* Nam cur diuersum statuamus in duob. reis, qui ex stipulatione quid debeant, nulla probabilis ratio reddi potest. De quo tamen si quis adhuc dubitabit, consideret, quæ iuris ratio sit ad liberandum debitorem, & quid hic agatur. tum cur hic hæsitetur a plerisque, minus caussæ esse intelliget. Vnum ex duobus reis in solidum obligari certum est. Porro nemo, qui quid debuerit, inuito creditore liberatur, nisi soluendo. *l. si rem. §. omnis. D. de pign. actio.* Plane volens creditor quiduis admittere potest: potest etiam pacisci cum reo, ne petat, eritq; ea satisfactio pro solutione. *d. §. omnis.* Horum nihil cum interuenerit in parte, quam reus debendi creditori non dedit (neque enim quidquam pro eá parte accepit creditor, neque pactus est se de reliquo non acturū) nihil habet reus omnino, quo se aduersus eius partis petitionem tueatur. nisi forte dicimus creditores, cum partē, quæ offerebatur, admiserunt, hoc ipso pactos videri, ne reliquam partem ab eodem peterent. At vnde tandem id colligitur? Si enim & debitor potest partem soluere alia mente, quam vt pro reliqua parte liberetur, & creditor eam partem admittere alia mente, quam vt de reliqua parte soluentem liberet: non recte colligitur, quia pars soluta sit, ideo actū esse, vt reliquæ partis liberatio contingeret. *arg. in l. neque natales. j. de probat.* At nihil prohibet & debitorem ideo offerre tantum partem, quia partem tantum soluere possit in præsentia, & creditorē ideo accipere, non quia alteram partem remittat, sed quia velit gratificari debitori partem ab eo accipiendo, quam, nisi vellet, accipere non cogebatur. Et fingamus vnum tantum esse debitorem, an quisquam dicet, quia hic partem soluerit, ideo reliquam partem illi remissam videri, ac non potius creditorem ideo partem accepisse, ne illi molestus esset? Quod si in vno debitore partem soluente recte dicitur, quid est, cur in vno ex duobus reis, qui & ipse nō secus in solidum obligatur, quam si solus esset, aliter fieri arbitremur. Bene igitur hoc adiectum est, *pro sua persona soluentem.* Alterum animaduertendum est exigi hoc rescripto ad liberationem, de qua loquimur, nempe vt creditores vnum pro sua persona soluentem admiserint.

6 Est autem † admittere, id accipere volētem, quod oblatum iure tuo possis recusare. Ex quo illud apud Terentium in Eunucho: *Quod cauere possis, stultum admittere est.* quo significatur, stultum esse malum accersere in se, quod possis vitare. Vnde colligimus, si duo sint rei principales debendi, & ii quorum singuli in solidum teneantur, quod & post Nouellam, de duobus reis, interdum contingit, & vnus partem debiti soluerit pro eo, quod debet, ab eo sane reliquum exigi non posse: atque ad hos pertinere hoc rescriptum: quoniam tum vere dicatur creditor vnum pro sua persona soluentem admittere, quia nisi vellet, admittere non cogebatur.

7 Quod † si plures sint eiusdem pecuniæ rei, sed aut fideiussores dumtaxat, non principales rei, aut ii rei, qui ex Nouella de duobus reis, fideiussorum iure habentur: ad istos non pertinere rescriptum: propterea quod ita singuli fideiussores in solidum teneantur iure, vt ex epistola Hadriani Imperatoris, si omnes sint soluendo, non amplius a singulis, quam partes peti possint. *§. si plures. Inst. de fideius.* Quæ res facit, vt si vnus partem suam soluat creditori, quam ille recusare non potest: dicatur quidē creditor partem accipere: admittere autem soluentem nō recte dicatur. Bene igitur, & hoc rescripto non repugnante scriptum est *in l. inter §. 1. D. de fideius.* si fideiussor vnus partem pecuniæ suo nomine soluerit, & alter litis contestationis tempore soluendo non sit, eum qui soluit, quo minus residui iudicium accipiat, recusare non posse. Et sane multū interest, vtrum creditor volens partem accipiat ab eo, qui suo nomine soluit eo animo, vt eius partis solutione in totum liberaretur, an accipiat iure coactus. Illum enim apparet non alia lege, & conditione accipere, quam dabatur: cum fuerit in eius potestate, si conditio non placeret, rem non accipere. At contra quisquis accipit coactus, hūc nemo dicit ideo accepisse, quia placebat debitorem eo facto liberare in totū, sed quia accipere cogebatur. huc enim recte accommodabitur illud Modestini, neminem in necessitatibus existere liberalem *l. rem legatam. D. de ad. leg.* Hæc dicta sunt de duobus reis debendi, ex quibus vnus partem pro sua persona soluit.

Quid fiet, † si tres fuerint rei, ex quibus vnus tertiam partem isto modo soluerit? non de eo, qui soluit, loquor, de quo quid sequendum sit, satis iam dictum est. de iis, qui non soluerunt, loquor, & illud quæro, videaturne creditor partem tertiam ab vno accipiendo, & eum de reliquis portionibus liberando, idem egisse cum reliquis correis debendi, id est, ita obligationem eo facto diuisisse etiam aduersus ceteros, vt a singulis iam non queat nisi partem tertiam petere. Hanc quæstionem veteres interpretes introduxerunt in hunc locum. & quidem statuerunt creditorem eo facto diuisisse obligationē etiam aduersus ceteros reos: idcirco, quia hic scriptum est generaliter, prouidendum esse, ne alter pro altero exigatur. Sed hæc sententia merito a Pico, & Andrea Alciato reprehensa est. Nam neque pactio, neque transactio cum vno ex plurib. debitoribus facta ceteris prodesse potest, cum quibus nihil actum est. *l. 1. j. de transact.* cur enim mihi non liceat, cui velim, gratificari, & a quo velim, meum exigere? Sed plane ridiculum est quod verbis huius rescripti eam sententiam effici putauerunt. Nam cum hæc verba, alter pro altero, non nisi de duobus accipi possunt salua ratione recti sermonis: tum vero & si de tribus recte vsurparentur: tamē vno iam liberato, si vnus ex duobus reliquis in solidum de reliquo cóueniretur, non diceretur pro alio conueniri, sed pro se. quæ res faceret, vt nec hoc rescriptū esset impedimento, quominus in solidum, quod superest, recte conueniretur. 8

## L. 19. Licet.

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. Victoriano militi.

*Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is, qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis caussa gestæ efficaciter speciem ostendat: Tamen cum voluntas militum, quæ super*

*vltimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto, quoquomodo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat: proponasque te ac fratrem tuum ad discrimen prælii pergentes, ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent: exsistente cōditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principalium constitutionum promto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse. PP. XV. Kal. Dec. Sirmii, ipsis XV. & III. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Pactum de futura successione obtinenda inter paganos adhibitū ita improbari iure, vt nec tanquam donatio caussa mortis defendatur: & cur.*

2 *Pactionem eandem inter milites, pro suprema voluntate accipi ex priuilegio militum, & hactenus valere.*

3 *Inter paganos cur nō eodem modo accipiatur eadem pactio.*

NE *donationis quidem.*] Iam supra diximus totum hoc genus conuentionum improbari legibus, quibus de rebus alienis ex successione obtinendis agitur, quod tale est, per quod libera testandi potestas adimitur. *l. pactum quod dotali, ÿ. eod.* Ita in summa hereditas lege obtinebitur, non pacto. *l. hereditas. ÿ. de pact. con.*

1 Sed fingamus † non tanquam hereditatē ex hoc pacto peti. Potestne ita defendi res, vt tanquam donatio caussa mortis accipiatur? nam & donationem caussa mortis valere, & eam consensu, certe non sine consensu perfici constat. Negant hoc loco Imperatores; cum verba pactionis, quæ est de bonis mortui obtinendis, eam interpretationem non admittant. In donatione enim mortis caussa præsens præsenti rem dat, etiam si donatio non ante perficiatur, quam mors donatoris insecuta fuerit. *l. inter. D. de don. caus. mor.* Hic nihil datur in præsentia, sed vt post mortem obtineatur, pactio est. Adde, quod hac pactione id agitur, vt mortuo succedatur, vt mortuo heres fiam. Nunquam autem idem potest esse heres, & donatarius, cui mortis caussa donatum est: quia semper detrahitur ab herede, quod ei mortis caussa donatur. *l. senatus. §. donatio. D. de don. caus. mor.*

2 *Tamen cum voluntas militum.*] Hæc pactio inter paganos nullius momenti est, *placet, vt qui ex nobis superuixerit, is demortui reb. potiatur:* inter milites valet. Ergo quæ cōuentio in paganis improbatur, quia cōtra bonos mores est, in milite recipietur, quamuis dicatur esse contra bonos mores? Nam profecto si per se bonis moribus aduersatur hæc pactio, non ideo, quia a milite interposita fuerit, cōtra bonos mores esse desinet. Ergo militibus aliquid contra leges, aut bonos mores statuere licebit? Minime, ne in testamento quidem: etsi alias hoc quomodocunq; factum sit, ratū esse dicimus. *l. dotalem. l. miles ita. §. mulier. D. de test. mil.* Quid ergo est? Obseruandum est, quæ conuentio inter paganos tanquam conuentio non valet, eam inter milites pro suprema voluntate valere, si in ea ad extremum vsq; permanserunt. idque ex constitutionibus, quib. cautū est, vt quocunque modo voluntatē suam milites testati sint de eo, quod post mortem suam fieri velint, volūtas rata sit. *l. 1. D. de test. mil.* Ista ratione efficitur, vt cum in militibus volūtas seruabitur, nihil fiat in eo contra bonos mores: quia conuentio, quæ paciscentem obligat, simul etiam libertatem mutandæ voluntatis auferat, vnde periculum est: suprema autem voluntas ita seruetur, vt eam militi pro arbitrio liceat mutare.

Cur ergo † eamdem interpretationem in pagano non recipimus? quia in his testamentum non est aliter, quam si & nominatim id testentur se velle, & iuris solemnibus adhibitis id faciant. *l. 1. D. de iure cod. tot. tit. de testa. ord. Insti.* quorum neutrū in hac conuentione cernitur. Ex quib. relinquitur vere in vniuersum definiri, quæcumq; sit conuentio de futura successione obtinenda viuentis, vt quidem ea paciscentem obliget, eam omnino non valere, ne inter milites quidem: vereque dici eiusmodi pactionem contra bonos mores esse quascunq; in personas inciderit. 3

*L. 20. Traditionibus.*

Imp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Martiali.

*Traditionibus & vsucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur. PP. Kal. Ian. Ipsis V. & IIII. AA. CC. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Pactis nudis dominia rerum non transferri, quid sit, & num. 2.*

2 *Nudum pactum dupliciter dici: hic nudū, quod traditonem rei promissæ adiunctam nō habet, vt alibi nuda voluntas, nuda conuentio in pignore.*

3 *Pactis alioqui legitimis cur sine traditione dominiū non transferatur.*

4 *Lege cōmissoria, addictione in diem, conuentione iniiciendæ manus in ancillam vēditam, si prostituatur, post quam earum conuentionum conditio exstitit, dominium venditoris fieri sine vlla traditione emtoris: sed non tam vt ad venditorē redeat, quam vt videatur semper apud eum mansisse.*

5 *Nudo pacto transferri dominium in Ecclesiam, & loca alimoniæ pauperum destinata.*

6 *Vsucapione dominium semper acquiri: traditione certis solum conditionibus, & quibus, & quam recte hoc rescripto sint omissæ.*

7 *Dominium transferri ipso iure ex caussa legati hereditaria, adiudicationis, idq; ad priuatum quemlibet, ad quem superiores caussæ pertinent. ad fiscum autem generaliter omniū rerum, quæ ex suis caussis fisco deferūtur: & cur hi omnes modi transferendorum dominiorum hoc loco omissi.*

HIc statuuntur regulæ duæ. vna de iis modis, quibus dominia nō transferuntur: altera de his, quibus transferuntur. Nos vtramq; isto ordine propositam exsequemur. Hæc prior ex sententia Imperatorum, vt de qua quæstio proposita fuerat: vnde & in hunc titulum relata.

Pactis nudis, † aiunt, dominia rerum non transferuntur. Conuenerit, exēpli gratia, vt is fundus quem mihi vendebas iam nunc meus esset, si non tradideris, non ideo fiet meus, & si in negotio gerendo conuenerit. *l. quoties. l. seruum. ÿ. de rei vind.* 1

Pactum † nudū aliter hic dicitur, aliter tūc, cum dicimus ex pacto nudo nō nasci actionem. *l. legem. ÿ.* Illic nudum, quia simpliciter non ex comparatione dicimus, intelligimus id, quod plane, & per se nudum est, id est, huiusmodi, quod præter pactum & conuentionem nihil habeat caussæ ad eum obligandum, qui pactus est. non transit, puta, in aliud nomen contractus, aut ad id non accessit vllum 2

meum

meum factũ, vlla res quæ ea lege data sit, vt faceres, quod promisisti, vt diximus suo loco, *d.l. legem.* Hoc genere pacti citra controuersiam dominium non transfertur: cum ne actio quidẽ ad dominium adipiscendum ex eo genere cõpetat. Sed hic pacti nudi verbo plus complectuntur Imperatores. Cum enim pacta nuda hic opponant traditionibus: siquidem hæc recte opponuntur, ex adiuncto & comparatione ea nuda intelligere oportet, quæ nuda sunt ab ea re, cui opponuntur, id est, a traditione. Similiter vt nuda voluntas traditioni opposita ea intelligitur, quæ traditionem adiunctam non habet, *in §. interdum. Instit. de rer. diuis.* nuda conuentio in pignore est ea, qua conuenit, vt res pignori sit, sine vlla traditione, *l. 1. D. de pign. actio.* Et vero hæc sententia est huius loci, vt nec contractu quouis, puta, venditione id possit effici, vt fundus, quem mihi vendis, sit meus, ne si hoc quidem etiam accesserit, vt tibi pretiũ fundi ista lege numerarem, vt meus esset, *d.l. quoties, infr. de rei vind.*

3 Et hoc † erat scilicet, quod hic in quæstionem vocabatur propter regulas iuris, quæ efficiunt, ex venditione omnibusq; conuentionibus, quæ in proprium nomen transeunt, itemque iis, in quibus dedi, aut feci ea lege, vt dares vicissim, aut faceres, actionem nasci iure ciuili, *l. iurisgentium. D. eo.* Hoc vero expedire videntur Imperatores eo, quod statuunt prius, traditionibus dominia rerum transferri. Hoc enim hanc vim habet, ideo pactis dominia rerum non transferuntur, quia trãsferuntur traditionibus. quasi dicerent: ius iubet, vt dominia transferantur traditionibus. proinde alio modo transferri vetat. contra ius igitur pacto solo, id est, sine traditione transferri. Scimus porro omnia pacta, quæ contra leges aut constitutiones facta sint, nullius esse momenti. *l. pacta quæ contra. 5.* eaque exceptio in omnibus pactis intelligenda est.

4 Sed fortasse † regulam superiorẽ multis in caussis falsam esse dixeris. Videntur enim esse tria genera conuentionum, quibus efficiatur, vt dominium ad aliquẽ redeat, ac proinde rursum in eum transferatur sine vlla traditione: lex commissoria: addictio in diem: conuentio hæc in ancilla vendenda, ne prostituatur, aut vt abducere eam, siue manum in eam iniicere liceat. Nam si fundus venditus sit ea lege, vt si intra calendas pretium solutum non sit, fundus sit inemtus (quæ lex cõmissoria appellatur) placet conditione existente venditori vindicationẽ fundi dari. *l. 4. 5. de pac. int. emt.* Non datur autem vindicatio, nisi domino. *l. in rem. D. de rei vind.* Placet idẽ tunc, cum fundus addictus est in diem, id est, ita venditus, vt si alius intra calendas meliorem conditionem attulerit, fundus sit inemtus. *l. si quis hac lege. D. de rei vind.* De postremo genere idem *in l. si quis sub hoc. D. de contra. emt.* Verum si propius attenderimus, reperiemus his conuentionibus non tam dominium redire, & transferri ab emtore in venditorem, quam a venditore nunquam recessisse. Id enim agunt hæ conuentiones, vt res sit inemta. Quod si vere nunquam fuisset emta, vt nunquam dominiũ esset translatum in emtorem, *l. nunquam, D. de acq. rer. dom.* sic nunquam a venditore recessisset. Non est igitur, cur propter has conuentiones regulam suprascriptam commutemus. Ita erit ius perpetuum, pactis solis sine traditione dominia non transferri, & ita ius publicum se habet.

5 Iure † singulari tributũ hoc est a Iustiniano cum ecclesiæ, tùm locis ad alimoniam pauperum comparatis, vt quidquid emerint, quidquid ex contractu quouis sibi parauerint, eius dominium statim in emtores transferatur. *l. vlt. in fi. 5. de sacr. eccl.* Sequitur regula altera de his modis, quibus dominia transferri volũt Imperatores, adhibita, vt dixi, per occasionem ad alterius illius confirmationẽ. Traditionib. aiũt, & vsucapionibus dominia rerum trãsferuntur. Vtrum semper traditionibus & vsucapionibus? vtrum solis?

6 Et quidẽ † vsucapione constat semper dominium acquiri: cum vsucapio nihil sit, nisi nomen acquisitionis per vsum. *l. 3. D. de vsucap.* At traditione quauis non semper. Tria enim hæc accedere oportet, quæ bene glossa cõplexa est: vt dominus sit, qui tradit: vt iusta ex caussa res tradatur: vt præterea in emtione, si forte de ea agetur, emtor pretium soluerit, aut fides illi habita sit de pretio. de quibus est alius dicendi locus. Qui fit igitur, vt absolute dixerint Imperatores, traditionibus dominia trãsferri? quia traditiones intelligere debemus ad dominium transferendum comparatas & idoneas. Nam nihil hic ex professo de transferendo dominio tractare voluerunt. Iam vero ita duos istos modos posuerunt Imperatores, vt ceteros excludere velle videantur.

7 Atqui † & legati dominium recte in legatarium transit sine vlla traditione. *l. a Titio. D. de furt. l. si partem. §. 1. D. quemad. ser. amit.* & rerũ hereditariarum dominus fit heres simul, atq; heres factus est. *l. cum heredes. D. de acq. poss.* fit autem sola animi destinatione. *§. pro herede. Inst. de her. qual. & d. f.* & inter viuos res adiudicatæ in duplicib. iudiciis statim fiunt eius, cui adiudicatæ sunt *§. vlt. Insti. de offi. iud.* Et hæc quidem in caussis priuatorum. quod si res cum fisco agatur, fisco sine vlla traditione, aut occupatione acquiruntur statim, quæcumq; res vacantes sunt, quæque propter delictum auferuntur, aut tanquam indignis, aut damnatis capitis, aut iis, quib ob non solutum vectigal merces commissæ sunt. *l. commissa. D. de publ. l. Imperator. D. de iur. fis.* Sed de his plura alias. Interim hoc quæritur, cum constet tam multis modis sine traditione dominia rerum trãsferri, cur tãtum traditionis & vsucapionis mentionem fecerũt, cum in promtu aliis tam multis modis obiectis refelli potuerunt? Et obseruandum est eos seruiuisse quæstioni propositę. Nam cum dicunt dominia non transferri nudis pactis, coniicere possumus positam his fuisse quæstionẽ de re ex consensu gesta, & quæsitum, an consensu dominium transferretur. Illi responsum accommodantes ad quæstionem respondent traditionibus dominia transferri, non pactis. quod sic accipiendũ est, in hac specie scilicet, de qua quæstio est, id est, cum res geritur consensu. Et sane ita res habet, vt si dominium inter viuos transferri volumus consensu dantis & accipientis, non aliter transferatur, quam traditionibus & vsucapionibus.

*L. 21. Cum proponas.*

Impp. Diocl & Maxim. AA. & CC. Eusebio.

*Cum proponas, inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones æquis ex partib. diuidi, & transactionis caussa probari possit hanc intercessisse conuentionem: exceptione te tueri potes, si possides: Quod si aduersarius tuus teneat: ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec aduersario tuo transactione vti concedendum est, nisi ea*

*quæ placita sunt, adimplere paratus sit. PP. Kal. Maii Fausto II. & Gallo Coss. 298.*

SVMMARIA.

1 *Ex pacto transactionis caussa interposito exceptionem possidenti nasci: petenti non nasci actionem.*
2 *Pactum transactionis caussa interpositū cur nudum.*
3 *Pacto vti non posse eum, qui ipse pactum non seruat, & cur.*

1 SVmma huius rescripti expressa est in *l. Diuisionis. D. eo. tit.* Illic ita traditur diuisionis placitū, nisi traditione vel stipulatione sumat effectū, ad actionem tanquam nudum pactum nulli prodesse poterit. Finge ita. A fratribus meis institutus eras testamento, eaque ex caussa eorum successiones, id est, hereditates obtinebas. Eas ego a te vindico ab intestato tanquam proximus cognatus, quod dicam fratrum testamēta esse inofficiosa me præterito, & te turpi persona instituta: vel falsa esse, aut rupta, irritaue. Cum in hac lite placeret, vt trāsigeremus, cōuenit, vt certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque ego quidquam tibi dedi, vt mihi dares, neque tu mihi, neque porro huic pacto stipulatio subiecta est. Ita pactum nudum est. De vi huius pacti quæritur. Et traditur idem, quod supra pluribus exposuimus *ad l. legem*. id autem est, quod sequitur.

*Exceptione te tueri potes.*] Etiam nuda pactio exceptionem parit. *l. iuris gentium. §. sed cum nulla. D. eodem.*

2 *Ex hoc placito nullam actionem natam esse.*]† Atqui cum diuisio hoc loco transactionis caussa interuenerit, sic illa placuit vtrique, vt quod esset extra partem sibi destinatam, pacisceretur is qui non possidebat, se ab eo, qui possidebat, non petiturum. Nam aliter non fit transactio. *l. 2. D. de transact.* Itaque videtur is, qui pactus est, fecisse, vt ille alter acciperet. Quod si verum est, non iam nuda pactio est, vt quis dicat ex pacto nudo actionem nō nasci: sed ciuile negotium gestum, ex quo genere est præscriptis verbis actio. *l. si dominus. l. solent. D. de præs. ver. l. iurisgentium. §. 1. eod.* Dicendum est eum, qui se non petiturum pactus est, se facturum pactum esse: re vera nihil dum fecisse. Potest enim, qui hodie non petiit, cras petere, & iure quidem: quia pacto non tollitur iure ciuili actio. *tit. de except. §. 1. Instit.* Nec obstat, quod possessor exceptione pacti vti potest, per quā remoueatur petitio. Potest enim ea non vti. vnde eueniet, vt intētio actoris procedat. *l. vindicantem. & seq. D. de euict.*

*Nec aduersario tuo transactione vti cōcedendum est.*]

3 Sic consequetur † Eusebius, ne aduersarius transactione vtatur. Aget cum aduersario petitione hereditatis, vt prius (hæc enim vetus est actio, quæ tum sine controuersia esset futura, si de diuisione hereditatis nihil placuisset: diuisionis autem & transactionis placito non est sublata) si aduersarius exceptione pacti vtetur, hic pacti exceptio doli mali replicatione infirmabitur. Ita res explicatur, *in l. fine apud acta. infr. proxim tit.* Recte doli mali replicatione. dolo enim facit, qui id iuris in aduersarium valere postulet, quod in se nō admittat. quasi quidquam in ipsius persona æquum sit, quod in alio iniquum videri debeat: contra quam edicto Prætoris cautum est sub titulo, *Quod quisque iuris in alium statuerit, vt ipse eodem iure vtatur. D.*

*L. 22. Pactum curatoris.*

Imper. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Archelao.

*Pactum curatoris recipere minorem quantitatem paciscentis, adultæ ætatis suffragium, ne noceat, efficiet. tutores enim & curatores exigentes pupillis & adultis debitum, non etiam remittentes præstant obligationis liberationem PP. XVIII. Kalend. Decemb. Sirmii ipsis VII. & VI. AA. 299.*

SVMMARIA.

1 *Tutoris & curatoris potestas in rerū minoris administratione & in debitoribus liberandis.*
2 *Pactum tutoris, aut curatoris cur dicatur pupillo aut adolescenti non nocere beneficio ætatis: & hoc quid sit.*

ET tutor, & curator, qui rem gerunt, in rebus pupilli, vel adolescentis dominorum loco habentur. sed cum domini rem administrant, nō cum rem perdunt, & curæ suæ commissos spoliant. *l. tutor, qui tutelam. D. de admi. tut. l. qui fundum. §. si tutor. D. pro emt.* Quippe vt maxime libera sit illis potestas gerendi rem commissa: administratio tamen illis commissa est, nihil amplius. *l. non omni. & toto titul. infr. de admi. tut.* Pugnant autem administrare rem, & perdere. Proinde tutores, & curatores debitum exigentes debitorem liberabunt, vt hic traditur. Est enim boni patrisfamil. debitum exigēdo rem augere, non sinere dilabi. Quinetiam cum debitoribus transigentes idem præstabunt. *l. si pignore. §. vltim. l. inter dum. §. qui tutelam. D. de furt.* Nam & hoc ad rem seruandam pertinet, non perdendā. Est enim transigere, de re dubia & lite incerta transigere. *l. 1. D. de transactio.* Negari autem non potest consultius & vtilius esse, litem incertam transactione remittere, vt quid ex eo iam nunc habeas, quam temere litigando incertum euentum litis subire, vbi fieri possit, vt litem amittas. At iidem, qui supra, remittere debitum non possunt, vt hic scriptum est. Tunc enim remitti debitum videtur, cum quod remittitur, debitum esse constat. quod non fit in transactione. Vnde intelligitur non licere tutoribus & curatoribus rem certam & indubitatā remittere. *l. præses. ℑ. prox. tit.* & recte. Hoc enim remittere sciente prudentemque, donare est: donare vero perdere. *l. filiusfam. D. de don.* quod denegatur omnibus, quibus administratio tantum permissa est. *d. l. filiusfa.* Dicat hic fortasse quispiam, ex eo quod tutores & curatores debitum accipiendo debitores liberant, recte colligi, etiam eos paciscēdo pupillis & adultis nocere. Nam in *l. rescriptum §. vltim. & leg. seq. D. eod.* colligitur pactum procuratoris domino nocere non alia ratione, quam quod procuratori solui potest. istaque ipsa ratione & iusiurandum procuratoris nocere domino efficitur in *l. iusiurandum, quod. §. si tutor. D. de iur.* Quod equidem & in tutoris aut curatoris pacto recte colligi concedo. & verum est. Iam enim supra dixi tutores & curatores recte transigere. quod nihil aliud est, quam eam pactionē valere, & nocere adolescenti. Sed vt non omne pactū procuratoris domino nocet (errat enim, si qs illud, pactū procuratoris domino nocere, de omni pacto intelligit. Nā nec procurator rem certā pacto remittere potest. *l. si consensit. §. videbimus. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.*) sic nec omne curatoris pactum nocebit adolescenti. Quodnam igitur

igitur? quod ad administrationem, & rem adolescentis itidem pertineat, vt debiti exactio. Idemque est in procuratore, cui nihil amplius commissum est, quam administratio.

2 Aiunt Imperatores *adultæ ætatis suffragium, ne pactum curatoris noceat, efficiet.*] Quæ † verba ita scripta sunt, quasi ne noceat pactum curatoris, consequatur minor beneficio ætatis, atque ita opus sit ei ad actionem recipiendam, in integrum restitutione. quod falsum est. Nam pactum tutoris, curatorisue debitum remittentis debitorem iure non liberat, & vt paulo post hic scribitur, non præstat liberationem obligationis. *l. Lucius 2. §. vlt. ff. de admi. tut.* Integra igitur hic manet adolescenti sua actio, quod si integra est, non est opus restitutione, eoque nec auxilio ætatis ad restitutionem eius rei, quæ amissa non est. *l. 2. ÿ. in quib. caus. in inte. rest. non est neces.* Nihil habeo, quo hoc defendam, nisi vt dicam beneficium ætatis esse quidem caussam in proposito, cur pactum curatoris adolescenti non noceat: sed caussam remotam, non propinquam. quæ res efficit, vt non sit hic vlla restitutione opus. Cur hoc pactum non noceat adolescenti, proxima caussa est, quod pactum nullius sit momenti, vtpote factum ab eo, qui ius non habuit paciscendi. At cur ipso iure non noceat, cum tutores pro dominis habeantur, non fit nisi fauore & gratia ætatis, id est ætatis beneficio: quia visum est pupillos & adolescentes esse in potestate tutorum & curatorum: sed ipsorum caussa, id est, hactenus, vt essent, qui ipsis prospicerent, non qui male rem gerendo eam perderent. Et breuiter vt hoc pactum per se adultis non noceat, pacti inutilitas facit: vt autem non noceat propter curatorum auctoritatem, qui domini quidam sunt, hoc ætatis fauor præstat; quia placuit pupillis & adultis dominos quidem dari; at eos, qui illorum commoditatibus prosint, non officiant propter ipsorum fauorem.

*L. Filius. 23.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Honorato.

*Filius, paciscendo, aut debitum accipiendo: nihil detrahit patris obligationi. PP. XVII. Kal. Decembr. Sirmii ipsis VII. & VI. AA. Coss. 300.*

S V M M A R I A.

1 *Filiifamilias & serui potestas in peculii administratione, pecuniis collocandis, & debitoribus peculiaribus liberandis.*

FILIVS *paciscendo, aut debitum accipiendo nihil detrahit patris obligationi.*]

1 Atqui † si paciscatur de re peculiari filius, in qua administrationem a patre concessam habet, neque donandi animo id faciat pactum valet. *l. contra. §. vltim. ff. eod.* qua in re aperte detrahit patris obligationi, quæcunque hic tandem obligatio a filio contracta est. Fuit enim hæc obligatio patris. *l. placet. ff. de acquirend. heredit.* Sed & si quid ex peculio suo non tantum filius, sed etiam seruus crediderit aut deposuerit, si his soluatur, debitorem iure liberant. *l. quod seruus. ff. de solut.* Vtrumque igitur falsum videtur, filium neque paciscendo, neque debitum accipiendo, detrahere patris obligationi. Quod non ita est. Magis enim in suprascriptis casibus videtur pater pacisci, & debitum accipere, quam filius. In his enim filius paciscitur, & debitum accipit voluntate & permissu patris. quod perinde habendum est, quasi ipse pater vtrumque faceret per filium. *l. restituta. ff. ad Trebell.* Et administratio quidem peculii a patre concessa satis ostendit, quid permittat pater filio in re peculiari. Hoc ipso autem, quod peculium concedit filio, videtur hoc ei permittere, vt de peculio negotietur, & statuat pro domino. quandoquidem peculium est, quasi patrimonium filiifamilias & serui. *§. actiones autem. Instit. de actio.* Etsi enim in hac potestate excepta est rerum peculiarium alienatio, nisi dominus aut pater liberam peculii administrationem concesserit. *l. contra. §. vltim. ff. de pact. l. si liberum. C. quod cum eo.* tamen hæc exceptio ad eas res non pertinet, quas alienare, & de quibus negotiari expedit. Ideo & libera hac administratione non concessa licet seruo pecuniam peculiarem, hoc ipso quod peculiaris est, mutuam dare: quia expediat id facere, ne pecunia apud eum maneat otiosa: & quod ita credidit, si exigat, placet debitorem liberari, quasi vtraque potestate cum peculio pro vtilitate peculii concessa. *l. fugitiuus. in fin. d. l. quod seruus. ff. de solut.* Itaque hactenus saltem seruus & filius in peculio pro dominis habentur. Quod si domino recte soluitur: consequens est voluntate patris recte solui ei, quem pater peculii quasi dominum esse voluit. *d. l. quod seruus.*

*L. Si actionem. 24.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Dominæ.

*Si actionem legati vel fideicommissi, quam aduersus heredes mariti quondam tui habuisti, te adfectione heredum aliis remisisse probetur: exceptionem pacti contra debitores instituenti, actiones nocere tibi minime posse intelligis. PP. XVII. Kal. Ianua. Sirmii CC. III. Coss. 300.*

S V M M A R I A.

1 *Pactum cum iis qui putabantur debitores, factum, ne debitum petatur, creditori aduersus veros debitores non nocere.*

2 *Verba rescripti exposita.*

3 *Intelligere ius rescripti in proposito cur dicatur mulier, quæ propter ignorantiam consulebat.*

4 *Remissionem debiti in eum qui debitor non erat collatam, & ipsi, & vero debitori iuxta esse inutilem: & cur.*

5 *Falso heredi acquiri actionem posse, quam quandoque cogatur heredi vero restituere: exceptionem paciscendo acquiri non posse, eoque nec ab eo transire ad heredem.*

MARITVS legauit vxori suę decem. Exstiterunt mortuo marito, qui dicerent se esse eos, qui a marito instituti erant: itaque pro herede gesserunt. Mulier putans ipsos esse heredes, cum vellet gratificari heredibus mariti sui, ob memoriam forte, & honorem mariti: remisit eis legati actionem, pacta se legatum nunquam petituram. Compertum est postea alios esse, qui heredes scripti essent. ab his mulier legatum petit. quę superioris pacti exceptione ab illis submouetur. De eo quęstio est. Rescriptum est, huius pacti exceptionem mulieri nihil nocere. vt sit rescripti hęc sententia:

Pactum † cum his, qui putabantur debitores, factum, ne debitum petatur, non nocere creditori, quo minus comperto errore suo debitum exigat ab iis, quos veros esse debitores constiterit: quan- 1

tumuis creditor prius illud paciscendo hoc animo fuerit, vt veros debitores liberaret.

2 Verba † rescripti obscuriora sic interpretanda sunt: *Si probetur te* (mulierem alloquuntur) *affectione heredum*, id est, ea affectione, qua complecteris heredes mariti quondam tui, *remisisse aliis*, intellige, quam heredibus, & ita te remisisse iis, qui heredes non essent, cum esse existimares: *remisisse*, inquam, *actionem legati, quam aduersus heredes mariti tui habuisti*, ideo scilicet quia ab illis relictum est legatum: hoc, inquam, si probetur, *intelligis superioris pacti exceptionem nocere tibi non posse*: *tibi*, inquam, *instituenti actiones contra debitores*, id est, heredes veros, qui legatum debent.

3 Sed † cur dicunt Imperatores, *intelligis*: cum certum sit mulierem, si intelligeret exceptionem sibi nocere non posse, non fuisse Imperatores consulturam? quia ita fuit species facti iam ante ab Imperatoribus concepta, vt ex ea cuiuis in promtu esset intelligere ita rem se habere, vt illi respondent. Proponunt actionem remissam fuisse aliis, quam his, a quibus legatum debebatur. vel ex hoc ipso sua sponte intelligitur, nullam esse natura remissionem. Ex ipso igitur rescripto intelligit hoc mulier: etsi aliunde prius id minus intellexisset.

4 Sed † obstat mulieri, quod hoc animo fuit, vt veteres debitores liberaret. cur illi voluntas sua non noceat? Quia edictum prætoris non quamlibet voluntatem cuiusque tuetur: sed pactum conuentum. mulier autem in proposito nihil pacta est cum veris debitoribus. At enim pacta est cum aliis hac mente, vt heredibus consuleret. nihil hoc heredes adiuuat, si pactum est inutile. Est autem inutile duabus de caussis. primum, quod res inter alios gesta est. quam ob caussam fit, vt etsi quid contineretur pacto: tamen per liberam personam exceptio. Si non competit, non mirum, si ab his in alios non transfertur. At de actione contra euenit, vt etiam cui nihil debetur, sibi obligationem, & actionem possit parare. Nam si pecunia alii debita ei constituatur a debitore, valet constitutum, obligaturque ei debitor de pecunia constituta. *l. eum qui. §. quod exigimus. ff. de const. pecu.* Fac igitur, quod hereditati debebatur, possessori hereditatis constitutum esse. quia illi actio hereditaria quæsita est, apparet hic esse, quod heredi possit restitui vna cum reliqua hereditate.

*L. Debitorum. 25.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Euhemero.

*Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli nec mutari potest. S. IIII. Kal. Maii, Sirmii, CC. III. Coss. 300.*

SVMMARIA.

1 *Debitorem pactione sua creditoris petitionem neque tollere, neque in alium transferre posse: & cur.*

2 *L. cum ab vno. ff. de leg. 2. exposita.*

3 *L. controuersia. ff. de transf. explicata, & conciliata cum l. Imperatores. eo. tit.*

1 DEBITORVM † pactionibus creditorum petitio tolli non potest. Vetat enim ius & natura alterius conditionem deteriorem facere. *l. soluendo. ff. neg. gest.* nec mutari potest: id est, inter plures, qui pro parte aliquid debeant, non potest hoc effici, vt a reliquis petitio creditoris in vnum transferatur: ne & illi liberentur, qui antea debuerunt: quod ius, vt dixi, non patitur: & is obligari incipiat qui antea non tenebatur. Etsi enim vnusquisque seipsum obligare, & deteriorem conditionem suam paciscendo facere potest. *l. pactum. ff. eo.* tamen alii actionem acquirere non potest, cum quo non contraxit. *l. quæcunque. ff. de ob. & ac.* quod superiore conuentione efficitur.

Non † offendit hanc definitionem *l. cum ab vno. ff. de leg. 2.* Maritus dotis debitor ab vno herede legauit vxori aliquid pro dote compensandi caussa. Mulier mauult dotem ferre, quam legatum. Illic scriptum est, eum heredem nihilominus onus æris alieni vsque ad quantitatem legati agnoscere debere, eoque primum in eum actionem de dote dandam. Nempe hoc sic accipiendum est, vt in eum actio danda sit mulieri, si illa velit. nam si malit, liberum est ei etiam conuenire ceteros, in quos æs alienum pro portionibus hereditariis transiit. Ipsorum heredum voluntas & consensus hoc ius mulieris non mutaret. *l. licet. §. fa. erc.* Non mutabit igitur ne defuncti quidem, qui & ipse debitor est, nec potest efficere, quin heredes pro portionibus hereditariis teneantur, vt ius publicum est. *l. 2. § de her. act.* 2

Interdum † transactio dubium facit, quis sit debitor: vt, cum controuersia inter scriptum heredem, & legitimum orta ipsi de hereditate certa conditione transigunt, vt vnus certam partem habeat, alter reliquam. Quo casu placet Sceuolæ, eos qui transegissent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam vterque expressit, vtilibus actionibus conueniendos esse. *l. controuersia. ff. de transact.* non quod scriptus heres non possit in solidum conueniri, si creditores contendant eum esse heredem. *l. Imperatores. ff. eo.* quod & de herede legitimo dicendum est. sed quod si creditores nolint hoc onus subire probandi, quis sit heres, recte eos conueniant, tanquam pro parte heredes sint vel sua confessione: non summo iure, quod non patitur, vt vnus sit heres ab intestato, alter ex testamento: sed vtilibus actionibus: quia heredes suam confessionem infirmare non possunt, quamdiu non probent se heredes non esse. Quale sit autem, quod hic definitur, demonstratur plurium heredum exemplo in l. seq. 3

*L. Pactum successorum. 26.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Corneliæ.

*Pacto successorum debitoris, ex lege duodecim tabularum æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso iure diuisum, in solidum vnum obligare creditori nō potest, quod & in honorario succedentibus iure, locum habet. De chirographis itaque communibus exhibendis coheredem, vel non perfectis in diuisione placitis, conuenire, quanti tua interest, potes. PP. III. Id. Octob. Variani, CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Æs alienum hereditarium diuisum ipso iure inter heredes pro portionibus hereditariis.*

2 *Pactum coheredum, quo placet, vt vnus dissoluat æs omne alienum creditoribus & nomina hereditaria solus exigat, inter coheredes solum valere, creditorum petitionem non mutare.*

3 *Ex hoc pacto quæ sint coheredibus actiones aduersus eum, qui legi diuisionis non paruit.*

DEBITORIS plures sunt heredes aut bonorum possessores. Horum singuli partem debent. Sciendum est enim lege duodecim tabularum onus æris alieni ad heredes pertinere pro portionibus, quæ singulis quæsitæ sunt, vt hic scriptum est, id est, pro hereditariis. *l.1.j.si cert.pet.l.2.j.de act.hered.* atque ita pertinere, vt non inter se heredes id diuidere oporteat; sed iure ipso inter eos sit diuisum: quia lex vnicuique partem nominatim attribuat. *l.ea quæ. j.fam. erc.l.heredes.§.an ea.ff.eod.& hic.*

1 Veruntamen † quia æris alieni diuisio aliqua habet incommoda, vt & experientia satis ostendit, & testatum est *in l.plane.ff.fa.erc.* heredes diuiserunt inter se hereditatem, & partem vni dederunt ea lege dicta, vt ipse omne æs alienum dissolueret creditoribus hereditariis: hoc amplius & nomina hereditaria exigeret. quam in rem chirographa illi communia tradiderunt, quibus vti & consistere posset aduersus hereditarios debitores. De vi huius pactionis aduersus creditores rescriptum hoc loco est ex regula suprascripta, hanc pactionem in solidum vnum obligare non posse creditori. quod valet, neque in vnum istam petitionem creditoris mutari, & transferri posse: neque petitionem, quæ competit aduersus ceteros coheredes, tolli creditori. quæ duo superiore regula comprehensa sunt. Sed quæ conuentio creditoribus neque nocet, neque prodest, ea valebit inter ipsos coheredes. quod Imperatores innuere voluerunt his verbis, quæ sequuntur, *De chirographis itaque communibus.* Hoc dicunt: si heres, qui onus æris alieni & dissoluendi & exigendi in se suscepit, conuentioni non paret, non habent ceteri heredes, quo se tueantur aduersus creditores, qui suum persequuntur: sed agent cum coherede suo partim de chirographis communibus exhibendis, partim in id quod sua interest: quia ea quæ placita sunt in diuisione, perfecta non sunt.

3 De † actionibus nihil exprimunt. sed de chirographis erit actio ad exhibendum, vt de re ad omnes pertinente. *l.3.§.est autem.ff.ad exhib.* si modo coheredes chirographa tradiderint tantum. sic enim factum est, vt manserint communia. Quod si chirographa dederint coheredi, id est, ita tradiderint, vt ea coheres tanquam propria haberet, erit condictio rei ob caussam datæ caussa non secuta. *l.1.ff. de cond.caus. da.l.5.§.1.ff.de præs.ver.* De eo autem, quod interest, erit præscriptis verbis actio: quia coheredi datum est, vt faceret, quod non fecit. *d.l.5.§.1.* quod sic intelligendum est, si modo ceteri coheredes illi partem dederint ea lege, vt æs alienum solueret. alioqui nulla traditione interueniente, pactum nudum est, ex quo non nascitur actio. *l.diuisionis.ff.eo.*

*L. Petens. 27.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Aurelio Chresimo.

*Petens ex stipulatione, quæ placiti seruandi caussa secuta est: seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. S.VI. Id. Nouemb. Heracleæ. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Quæstio huius rescripti propria, & sententia: & numer. 3.*

2 *Stipulationem pacti seruandi caussa interpositam, quã pactum sequitur, recte dici præcedere, & nihilominus sequi, vt hic sequi dicitur, diuersis rationibus.*

3 *Pactum stipulationi confirmanti subiectum cur statim sequi oporteat, vt stipulatione, quæ alioqui per se semper satis valet, firmetur.*

EX pacto nudo actionem non nasci constat. Sed & illud constat, si pacti seruandi caussa stipulatio subiecta sit, pactum esse seruandum: quoniam ex stipulatione agi potest. de quo diximus *ad l.si pacto.j.eo.* Hæc eadem sententia non obscure hoc loco confirmatur.

Sed † additur aliquid amplius. hoc enim quæritur præcipue, an cum stipulatio secuta est placiti seruandi caussa, non solum ex ea agi possit, si pactum antecesserit: sed etiam si post sit interpositum, id est, si sequatur stipulationem. Et statuunt Imperatores, dummodo stipulatio secuta sit placiti seruandi caussa, nihil referre, vtrum pactum præcesserit, an postea sit interpositum; dum tamen statim post interpositum sit. In quo rescripto duo animaduertenda sunt. 1

Illud † potissimum, quod hic proponitur stipulatio eiusmodi, quæ placiti seruandi caussa secuta sit: de qua tamen respondent Imperatores, ex ea agi posse, etiam si antecesserit ipsa, & pactum stipulationem secutum sit. In quo aperte eandem stipulationem præcedere dicunt, & sequi. quod fieri natura non potest. Quid igitur hic sibi volunt? Et sic habendum est, eodem sensu & ratione vtrumque simul statui non posse: at diuersis rationibus recte. In concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est. Vnus, quem sibi proponit mens & cogitatio contrahentium, idemque naturalis. alter est scripturæ ordo, quo duo ista in instrumento perscribuntur. Si mentem contrahentium spectamus, & naturam rei, stipulatio omnis, quæ adhibetur seruandi pacti caussa, semper sequitur, non præcedit. Prius est enim, vt sit pactum, quam vt firmetur stipulatione. Scripturæ ordo non est eiusmodi. Naturaliter quidem res recte perscribitur ita, vt prius proponatur, quid contrahentes fieri voluerint; deinde subiiciatur stipulatio, hoc modo: *Quæ ita supra scripta sunt, ea sibi dari, fieri stipulatus est Mæuius: spopondit Titius.* quale exemplum proponitur *in l. duo. ff. pro soc.* At conuerti ordo scripturæ potest, vt ita dicamus: *quæ infra scripta sunt, ea sibi dari, fieri stipulatus est Mæuius: spopondit Titius. quæ autem pepigerunt inter se, ea sunt, quæ sequuntur.* ac deinde perscribantur pacta. Hoc vero cum fit, locus est huic rescripto. Hic enim eodem tempore euenit, vt sequatur, & antecedat stipulatio. Vt rerum natura est, & mens contrahentium, stipulatio hic sequitur pactum: perspicuum est enim, contrahentes nolle hanc stipulationem valere, nisi de his quæ paciscuntur. vt necesse sit prius pacta esse, quam stipulationem, quæ ista continet, & quorum confirmandorum caussa adhibetur. prius enim esse oportet aliquid, quam ab alia re confirmetur. Sed & in stipulatione præcedente, quæ ad pactum sequens refertur, hoc euenit, vt pactum sequens declarandæ stipulationis caussa interpositum, videatur stipulatione contineri, & subiectum illud demonstrare, de quo contrahentes se stipulari & spondere dixerant: sicut accidit in omnibus scripturis sequentibus præcedentis alicuius declarandæ caussa interpositis. exempla *in l.asse toto. ff. de her. inst. l. institutio. ff. de cond. inst.* at vt est perscriptio instrumenti, stipulatio præcedit.

Itaq; † hoc est, quod volũt Imperatores, modo cõ- 3

stet stipulationem adhibitam esse pacti firmandi caussa, nihil interesse, quo ordine stipulatio scripta sit: priore loco, an posteriore: innuentes hic, vt in aliis rebus mentem contrahentium spectandam esse, non ordinem scripturæ, *iuxta l.2.§.vlt.in fin.ff.de vul. & pu.subst.* Quid enim contextus verborum facit, vbi res intelligatur?

4 Iam † & illud animaduertendum, quid sit, cur exigant Imperatores, vt pactum statim interpositum sit post stipulationem, vt quidem ex stipulatione agi possit: cum constet stipulationem semper valere iure ciuili, quandocunque sit interposita. §. *de constituta. Inst. de act.* Non id propter stipulationem exigunt haud dubie, quæ vbique interposita idem valet: sed propter pacta, quæ sequuntur: vt sciatur, vtrum ad stipulationem præcedentem pertineant, necne. Monendi enim sumus, præcedentia & sequentia ad generalem aliquam clausulam ita pertinere videri, si coniuncta scriptura scripta sint, non si disiuncta. *l.vlt. ff. de reb.dub.* Sic & cum stipulor pecuniam mutuam mihi reddi, & postea pecuniam numeraui, placet vnum contractum esse stipulationis, nec actionem nasci ex numeratione. sed ita, si pecunia quam postea dedi, mox numerata sit, non aliter. *l.6.ff.de nouat.* Atqui idem hic dicere licebat, quod prius, ex stipulatione nimirum quandocumque interposita sit, actionem esse. Sed hoc ita est, dum constet, quid stipulatione comprehensum sit. Iam vero non existimatur numeratio, quæ ex interuallo secuta est, ad præcedentem stipulationem pertinuisse.

*L. Si certis annis. 28.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Leontio.

*Si certis annis, quod nudo pacto conuenerat, datum fuerit: ad præstandum in posterũ indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit. S. III. Non. Decem. Burtodixi, ipsis VIII. & VII. AA. Coss. 303.*

SVMMARIA.

1 *Indebitam annuam summam non ideo effici in posterum debitum, quia pluribus annis præstita sit, etsi ab initio pacto fuerit promissa: & cur.*

2 *L. cum de in rem verso. ff. de vsur. quæstio, & sententia.*

3 *L.1.C. de fideicom explicatur.*

4 *Annuam summam pacto promissam qui aliquot annis sponte soluit, non ideo eam constituere intelligi.*

1 HOc dicunt Impp. Res † si per se indebita est, vt in posterum debeatur, non efficiet eius rei præstatio: quamuis & pacto res promissa sit, & per plures annos præstita. *l. creditor. ꝟ. de vsur. l. operis. ff. de op. liber.* Cuius sententiæ recte hæc ratio redditur ex regulis iuris, quod in negotiis gerendis nulla contrahitur obligatio sine consensu. *l. 1. §. 1. ff. eod.* Porro non si quis quid præstat sæpius, ideo consentire intelligitur, seque in id obligare, vt idem in perpetuum præstet deinceps. Quid enim prohibet me hodie dare aliquid, & sæpius, quia libeat, aut quia putem mihi commodum esse nunc id facere: non quia velim de ea re obligari? Non est igitur rei præstatio idonea caussa, ex qua obligatio nascatur. ac proinde ex ea non nascetur. At potest etiam, qui præstat, hoc animo esse, vt det, quia velit in futurum quoque teneri. Potest: sed hoc animo eum dedisse probandum est, quod ex sola præstatione non recte colligitur, cum a præstatione ea voluntas abesse possit. *l. neque natales. ꝟ. de prob.* Sic fit, vt quæ præstatio ad inducendam obligationem per se non valet, ea nec prosit ad voluntatis nouæ in futurum probationem: ac proinde ad petendum, quod prius non debebatur, sit inutilis. Cum hac sententia videntur pugnare duo loci. *l. cum de in rem verso. ff. de vsur.* & *l. 1. ff. ꝟ. de fideicom.* In illa scriptum est, patrem filiifamilias iudicatum esse debere vsuras, quia longo tempore eas præstitisset. In hac, heredem qui fideicommissum per triennium præstitit, in posterum id recusare non posse. Sed nihil hic contrarium.

Nam † quod attinet ad *l. cum de in rem verso*, obseruandum est, quæ sit hoc, & illo loco facti dissimilitudo. ex ea quæ sit ratio differentiæ iuris, intelligetur. In hac l. *si certis*, constabat vsuras præstitas esse indebitas: vtpote promissas nudo pacto. Contra in l. *cum de in rem verso*, constabat, pecuniam mutuam filiofamilias datam esse, & vsuras eius pecuniæ ab eo rite promissas. vt hoc quidem non ambigeretur, vtrum vsuræ istius pecuniæ deberentur: sed a quo pecunia ipsa deberetur. Et ideo non quæritur illic, an filius vsuras debeat: sed an pater debeat pecuniam tanquam in rem suam versam. Hoc intellecto recte ita dicemus: si fuerint vsuræ indebitæ, earum præstatio nunquam efficiet, vt sint debitæ. Quod si constabit recte esse promissas, & deberi, atque hoc quæretur, vtrum obligatio principalis ad eum pertineat, qui eius vsuras longo tempore præstitit: eueniet, vt diuturna vsurarum præstatio declaret rem ad eum pertinere, qui eas tamdiu præstitit: in quem modo propter conditionem personæ cadere possit eiusmodi coniectura. vt puta, dicemus versam esse pecuniam in rem patris, quæ pecunia a filio sa accepta sit: cum eius pecuniæ vsuras non filius, sed pater ipse tamdiu non sine caussa præstiterit. qua de re iudicatum est *in d. l. cum de in rem verso.* Sed de eius loci sententia plura scripsi *in commentario de Vsuris.*

Plus † est negotii in explicanda ratione *l. 1. ꝟ. de fideic.* in qua prima fronte videtur ipsa triennii præstatio fideicommissum debitum facere. Obseruandum est enim rescriptum de fideicommisso annuo indebito loqui. Nam si iure valuisset, deberetur statim, & sine vlla heredis præstatione. at si triennio præstitum sit, placet id in posterum quoque exigi posse. Ego autem & fideicommissum illic indebitum fuisse, & cum per tres annos præstitum fuerit, in posterum deberi fateor. Sed nego ideo deberi in posterum, quia per tot annos præstitum sit: de quo nunc quæritur. Cur ergo heres in posterum obligatur? quia mater eademque heres, filii sui voluntatem secuta est, vt eo rescripto declaratur. Iudicium defuncti agnoscendo mater ostendit sibi in animo esse id in perpetuum præstare: quia hæc voluntas & iudicium defuncti fuit, vt ita præstaretur: seque adeo id facturam esse constituit. Hæc agnitio in legatis sufficit ad obligationem. quisquis heres voluntatem defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu libertates agnoscit; quamuis voluntas iure non valuerit, tamen implendæ voluntatis necessitate obstringitur. *l. non dubium. ꝟ. de test.* Itaque matrem voluntas sua, & consensus, ac velut constitutum obligat, vt obligaret ceteros in aliis rebus omnibus. Eius autem voluntatis non caussa,

caussa, sed signum & indicium est, fideicommissi præstatio. non tamen quæuis: sed ita, si per triennium idem mater fecerit: vt scilicet perseuerantia præstationis declaret voluntatem & iudicium in herede fuisse ad id præstandum ex sententia testatoris. *arg. l. quidquid. ff. de reg. iu.*

4 Quæ † etsi conuenienter dicuntur ad sententiam illius rescripti: verendum tamen videtur, ne hæc ipsa interpretatio magis difficultatem augeat, quam diluat. Nam si heres propter triennii præstationem existimatur fideicommissum constituisse se in posterum soluturum: quid est, cur non existimetur fecisse idem, qui annuum, quod pacto promisit, longo tempore præstiterit? vt iam consequens sit teneri eum ex constituto, quem negabamus propter præstationem obligari. Sed non recte comparantur inter se, heres, qui iudicium defuncti secutus aliquid facit, & is, qui quod ipse pacto promisit, præstat. Huic enim nulla est caussa ad rem promissam in posterum præstandam, nisi vna liberalitas & voluntas. porro nemo facile donare velle præsumitur. *l. cum de indebito. ff. de probat.* Heres autem cur satisfacere velit voluntati defuncti, magnam inprimis caussam habet: meritum scilicet defuncti, & honorem sibi ab illo habitum. Vnde non mirum, si heres, vt respondeat beneficiis defuncti, aliter putetur esse affectus erga eius voluntatem, ac ceteri homines, cum vltro id præstat, quod ab illo rogatur.

*L. Si quis in conscribendo. pen.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni PP.

*Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non vsurum fori præscriptione propter cingulum militiæ suæ, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii prærogatiuam, licet antea dubitabatur, si oporteret eandem scripturã tenere: & eum, qui hoc pactus est non debere aduersus suam conuentionem venire: vel licentiam ei præstare, discedere quidem ab scriptura, suo autem iure vti. Sancimus nemini licere aduersus pacta sua venire, & contrahentes decipere. Si enim & ipso prætoris edicto pacta conuenta, quæ neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo obseruanda sunt: quare & in hac caussa pacta non valeant: cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare? omnes itaque iudices nostri hoc in litibus obseruent: & huiusmodi obseruatio & ad pedaneos iudices & ad compromissarios, & arbitros electos perueniat: scituri, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intelligantur. Dat. Kal. Septemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Licere vnicuique iis quæ pro se introducta sunt, pacto renuntiare, perpetuum: valetque etiam in beneficiis iuris quantumuis magna de caussa constitutis.*

2 *Præterquam si pactio sit contra ius, aut bonos mores: cuiusmodi multæ, & eæ quænam sint.*

3 *Pactionem ne a communione discedatur, item ne precarium ante certum tempus reddatur, vtramque inutilem: & quare, cum sint de re priuata.*

4 *Præscriptioni fori renuntiari vtiliter, dum ne id agatur, vt qui renuntiat, simul ad alium non suum iudicem vocetur. hanc enim pactionem posteriorem esse inutilem. l. si conuenerit. ff. de iurisd. & cur.*

REGVLA † est iuris antiqui, *licere vnicuique renuntiare his, quæ pro se introducta sunt*, vt hic Iusti- 1
nianus testatur, vsurpaturque a Iuliano *in l. si iudex. ff. de mino.* cui finitima est illa, *licere vnicuique paciscendo iuris sui persecutionem, aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere. l. pactum. ff. eo.* Extra quam, dixerit fortasse aliquis, si quid nominatim alicui iure publico concessum sit honoris ergo, vt fori præscriptio militibus, magistratibus, ministris ecclesiæ, propter prærogatiuam militiæ, dignitatis: quasi hoc sit eius generis, vt eo tanquam beneficio iuris, & eo quidem magna de caussa his, quos dicimus, tributo, perpetuo illi vti possint: quamuis forte pacti sint se eo non vsuros. Id non ita est. ac ne quis in posterum ea de re dubitaret, sustulit eam dubitationem hoc loco Iustinianus. simul his exemplis perfecit, vt intelligeremus superioris regulæ nullam plane esse exceptionem. Multa quidem hoc loco colliguntur ab Accursio exempla contra regulam: in quibus cum quid alicuius caussa constituatur, certe agatur vtilitas cuiusque priuata, non alterius cuiusquam: tamen non licere pacisci tradatur, & si pactum sit, nihil nocere pactionem. quæ Accursius, & Bartolus, reliquique deinceps interpretes non aliter conciliari posse cum regula putauerunt, nisi nouis distinctionibus in hunc locum inuectis rem expedirent. quibus de generalitate regulæ multum, & citra auctoritatem vllam veterum iuris auctorum detraxerunt. Sed non fuit hic tantopere laborandum.

Hoc † enim, licere vnicuique contemnere ea, 2
quæ pro se introducta sunt, generaliter quidem definitum est: sed ita, vt ea, quæ specialiter de pactis sunt excepta semper hic quoque excipi oporteat. In toto enim iure generi per speciem derogatur. *l. in toto. ff. de reg. iur.* Iam vero nominatim edicto, & constitutionibus exceptum est, ne ea pacta seruanda sint, quæ contra leges fiunt, aut bonos mores. Atqui si illi satis attendissent, ita reperissent, quæ tam varia ab ipsis citantur, exempla eorum pactorum esse, quæ aut non essent de re nostro nomine introducta, cuiusmodi pacta huc non pertinebant: aut si essent de re nostra, ideo improbarentur, quia contra leges, aut contra bonos mores fierent. Transactio de alimentis, quamuis re priuata, non valet: scilicet quia lex vetat transigi. *l. cum hi ff. de transact.* Idem de prædiis minorum iudicandum est: quorum est constitutionibus alienatio interdicta. *l. 1 ff. de reb. eo.* etsi vere dicetur hoc totum minorum caussa esse introductum. Mulier soluto matrimonio pacisci non potest dotem longiore die sibi reddi. *l. de die. l. Attilicinus. ff. de pact. dota.* Atqui mulieris dos est. sed ita, vt eam reddi etiam intersit Reipub. in eoque quodammodo vtilitas publica agatur. *l. 1. ff. sol. mat.* Ius autem prohibet nos alterius rem, & præsertim Reip. paciscendo facere deteriorem. *l. soluendo. ff. de nego. gest.* Est, cum nihil contra, quam lex vetet, de re ad se pertinente quis paciscatur: neque tamen pactio valeat. puta, cum maritus paciscitur in dote accipienda, vt supra quam facere potest, conueniatur. sed hoc eo fit, quia pactio huiusmodi est contra bonos mores. Est enim contra reuerentiam marito debitam. *l. alia. §. 1. ff. sol. matr.* multaque sunt alia exempla huius generis de re nostra priuata quæ improbantur quidem; sed ideo, quia fiunt lege prohibente, aut turpem caussam habent: vt intercessio mulieris; vt alienatio fundi dotalis; vt ne iniuriarum, vel furti agatur,

prius quam hæc fiant. de quibus ĩ. l. 6. His exceptis, quæ in omni pactione vel ex edicto excipi debent: quo minus ratum sit, quod quisque de iure suo remiserit, nihil erit impedimento.

3 De † duobus tamen non immerito potest dubitari. Nam si conueniat, ne omnino diuisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere, atque adeo id manifestissimum esse scriptum est *in l. in hoc iudicium. § si conueniat. ff. com. diui.* Et in precario si conuenerit, vt qui accipit, in Calendas Iulias precario possideat, placet hoc idem, nullam vim esse huius conuentionis. *l. cum precario. ff. de prec.* At vtrumque aperte est de re priuata, & quid habet turpe? Immo vero quid hic non recte remitti & concedi potest ex regulis iuris communibus? Priore pactione remittitur actio communi diuidundo, quæ ad diuisionem competebat. constat posse vnumquemque iuris sui persecutionem pacto remittere, vt liberetur aduersarius exceptione. *l. 5. l. cum proponas filios. ĩ. eo. l. pactum. ff. eo.* Posteriore autem conuentione id agitur, vt rei nostræ possessio ad aliquod tempus in aliquem transferatur. In commodato id recte fit: recte fit in locatione. cur non & in precario, cum licuerit domino etiam rem totam alteri donare? Sed & hæ ipsæ conuentiones iisdem de caussis aut similibus improbantur, quibus superiores. Non valet pactio, ne diuisio omnino fiat: primum quia ne fiat, nihil interest paciscentis: potius interest a communione discedi, quod quæ communia sunt, negliguntur. *l. 2. illic, naturale quippe. ĩ. quan. & quib. quar. pars. lib.* 10. nulla autem rata conuentio, in qua paciscentis nihil interest. *l. ex conuentione. ĩ. eo.* Deinde quia & hoc ipsum pacisci, vt in communione maneatur, est contra bonos mores. compertum est enim experientia, communionis materiam solere discordias excitare. *l. cum pater. § dulcissimis. ff. de leg. 2.* Vt discordia omnis turpis: ita turpis omnis caussa, quæ excitat discordias, quia inuitat ad delinquendum. *l. si vnus. § pacta. ff. eo. l. illud. ff. de pact. dot.* Illa autem pactio in precario vt ad certum tempus res precario habeatur, est contra leges. Hæc enim dominii lex est, vt qui dominus est, & libertatem dominii sui retinet, is rem suam quoties velit, possit ab inuito reuocare, vtpote arbiter & moderator rei suæ. *l. in re. ĩ. mand.* Hanc libertatem dominii retinet in re sua, quisquis rem dat precario. idque precarii verbum efficit, cuius hæc vis & significatio est, vt petenti vtendum concedatur tamdiu, quamdiu is qui concessit, patitur, recepturus cum libuerit. *l. 1. ff. de prec.* Proinde repugnat non precario, sed legi de dominiis constitutæ, si conueniat, ne domino alioqui rei suæ ius retinenti liceat rem suam repetere, cum velit. Quinimo non magis ea pactio consistere potest natura, quam si conueniat, vt dominus, quem talem pleno iure esse placet per omnia, ne sit dominus. Qua ratione placuit pacto effici non posse, ne ei qui dominus sit, rem suam alienare liceat. *l. pen. ff. eo. l. ea lege. ĩ. de cond. ob cauſ.* Et ideo Celsus *in d. l. cum precario*, superiorem conuentionem in precario sic improbat, vt dicat nullam vim esse huius conuentionis, vt rem alienam domino inuito possidere liceat: rationem nimirum eius pactionis improbandæ ad legem dominii referens, cui hæc pactio aduersatur. Inuito domino sic accipe, quem placuerit plena libertate dominum manere, vt fit in precario. Alioqui in locatione, atque adeo commodato nonnunquam non potest res ante certum tempus a domino reuocari, quia conuentione negotiis conueniente hoc ipsum effectum est.

In † specie ipsa renuntiationis, cuius exemplo vtitur hoc loco Iustinianus, fortasse laborabitur. Nam *in l. si conuenerit. ff. de iurisd.* scriptum est, neminẽ cogendum esse stare huiusmodi conuentioni, si conuenerit, vt alius prætor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret. In qua tamen conuentione is, qui ita pactus est, aperte fori præscriptioni renuntiauit. Hoc enim paciscens, vt alium sequeretur iudicem, sine dubio id pactus est, ne ad suum reuocaret. Sed nihil hic simile cum ea conuentione, qua quis paciscitur, tantum se fori præscriptione non vsurum. de qua conuentione hic agitur. Etsi enim negat se ad suum iudicem reuocaturum is, qui alterius iurisdictionem se sequi paratum dicit: tamen hoc amplius, & quidem principaliter paciscitur, se alterius prætoris iurisdictionem subiturum. quod non facit is miles, qui priuilegio suo renuntians pollicetur se ad iudices militares non reuocaturum. Neque enim horum iurisdictioni renuntians, aliorum, quos iure communi iudices experiri non cogatur, iurisdictioni se subiicere intelligitur. Non vtetur his iudicibus quibus ex priuilegio poterat. sed nihilominus ei relinquuntur illi, quorum esset iurisdictio, si donatus priuilegio non fuisset. In summa in proposita hypothesi miles pollicetur se ad aliquem iudicem non iturum, ad quem iure poterat reuocare. in ea, quam supra proposui, pollicetur quis se ad iudicem iturum, ad quem iure non cogebatur. Cur ergo illa pactio seruanda est, hæc non est seruanda? Si consideretur, quid vtraque agatur, non poterit esse obscurum. Nempe qui promittit se ad iudicem suum non reuocaturum, id agit vt aduersarium liberet necessitate ad hunc iudicem veniendi. Qui autem promittit se ad iudicem iturum, hoc agit, vt ipse obligetur. Ita ad illam conuentionem seruandam contra militem reuocantem ad suum iudicem, exceptione tantum opus est actori, ne ad eum iudicem ire cogatur. Ad hanc posteriorem est opus actori actione; vt aduersarium ad eum iudicem, de quo conuenit, pertrahat. Certi iuris est, omnia pacta exceptionem parere: at non parere actionem. Si apertius quid volumus; vnusquisque fori præscriptioni pacto recte renuntiat, vt nihil amplius quam huic præscriptioni renuntiet. quod tunc fit, cum is qui renuntiauit, vocatur ad alium iudicem, quem iure communi iudicem habet, non quem ex pacto sequi cogatur, vt in specie hic proposita accidit. At nemo ita renuntiare potest, vt simul alii, cuius iurisdictioni subiectus non est, iurisdictionem pacto tribuat, vt fit in conuentione *l. si conuenerit.* Hanc enim qui tribuere vult, simul tribuit aduersario actionem, qua coactus ad eum iudicem recte vocetur. id pacto effici non potest: quia ex pacto actio non nascitur. uide el in bona fidei nº 20

*L. De quæstione. vlt.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni Præf. præt.

*De quæstione tali a Cæsariensi aduocatione interrogati sumus: duabus vel pluribus personis spes alienæ hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos deuoluendæ. pactaque inter eos inita sunt pro aduentura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit, & hereditas ad eos peruenerit, certos modos in eadem hereditate obseruari: vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum peruenerit, certas pactiones euenire. Et dubitabatur,*

*tur, si huiusmodi pacta seruari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem: quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huius modi pactio processit: & quia no sunt ita cōfecta quasi omnimodo hereditate ad eos peruentura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, & si ad hereditatem vocentur hi, qui huiusmodi pactionem fecerunt. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae esse videntur, & plenae tristissimi & periculosi euentus. Quare enim, quodam viuente & ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conueniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, & nihil ex his pactionibus obseruari: nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodauerit & in ea vsque ad extremum vitae suae spatium perseuerauerit. Tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente & iubente huiusmodi pactiones seruare. Quod etiam anterioribus legibus & constitutionibus non est incognitum licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim neque donationes talium rerum, neque hypothecas penitus esse admittendas, neque alium quemquam contractum: cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel pacisci, secta temporum nostrorum non patiatur. Dat. Kal. Nou. Constantinopoli, post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Conuentionem omnem, vt quis nos sibi heredes faciat, vt bona eius ad nos perueniant ipso mortuo, sine exceptione esse inutilem, quia contra bonos mores: & quare.*

2 *Contracta fiducia emancipari, quid fuerit veteribus.*

3 *Conuentionem de futura successione viuentis & illam esse inutile, qua aliqui de tertii alicuius hereditate, cum is decesserit, inuicem diuidenda aut communicanda inter se paciscuntur: nisi is de cuius bonis agitur, & consenserit, & in ea voluntate ad extremum permanserit.*

4 *De hereditate incerti hominis recte aliquos inter se pacisci, vt si ad quem eorum aliqua aliunde peruenerit, sit communis.*

5 *De hereditate etiam certi hominis viuentis sibi restituenda recte quem pacisci ab alio, si etiam sine pactione ad eum qui id paciscitur, iure reditura est hereditas: & quibus in caussis id accidat.*

6 *L. 2. §. illud potest. ff. de her. vel act. ven. explicatur.*

7 *De mortui hereditate transigere aut pacisci inter se aliquos nihilo magis posse, quam de hereditate viuentis, si vtrum is de cuius bonis agitur, viuat necne ignoretur.*

8 *De tertii alicuius viuentis herediatte inter aliquos suo tempore diuidenda ideo pactionem esse inutilem, quia est & ipsa contra mores: & quare.*

9 *Pactionem de tertii alicuius viuentis hereditate inter aliquos diuidenda recte probari hac conditione, si tertius is consenserit, nec mutarit voluntatem, disputatio.*

10 *Successioni futurae frustra etiā pacto renuntiare quēuis heredem futurum iure pactionem prohibente: & id fusius demonstratum.*

11 *Pactionem qua renuntiatur successioni futurae, quatenus improbatur legibus, nec iureiurando confirmari: & cur.*

OMNIS conuentio, omnisq; stipulatio de successione viuentis obtinenda nullius est momenti, vt diximus *ad l. pactum, quod dotali. §.* Sed conuentio non est vnius generis. Ea duplex est.

Vna † est species, cum paciscimur cum eo ipso, de cuius bonis agitur. per quam id agimus, vt ille nos sibi heredes faciat: faciat, vt bona sua ad nos pertineāt se mortuo: idque ipse futurum promittit. Haec species citra controuersiam, & sine exceptione improbatur legibus, tanquam bonis moribus contraria, *l. ex eo. j. de inut. stipul. l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbo. oblig. l. hereditas. j. de pact. con. l. pactum, quod datali. l. licet. §.* Est autem contra bonos mores, quia turpis: & turpis ideo, quia inuitat ad delinquendum: id est, insidiandum vitae promissoris. Certum enim habet stipulator fore, vt promissore mortuo bonis eius potiatur, si quidem stipulatio & conuentio valebit, *l. de fideicommisso. j. titu. prox.* neque hoc vlla in specie olim aliter obseruatum est. 1

Nam † quod scriptum est apud Iustinianum *in §. vlt. Instit. de leg. agn successio.* filiumfam. emancipari olim solitum a patre contracta fiducia: qua ex re consequebatur pater, vt legitimam filii successionem obtineret: non hanc habet significationem, quasi pater emanciparet eum ea lege, vt ipsi succederet; sed cum filiusf. in emancipatione manciparetur alii, atque ita traderetur in imaginariam quandam seruitutem: ne is in ea seruiture maneret, mancipabatur contracta fiducia, id est, ea lege, vt pater ille nouus filium acceptū remanciparet, vt ad extremum receptum verus pater manumitteret. quę conuentio ad potestatem filii pertinuit, non ad hereditatem eius obtinendam. 2

Altera † species est, qua paciscimur non cum eo, de cuius bonis agitur: sed cum extraneo ita, vt si Lucii Titii hereditas ad eum peruenerit, eam nobis restituat, aut nobiscum communicet: aut contra si qua ad nos peruenerit, nos illi restituamus, aut cum illo communicemus. De hac specie est haec Iustiniani constitutio, vt ex principio apparet. De qua sic Iustinianus statuit, non esse ne hanc quidem pactionem de viuētis successione seruandam: quia & ipsa sit contra bonos mores. sed hoc excipit, quod non fit in priore illa specie: nisi is, de cuius hereditate agitur, & consenserit, & in eadem voluntate vsq; ad vltimum vitae spatiū perseuerauerit. In quo tria complectitur, quae nobis examinanda sunt. Primum suprascriptam conuentionem non valere. cui parti multi videntur esse loci cōtrarii. in quibus cum proponatur eadem species conuentionis: tamen statuitur valere pactionem. Atque in his quidem occurrunt conuentionis huius duo genera. Vnum, quo paciscimur indefinite de hereditate obuentura: hoc modo, *vt si qua hereditas ad te peruenerit, mihi sit communis*, nullius scilicet certi hominis designata hereditate. quo in genere non dubitatur, quin pactio valeat *in l. 3. §. de illo. ff. pro socio.* Alterum genus est, in quo etiam de certi hominis viuentis hereditate idem inter nos paciscimur. attamen nihilo secius pactionem valere placet. Etenim qui ad impuberis arrogati hereditatem vocantur, hi ita recte stipulantur ab arrogatore, quidquid ex hereditate impuberis huius ad arrogatorem peruenerit, sibi restitui, *l. non aliter. ff. de adopt.* Similiterque valet stipulatio, cum a venditore, qui seruum, quem vendiderat, manumisit, stipulatur emtor, quidquid ex successione liberti ad venditorem peruenerit, *l. si quis seruum. ff. de actio. emt.* 3

Sed † pro certo infinite de incerti hominis hereditate pacisci licet eo modo, quo supra diximus, vt recte Accursio, & Bartolo videtur. Neque haec constitutio aduersatur. Pertinet enim ad eam pactionem, in qua 4

certi hominis, designatur hereditas. quod apparet ex iis verbis, quę sunt in initio, *si ille fuißet mortuus*. Itē ex illis, *quare enim quodam viuente de rebus eius quidam paciscuntur?* Et ratio differentiæ est in promtu. Licet enim quærere de his, qui de certi hominis hereditate paciscuntur; cur hi de huius hereditate paciscuntur, nisi iam de huius morte aliquid moliti sunt, vnde & de eius hereditate iam spem aliquam conceperunt? Idque est, quod Iustinianus in hac constitutione quęrit. At nihil istius licet suspicari aduersus quempiam; vbi nemo homo aperte designatur, de cuius morte, & hereditate paciscentes cogitent.

5 Quod † autem & de certi hominis extranei hereditate pactionem inter nos interpositam valere legimus: in iis caussis, quas retuli, & si quæ sunt similes, locum habet. Ne ad eas quidem hæc constitutio pertinet. Quod vt planius intelligatur, sciendum est, hac constitutione tum improbari pactionem de viuentis hereditate, cum hi paciscuntur, quibus sine pactione illa hereditas non deberetur ab eo, cum quo conuentio de hereditate communicanda interponitur. Tunc enim & de his licet quærere, quod quęrit Iustinianus; cur hi de hereditate, quæ scilicet ad eos redire non debet, paciscentes conueniunt? Adde, quod isto modo de alieno iure isti paciscuntur, nō de suo: At si quis paciscatur eam hereditatem sibi restitui, quæ & sine pactione ipsi deberetur, recte paciscitur, eaque pactio seruanda est. paciscitur enim de iure suo, non alieno. & cum eius intersit hereditatem ipsi reddi, quæ ei debeatur, stultum est de eo quęrere, cur de ea paciscatur. denique nemo dicet hereditatem eam promitti contra bonos mores, quæ iam per se iure debeatur. Iam vero in duabus caussis, quæ supra a me propositæ sunt, is qui paciscitur de hereditate sibi restituenda, paciscitur de ea, quæ & remota cautione illi præstanda fuerit. Heredibus enim impuberis arrogati hereditas impuberis debetur, etiam citra stipulationem, *l. his verbis in fin. ff. de adopt.* Et emtori, cui seruus venditus non traditur, omnia actione ex emto præstanda sunt, quæ emtor habiturus esset, si seruus esset illi traditus. consequeretur autem eius serui hereditatem, si eum acceptum, & suum factum manumisisset. Quid mirum igitur, si quod citra pactionem illi deberetur, etiam interposita pactione illi iure debeatur? Ceterum in ea pactione, quę est de re, quæ nulla ex caussa nobis debeat restitui, omnis erit inutilis pactio. Hæcque ipsa est, quam hæc constitutio improbat.

6 Hic † occurritur ex *l. 2. §. illud potest. ff. de hered. vel actio. vend.* Quia enim illic scribitur, substitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime, si ea iam delata sit: ex quo intelligitur valere eam venditionem, seu iam impuberis hereditas delata sit, seu non sit: inde colligi putant, etiam viuentis impuberis hereditatem recte vēdi. Quod vitiose colligitur. Potest enim impuberis hereditas vendi, etiam quæ non sit delata: vt puta, si vendatur pendente conditione, sub qua heres substitutus est impuberi: sed ita dum sit hereditas. quod ita fit, si impubes sit mortuus: nam viuentis nulla est hereditas, *l. 1. ff. de hered. vel act. vend.* Quare manebit hæc sententia constitutionis; si quidem paciscamur inter nos de hereditate certi hominis viuentis, quę hereditas eiusmodi non sit, vt iure certo ad nos redire debeat: atq; ita paciscamur, vt cū illa obtigerit, eam alteri restituat, aut cōmunicet cum eo: huiusmodi omnem pactionē sine exceptione hac constitutione improbari.

Notandum † quod de viuentis hereditate hic constitutum est, idem placere, etsi de mortui hereditate transigatur, agaturue, qui vtrum viuat, an mortuus sit, ignoretur, *l. nec nos præterit. ℸ. de postl. reuers.* Adiecit Iustinianus rationem. 7

Quia † sit genus hoc totum cōtra bonos mores: illic, *Secundum igitur*. quæ ratio videtur animaduertēda esse non minus. Age enim, quæ hic sit pactio, cōsiderem⁹. nempe hæc est; quæ hereditas tibi ab illo obuenerit, eam mecum communicabis. At quid hac pactione tibi, aut mihi acquirit? Nam is, de cuius bonis agitur, te heredem instituet, si volet: inuitus non cogitur, ita fit, vt neq; tibi hæc pactio quidquā amplius afferat, quam ante, neq; etiam mihi. Quod si ita est, nulla res est, quæ suadeat eius vitæ insidiari, ex cuius morte nihil commodi ostenditur. proinde etiam non est pactio superior contra bonos mores, *d. l. de fideicōmisso. ℸ. tit. seq.* Et dicēdum est, si ego nullam antea spē conceperim fore, vt ea hereditas redeat ad eum, cum quo pactus sum: ex ea pactione nihil mihi esse posse commodi: eoq; eam pactionem non inuitare quemquam ad delinquendum. Sed si quam spem iam ante conceperim de eo, quasi hereditas ad eum, cum quo paciscor, redeat: non dubium est, quin si certum sit, me aliquam partem ex ea esse laturum, ego si me amē vt homines solent, optaturus sim, vt is, de cuius bonis agitur, quamprimum moriatur, quo celerius eius bonis potiar: quod inuitamētum est ad illius vitæ insidiandum. Hanc vero spē concepisse me, cū ita paciscor, credibile est. Cur enim ita paciscor, inqt Iustinianus? quasi diceret: non temere est, neq; hoc fit a quoquam, nisi qui ea pactione iam nunc velit sibi consultum. 8

Ad † extremū obseruetur, quid Iustinianus hic excipiat. nempe superiorem pactionē ita vult non valere, nisi is, de cuius bonis agitur, consentiat & in ea voluntate ad extremum vsque vitæ spatium perseueret. Quæ exceptio prima fronte videri potest valde reprehendenda, duabus de caussis. Vna, quod si, cum paciscor, vt si hereditas Lucii Titii ad te peruenerit, eam mecum communices, ea pactio ignorante eo, de cuius bonis agitur, non valet, quasi sit contra bonos mores, & ei, cuius de re agitur, perniciosa: multo minus valere debeat accedente eius consensu: ob eamdē illam caussam videlicet, quia hoc consensu spes paciscentium confirmetur, & periculum consentienti augeatur. Nam quo plus sperabunt paciscētes, eo magis audebunt aduersus eum, ex cuius morte sperant aliquid. Altera est, quod qui ipse pacisci de re aliqua non potest, is aliis de ea re paciscentibus consentire non potest. *l. si fundus. §. 1. ff. de pig. l. si minor. ff. de verb. obl.* De quibus hæc habeo quæ respondeam. Primum falsum est confirmari hoc consensu spem paciscentiū: cum hic consensus non magis obliget cōsentientē, vt paciscentes heredes instituat, quam ante fuit obligatus. Periculum autem, quod dicebamus consentienti augeri, non modo illi non augetur, sed etiam maxime minuitur. quæ caussa fuit exceptionis. Etenim si is, de cuius bonis agitur, sibi quid metuat a paciscentibus, licet ei euitare testando se illis iam amplius non consentire. quod facere is non potest, qui ignorat pactionem de suis bonis esse interpositam. Quod autem dicitur eum qui ipse pacisci nō potest, nō posse aliis de ea re paciscentib. cōsentire: ad hanc speciē non pertinet, in qua is, de cuius bonis agitur, assentitur ei, qui promittit illius hereditatem sub conditione, si ea ad promittentē venerit. sub qua cōditione quiuis hereditatem 9

tem suam alteri impune promittat. At enim hereditatem suam quiuis alteri promittat frustra, si promittat absolute. & alii eam absolute promittenti frustra, consenserit. Ita est: sed neutrum horum in proposito factum est.

10 Hactenus † constitutio, in qua cum ea tantum pactio improbetur, quæ est de viuentis successione obtinenda, & quidem ideo, quia sit contra bonos mores: non temere alicui pactio contraria confirmari videatur, qui successioni futuræ renuntiat heres futurus. vel hoc nomine, quod si illa sit contra bonos mores, quia propter spem commodi inuitet ad delinquendũ: hæc posterior contraria de caussa non sit contra bonos mores, quia hanc ipsam spem lucri adimat. Quod ne quis existimet deceptus dissimilitudine rerum, & huius constitutionis ratione: monendi sumus & hanc ipsam pactionem posteriorem legibus improbatam esse, *l. pactũ. C. de col. l. vlt. ff. de suis & legi.* Quæ iam res nobis præbebit quærẽdi occasionem, cur & hæc, quæ sit non dico in tam dissimili caussa, sed etiam plane cõtraria, nihilo magis quam prior, admittatur. Quod si ab hoc loco alienum forte esset quærere: tamen cum de vi pactionis in hac specie agatur (quæ propria est huius tituli quæstio) non fuit hoc titulo prætermittẽdum. Nullus autẽ opportunior de eo tractandi locus, quam vt, in quo de vna specie pactionis, quæ est de viuentis hereditate, tractatur, in eo & de altera specie per occasionem disseratur. Vt igitur ad rem redeam, cum dos filiæ ita datur, ne quid aliud ex hereditate patris speret, neue quem habeat ad bona paterna regressum, *d. l. pactũ. C. de collat.* & generaliter cum paciscitur quis, ne quid vnquam vindicet de hereditate eius, qui nunc viuit: non est quidem ea pactio contra bonos mores: sed est contra leges. & ob id pariter inutilis, vt superior. Parumq; retulerit, vtrum filius sit, qui paciscatur, an extraneus: de hereditate legitima agatur, an de testamentaria. Aut enim hic agitur, ne sim tibi heres, quamuis sim tibi proximus cognatus ab intestato, vel a te sim testamento institutus: aut cum sim heres, hoc agitur, ne possim partem meam a reliquis heredibus vindicare: aut vt me illam possidente, eam illi mihi possint auferre. Primum quidem certe nulla pactione effici potest. Efficiatur enim hoc prius, ne sim tibi cognatus proximus ab intestato, aut ne sim abs te iure institutus. tum deinde hoc sequetur, ne possim tibi esse heres. Quod si abs te ero institutus, aut tibi intestato ero cognatus proximus: vt primum ostendero me heredẽ esse velle, ius me heredem facit, *§. item extraneus. Inst. de hered. qual. & dif.* quod cum faciat, quo minus sim iure heres, nulla pactio efficiet. non tam ideo, quia iuri repugnet, quam quod natura non patiat, vt quod factum est, infectum fiat. Sed fiet fortassis pactione, ne sim tibi cognatus, aut ne sim a te institutus, cum sim reuera. Vtrumq; multo minus: quia priore pactione ius naturæ mutetur, *l. ius aũt. ff. eo.* posteriori etiam natura aduersetur ob eam caussam, quam paulo ante dixi. Sed fingamus testamentum a te esse factum, quo sum exheredatus, aut præteritus ita, vt si pactio nulla esset, possem de testamento tuo tanquã inofficioso queri. Num si pactus sim, ne de inofficioso agã, aut ne iudicia tua inquietem, valebit pactio, nihilque obstabit? nullo modo, non magis quam superiores. Hoc quidem de filio diserte cautum est constitutione Iustiniani, *l. si quando. §. 1. C. de inoff. test.* Sed vt non sit hæc constitutio, aut cum sit, ne forte intra hoc exemplum consistere existimetur: ius ita constitutum est, ne filii, & ii omnes, quibus lex relinqui iubet, aut quos iubet exheredari, remoueãtur ab hereditate, nisi meritis de caussis, *l. vlt. ff. de bonis dam. Nouell. 115. vt cum de ap. cog. §. ad hæc aliud capitulum.* contra quod ius fieri palam est, si ego paciscar, vt etiam sine iusta caussa ab hereditate remouear; ac proinde frustra paciscor. Sane si filius tantum acceperit a patre, quantũ ei sufficit ad quartam natura debitam, ea lege ne iudicia patris inquietaret, excluditur a querela inofficiosi, *l. si non mortis. ff. de inoff. test.* Item & eum filium emancipatũ, qui a patre tantundem accepit, quantum supra dixi, & eadem lege, placet si iudicia patris inquietet, exceptione doli repelli, *l. 1. §. si parens. ff. si a paren. quis manu. fuer.* Sed neutrobi excluditur filius propter pactionem: sed quia quartam portionem debitam accepit. Ius autem ita est, vt quarta querelam excludat, etiam citra vllam pactionem, *l. Papinianus. §. si quis mortis. ff. de inoff. test.* Ita fit, vt ad hoc, ne sim tibi heres, omnis pactio, vt est cõtra ius, ita sit & inutilis. Restat, vt hoc putemus effici posse pactione, vt cum constabit me heredem esse, tamen aut non liceat mihi hereditatem vindicare a reliquis heredibus tuis, aut aduersus eos retinere possessionem. Quorum vtrumque æque iure inutile. Nam priore pacto hoc agitur, vt heredibus tuis exceptionem acquiras vltra, quam sunt heredes. posteriore, vt in quo non sunt heredes, acquiras actionem. quorum neutrum licet, *l. continuus. §. vlt. ff. de verb. obl. l. auus. ff. de eo.* Scilicet, quia regulæ iuris vetant nos extraneis quidquã acquirere, *l. 1. C. per quas pers. nobis acq.* Plane ergo, & in omnem euentum ea pactio, qua hereditati viuentis renuntiamus, nullius momenti est: quia vbique sit contra vim, & auctoritatem legum.

Quod † si verum est, frustra ad eam confirmandam 11
iusiurandum accedet: vt de omnibus constitutum est, quæ iure non fiunt, *l. non dubium. C. de legibus. l. iuris gentium. §. si paciscar. ff. eo. l. si inquilinos. §. vlt. ff. de leg. 1.* Iusiurandum enim res sacra est illa quidem: sed qua ad impugnandas bonas leges abuti non debemus. Quid, quod iusiurandum pactionis superioris confirmandæ caussa adhibetur? Pactio autem nulla: certe iure perinde habetur, quasi nulla esset, *d. l. non dubium. C. de legib.* Nullum igitur iusiurandum. Quæ enim potest esse res, quæ confirmet, vbi nulla est, quæ confirmetur? Et quamuis concederemus, eum qui iurauit, non recte facere, si contra iusiurandum veniat: tamen ea res nihil patrocinaretur aduersariis. Non enim potuerunt iurantis partem vindicare, nisi habuerint actionem: nec aduersus vindicantem retinere, nisi habuerint exceptionem iure comparatam. quorũ neutrum illis potuisse a defuncto acquiri supra ostendimus. Hoc eo disputo, quia omnes concedunt nõn esse obligatorium contra bonos mores iusiurandum, *cap. non est obligatorium. de reg. iur. in 6.* Sed non idem admittunt, si qua pactio sit tantum contra auctoritatem legis, modo de re priuata. qualis est ea, qua renuntiatur hereditati viuẽtis, aduersus quam sententiam putaui hic obiter nos esse confirmandos.

## Compendium in titulos ff. & C. de Pactis.

### SVMMARIA.

1 *Pactum quid.*

2 *Pactum & consensum interuenisse quibus rebus arguatur.*

3 *Pactum cum vna persona, aut in vna re, aut ad certum tempus factum ad alias personas, alias res, aut aliud tempus non pertinere.*

4 *Pactionem generalem ad eas species de quibus actum non est, non pertinere.*
5 *Pacta quædam in rem esse, quædam in personam. diuisio quem ad vsum referri debeat.*
6 *Pacti vis cum ad exceptionem tum ad actionem.*
7 *Pactum dolo malo factum quodnam.*
8 *Pactum quod contra leges, & ex legibus.*
9 *Pactum quo iuri alieno detrahitur, per omnia contra ius esse, & huius pacti species.*
10 *Pactum maioris partis creditorum hereditariorum, quando aliis, & quibus noceat.*
11 *Pacisci alteri vt illi actio acquiratur, iure non licere.*
12 *Quorum pactio, quibus & quando prosit ad exceptionem*
13 *Quibus de rebus quamuis priuatis pactio contra ius, eoq; inutilis.*
14 *Pactum quod contra bonos mores.*

SED iam quæstionem hanc totam de pactis in pauca conferamus: vnde cum de quauis pactione controuersia inciderit, quid quæsito & obseruato sit opus facile & sine vllo errore sumere liceat. Cum de pacto inter aliquos agitur, prima hic, vt in aliis rebus quæstio est, *an sit pactum.* Nam si non est, frustra *quid valeat, & an seruandum sit,* quæritur. Hæc quæstio definitione verbi perspecta explicabitur. Quibus enim in caussis definitio rei inerit, iisdem & rem, id est, pactum inesse necesse est,

1 Pactum † est, duorum, pluriumue in idem placitũ atque consensus. *l. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollic.* Quapropter inter quos hic consensus est de re, inter eos & pactum esse intelligitur.

2 Iam † vero consentire nos non tantum verbis & oratione nostra, aut nutu, & aliis indiciis voluntatis ostẽdere possumus: sed etiam re aliqua, & facto. quod toties accidit, quoties id quod facimus, tale est, vt nisi prius illud placeret, quod voluisse dicimur, hoc quod proponitur factum, non faceremus. cuius generis cõplura exempla collegimus *ad d. l. 2. s. de pact.* Id si ita est conficitur non minus ibi pactum esse intelligi, cum quid nobis placeret, tacite eiusmodi re aliqua significauimus, quã cum idẽ verbis, & aperte declarauimus. Quomodo enim consentias, vt consensus sit, ad rem nihil interest. Merito igitur vbicumque verbis nuncupatæ conuentiones nos tenent, ibi & quæ tacitæ erunt, nos tenebunt, *l. 2. 3. 4. ff. eo.* Sed, vt si cõsensus est, pactum est: ita in omni pactione quatenus sit consensum, diligenter animaduertendum est. Necesse est enim, quo consensus non peruenit, illic ex eadem definitione pactum non esse.

3 Hæc † cautio & ad personas eorum, quibuscum paciscimur, ne petamus, & ad res de quibus paciscimur, & ad tempus, quo quid paciscimur, generaliter pertinet. Sic enim fit, vt neque pactum cum vna persona, aut in re vna factum, aut in alia persona, aut alia re nocere possit, *l. si vnus. §. ante omnia. ff. eo.* neq; cui certa quantitas, quo ad viueret, is, qui pręstaturus erat, pacta est, hic produci ad perpetuam præstationem id pactũ queat postulare, *l. epistola §. vlt. ff. eo.* scilicet, quia extra personam, rem, & tempus pacto comprehensum nec consensus, eoque nec pactum intelligitur.

4 Quin † etiam ob eamdem caussam, quamuis verbis generalis erit conuentio, ne cum aliquo agatur: tamen in his rebus pactio nõ nocebit, de quibus actum aut cogitatum, id est, consensum non fuerit, *l. tres fratres. l. emtor §. Lucius ff. eod.* Adeo in hac re solum consensum spectamus.

5 Huc † illa diuisio pactorum referri debet, quod quædam in rem esse dicuntur, quædam in personam. *l. iuris §. pactorũ. ff. eo.* Eo enim instituitur hæc diuisio, vt norimus, quæ pacta de re ipsa tota fiant, quisquis eam debebit: quæ contra ad personam tantum eius, cum quo agitur, referantur. scilicet, quia quæ huius generis sunt, personam non debeant excedere vel propter consensum.

6 Cum † constabit aliquid pactum esse: tum deinde de vi quærendum est. Id ex edicto prætoris statuetur, Pacta conuenta prætor seruaturum se pollicetur. Et si quidem eo pertinet pactum, ne quid ab aliquo petatur, conuenit pactum omne ad exceptionem prodesse, quandocumque sit interpositum, id est, siue in cõtinenti & in re agenda, siue postea & ex interuallo, *l. iurisgentium. §. sed cum nulla §. quinimmo. ff. eo. l. in bona s. eo.* Quod si quid cui pacto promissum erat, iam hic non continuo ex pacto licet agere. Quinimmo ita generaliter definitur, ex pacto actionem nõ nasci. quod quomodo efficiatur, cum præter edicti verborũ sententiam definiri videatur initio huius tituli a me demonstratum est. Id tamẽ sic accipitur, si nihil nisi conuentio sit ad dandum, aut faciendum, &, vt dicitur, si pactum nudum sit. Ceterum si caussa subsit præter conuentionem, constat illic tamquam ex negotio ciuili gesto nasci ciuilem præscriptis verbis actionem. quod quale sit, abunde a nobis supra dictum est *ad l. legem s. eo. vide l. iurisgentium. §. 1. & §. sed cum nulla ff. eo.* Est tamen vbi pactum ipsum actionem formet. Id etiam cuiusmodi sit, exposui *ad l. bona. s. eo.* Sed in omnibus quæcumque vel ad actionem, vel ad exceptionem seruat prætor exceptio edicto est adiũcta; si neque dolo malo, neque contra leges, neque contra bonos mores facta sint.

7 Dolo † malo pactum quid esse definiemus, cum quis quid ideo pactus est, ꝙ caussam, cur pacisceretur putaret esse: vt autem putaret, machinatione, & impulsu aduersarii, aut malitiosa dissimulatione factum est, cum ille paciscentem errare sciret, & pateretur. Exempla habes *in l. tres fratres. ff. eo. l. cum posteaquam s. eo vbi diximus.*

8 Contra † legem est id pactum, in quo fieri paciscimur, quod lex vetat: vide. *l. pacta, quæ s. eo.* Prope autẽ ex legibus esse omnia recte dixerimus, quibus quisq; de re priuata & ad ius suum pertinente paciscitur: siue quam det, siue quam pacto remittat. In vniuersum enim iuris sui persecutionem aut spem futuræ perceptionis licet vt meliorem, ita & deteriorem constituere, *l. pactum. ff. eo. l. si quis in conscribendo. s. eo.* Contra autem his exceptis, quæ turpitudinem adiunctam habent, & contra bonos mores fiunt, illa fere sola sunt, quæ leges improbent, quibus homines de re, quę sui iuris non sit, aut quæ sit aliena, paciscuntur. Et hæc quidem improbantur legibus omnia, non tantum si pacto quid detrahatur alteri: sed etiam si id agatur paciscendo, vt quid alteri acquiras, cuius iuri non sis subiectus.

9 Illa † quidem, quibus alteri quid detrahatur, semper: quia omnino iure naturæ non liceat alterius conditionem facere deteriorem, *l. soluendo. ff. neg. gest.* hinc illa de iure publico: non esse seruanda ea pacta quæ ad publicam læsionem pertinent, *l. iurisgentium §. si paciscar. ff. de pact.* &, ius publicum pactis priuatorum mutari non posse, *l. ius publicum. ff. eo.* & illa de iure priuatorum: neque filium, neque seruum paciscendo quidquam detrahere patris dominiue obligationi

tioni. *l. seruus. l. filius.* §. *eo.* ne curatorem quidem adolescenti, aut tutorem pupillo nocere, si quod certo deberi potuerit, pacto remittant. *l. pactum curatoris* §. *eo.* item, debitorum pactionibus creditorum petitionem nec tolli nec mutari posse, *l. debitorum. l. pactum successorum. l. 2.* §. *eo.* Sed hæc ideo, quia huius generis pacta ad ius suum alteri detrahendum comparata sunt. quod & naturæ iure, & præceptis iuris ciuilis facere prohibemur. *l. iustitia. de iust. & iur.*

10 Est† plane, quod in vna specie in persona creditorum hereditariorum non sine magna caussa hic excipiatur. quod a me prætermissum *ad l. debitorum.* §. cũ præcipue ad eum locum pertineat. hinc assumi poterit, si quis vult, quod eo transferatur. Nam cum heres, qui vocatur ad hereditatem debitoris, æs alienũ metuens ita se instituit, vt nolit hereditaté adire aliter, quam si a creditoribus sibi cauerit eos certa parte debiti contentos fore: placuit, si maior pars creditorum omnium nomine de eo paciscatur, dum ceteri aut absunt, aut præsentes dissentiunt: placuit, *inquam* idque ita constitutum est, hanc pactionem non tantũ nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti nõ sunt, qui modo hypothecas non habeant, *l. 7. §. vlt. in fi. l. rescriptum. ff. de pact.* Quod quidem summa, & euidenti æquitatis ratione constitutum est, & ita, vt verbis quidem contra ius, quod superius posuimus, fieri videri possit: re vera ex sententia & ratione eius iuris maxime constitui intelligatur. Nam cum paciscentium intersit hanc pactionem seruari: heredis quidem, cui de hereditate hoc modo consulitur, creditorum autem paciscentium, qui eo modo aliquid consequũtur: tum vero non minus id ad vtilitatem ceterorum creditorum pertinet, etiam qui pacti non sunt: ne forte querantur sibi in eo iniuriam fieri, & inuitis quod suum est, contra ius adimi. Hac enim pactione assequuntur & ipsi vt partem aliquam debiti saluam habeant, quibus absque ea pactione fortasse futurum erat, vt totum amitterent, aut certe de eo in dubium venirent: quia hereditate non adita, neminem haberent, quem possent conuenire. Est auté longe æquissimum omnibus, præsertim qui sibi vigilarint, consuli, quo ad eius sine cuiusquã alterius damno & iniuria facere liceat. quanto æquius id ita seruari; si etiam hoc commodum cum aliorum commodo coniunctum erit? Sed in eo, vt dixi, hæ sunt cautiones. Primum omnes creditores in vnum conuenire oportet, si fieri potest, & cõmuni consensu declarare, quota parte debiti contenti sint. qui si præsentes dissentient, prætor sequetur maioris partis volũtatem, *d. l. 7. in fin.* Quod si quidam aberunt; prius quidem euocandi sunt per prætorem, vt sciatur, num veniant, & quid ad consentiendum aut dissentiendum afferant. Sed si quæsiti aut non reperiantur, aut non veniant, multo magis exemplum præsentium absentes sequi debent. *d. l. rescriptum. in prin.* Præsentium, *inquam*: sed vbique hac lege, si maior pars creditorum de eo constituerit. Vnde quæsitum, & quos creditores hic accipi conueniat, & maiorem partem vnde æstimemus, vtrum ex cumulo debiti, an ex numero personarum, *de quo in l. creditores. l. creditorũ. l. vt si cui. ff. de ver. sig. l. maiorem & l. si plures. ff. de pact.* Sane aliorum conuentio his creditoribus non nocet, qui hypothecas iure constitutas habent, *d. l. rescripum.* quod & ipsum recte exceptum est. Est enim iniquissimum propter aliorum pactionem, & hereditatem ab herede aditam iis quidquam de iure suo detrahi, qui & nulla pactione interposita, & omnino hereditate non adita, nihil de suo iure amissuri fuerint. Siue quis enim heres exsistat, siue nõ exsistat, semper creditores hypothecarii hypothecas suas habent, quas vel possidentes iure suo distrahant, vel amissas a quouis possessore persequantur, & auferant hypothecaria actione. Prout igitur his aliorum pactione adimitur quid, aut adiicitur, ita placet eam illis aut non nocere, aut nocere. hic quia contra ius non est nocere: illic contra. At non minus & illud contra ius est, pacisci & contrahere alteri, vt illi actio, aut exceptio acquiratur. Itaque hic quoque pactio de re priuata nullius est momenti.

Nõ† posse nos cuiquam ita pacisci, vt illi quæratur actio, diserte scriptum est *in l. quacumque gerimus.* 11 *ff. de ob. & act.* An etiam paciscendo alteri exceptionem acquirere non possimus, plusculum habet difficultatis: cum si illa cuiquam per nos acquiratur, non acquiratur, nisi debitori: ad quem liberandum proniores esse debemus, *vt est in l. Arrianus. ff. de obl. & act.*

Sed† regula iuris generaliter scripta est, quæ per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non est, 12 quidquam nobis acquiri vetat, *l. 1. §. per quas pers. nob. acq.* quibus verbis etiam prohibet acquiri exceptionem. De quo qa non pauca verba fiunt sub hoc titulo in Digestis, ideo quam summam illa habeant, paucis indicabo. Et siquidem prius quis sibi pactus sit, nihil vetat interdum id pactum etiam prodesse alteri. Quo loco ita præcipitur, *omnem pactionem, quæ de re paciscentis interposita est, etiam illis prodesse, quorum obligationem dissolutam esse, eius qui paciscebatur, interest: vt fideiussoribus.* Nam hi si conueniuntur, prope est, vt ipse, qui pactus est, videatur conueniri, a quo illi postea quod soluerint, mandati iudicio exigent: vt hoc modo non tam videatur fideiussoribus exceptio, quã paciscenti prodesse, *l. & heredi. §. vlt. l. fideiussoris. in fi. l. quod dictum. ff. de pact.* Quod si quis recta paciscatur alteri, *id est*, non vt ne a se, sed ne a debitore petatur: si quidem ei paciscatur, cuius in potestate sit, vt domino aut patri, his vt cetera, sic & pacti exceptio per illum acquiretur, sin minus non acquiretur. *l. si tibi. §. si pactus sim. & §. vlt. cũ ll. seqq ff. eo.* Sane vt ꝓcuratoris cõuentio nobis nocet, si aut mandauerimus ei, vt pacisceretur, aut omniũ bonorũ sit procurator: ita eius conuentionem placet nobis prodesse. *l. rescriptũ. §. vl. & tribus seq. ff. eo.* Hactenus tamen, vt huius cõuentio ad doli prosit, nõ ad pacti exceptionem. *d. §. vlt.* Quod ita veteres cõstituerunt, dũ cauent, ne quid nobis per eum videatur acquiri contra regulam iuris. Exceptio enim doli non tam ex facto procuratoris nobis nascitur, quam ex dolo creditoris nostri: quem certum est dolo facere, si id petat, quod procuratori nostro, id est, pene alteri domino, & quidem nostro nomine remiserit. Quod si procuratoris pactio nobis nocet, æquum est, & eam, cum nobis paciscitur, nobis prodesse. In eadem caussa habetur pactum magistri societatum, item tutorum & curatorum, *l. item. & seq. ff. eo.* His exceptis pactum in alterius personã collatum, ne ab ea petatur, ne ad doli quidem exceptioné proderit. quod adeo verum est, vt ne heredi quidem postea facto prosit, *d. l. si tibi. §. si pactus sim.* Quippe ab initio inutile pactum fuit, ideo ex post facto confirmari non potest, iuxta regulam iuris. *d. §. si pactus. l. quod initio. ff. de R. iur.* Quod tamen de herede sic accipiendum est, nisi ab initio nominatim heredi, aut tãquam heredi quis pactus fuerit. heredi enim consuli cõcessum est. Ac videtur quis alicui tanquam heredi pactus

esse, cum ille, cui paciscitur, non potuit id, de quo cautum est, debere aliter, quam si paciscendi heres esset. exemplum habes *in l. auus. ff. de pact.* Plane si reus ipse pactus sit, ne a fideiussore petatur, etiam fideiussori exceptio dabitur. Illi enim dando, ipsi reo potius videtur consuli: cum fideiussore liberato hactenus & reus mandati obligatione a fideiussore liberetur, *l. si vnus. §. si cum reo. ff. eo.* Sunt ergo, vt dixi, omnia pacta cōtra leges, quæ fiunt de re aliena: ac proinde nullius momenti, siue iis id agatur, vt suum alteri adimas: siue illud, vt quid illi acquiras, vbi eius iuri subiectus non sis: contraque secundum leges fere omnia, quæ fiunt de re priuata nostra, & familiari. Sed & in hoc genere quædam excipiuntur.

13 Sunt † enim priuata quædam iura, quæ natura & facto aliquo semel constituta perpetua sunt, nec vllo modo finiuntur. Hæc contra ius sit pacto finiri, quæ ius velit esse perpetua. Tale est ius sanguinis. Inde dictum, ius agnationis non posse pacto repudiari non magis, quam vt dicat filius, qui suus sit, se nolle suum esse, *l. ius autem. ff. de pact.* Sunt, quæ constituta finiuntur tantum certis modis, inter quos si pactum non sit, frustra id agitur, vt pacto finiantur: quia contra ius. Huius generis est ingenuitas, libertas, seruitus & similia. Vnde recte placet nō posse pacto effici, vt ne sit liber, vel ingenuus, qui liber, aut ingenuus est, aut vt seruus ne sit seruus, *l. ingenui. C. de ing. ma.* Ex eodem genere est dominium, & (quod idem est) ius de re statuendi, vt velis. Hoc ius pacto nec finitur, nec adimitur cuiquam, *arg. l. obligationum fere. §. 1. ff. de obl. & act. l. nemo. ff. de leg. 1.* Proinde nec eius iuris vllæ partes. Non mirum igitur, si illud a Pomponio dictum sit, neminem paciscendo efficere posse, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino inuito prædium alienet, *l. penult. ff. eo.* Nam hæc eius iuris partes sunt, quod diximus. Quid ergo, si in traditione rei nostræ hæc lex dicta sit a nobis, ne ab eo qui accipit, alienetur; Nam hac conuentione tum interposita non tam ius alienandi adimi domino videtur, quam ab initio non dari. Et placet ne hanc quidem conuentionem facere, quominus nouo domino rem suam alienare liceat, *l. ea lege. C. de cond. ob caus. dat.* Non iniuria. Cum enim in re danda placeat, vt qui accipit, efficiatur dominus rei, si hoc adiicitur, ne ei liceat rem suam alienare, perinde est, quasi hoc conuenerit, vt qui dominus est non sit dominus. quæ pactio vt contra ius & naturam ipsam, non minus improbanda est. Sunt etiam quædam res, quas quamuis priuatas, lex vetet alienari: qualis est fundus dotalis. Ideo de hoc pacisci, vt rata sit alienatio, non licet, *tit. Inst. Quib. al. lic. vel non. l. non dubium. C. de legi.* Iam vero & inter priuata ea, quę pacto remitti possunt, ea conditione habentur ex constitutionibus alimenta testamento relicta, vt si quis de his velit transigere, non aliter transactio rata sit, quam si facta sit auctore prætore iuxta formam præscriptam *in l. cum hi. ff. de transactio.* de quo & cautum est *in l. de alimentis. ]. prox. titul.* Postremo & personis ipsis interdum lex interdicit rerum suarum administrationem. vt pupillis & prodigis. Hi si quid pacto remittant, contra ius faciant, eoque eiusmodi pacta rata non habentur. ceterum eos paciscendo sibi acquirere nihil vetat, *l. contra. ff. de pact. l. obligari. ff. de aucto. tut. l. is cui bonis. ff. de verb. oblig.* Atque hæc fere summa est eorum pactorum, quæ habentur cōtra leges, & regulas iuris.

Cōtra † bonos mores quę sint pacta, diximus satis 14
ad *l. pacta, quæ contra. §. eo.* Ita vis pactorū intellecta est.

## AD TITVLVM DE TRANSACTIONIBVS C.

### Occasio huius tituli & summa, ac primum quid sit transigere, quid transactio.

SVMMARIA.

1 *Coniunctio horum titulorum de pactis, & de transactionibus, & cur separatim agatur de transactionibus post communem tractationem de pactis.*
2 *Transigendi significatio communis, & vnde verbum ductum.*
3 *Transigere specialiter dictum in hoc argumento; cur proprie ad hāc significationem translatum: & quid sit, quid item transactio.*
4 *Transactionis proprium, litem finire.*
5 *Transactionem nullam esse sine lite aut præsente, aut formidata.*
6 *Transactionem nullam, nisi de re dubia & lite incerta, & quæ rem dubiam faciant.*
7 *Transactionem consensu constare: quo distinguitur a re iudicata & iureiurando.*
8 *Transactionem nullam nisi cum is qui litem remittit, vicissim quid accipit, aut retinet.*
9 *Decidere pro transigere, quid, & cur ita dictum.*
10 *Decisio litis interdū dicta litis abscissio, & amputatio.*
11 *Pactio atq; cōuentio genus: trāsactio species pactionis.*
12 *L. 1. ff. de transact. explicata.*

POSTQVAM † pretor pollicitus est se pacta cōuenta seruaturum, consequens fuit, vt transactiones bona fide interpositas seruaret. Nam & hæ constant, & valēt consensu, *l. non minorem. ]. eod.* Sed in his proprium aliquid, quod partim dissideat a reliquis pactionibus, partim etiam videatur dissidere. Eo separatim de his ius constituitur, quod sub hoc titulo in Digestis, & Codice proponitur. Sed de eo paulo post, si prius quod ad omnem hanc quæstionem pertinet, quid sit transigere, quid transactio, dixero. 1

Et † transigendi, vt est origo & compositio verbi, prima hæc, & generalis significatio est, vt sit transigere idem, quod negotium conficere, expedire, finire: facere, vt nullū amplius sit negotiū. Cic. pro Quinct. *Quæro, qua ratione Neuius susceptum negotium non transegerit.* Loquitur de Neuio, qui bona Quinctii ex edicto cœperat possidere. quęrit, *cur negotium hoc susceptum non perfecerit*, id est, *cur bona non vendiderit.* Idem pro Roscio Com. *Non fuit causa, cur tantum laborem sumeres, aut cur ad me venires: per nuntium, hoc quod erat tam leue, transigere potuisti.* Significatio hinc nata, quod in omni negotio gerēdo est aliquis finis, & quasi meta nobis proposita, ad quam euntes dicimur rem eo agere, id est, ducere. Vnde *agere vitam*, pro viuere: pro quo & *traducere vitam*. Cum autem ad eā metam peruenimus, dicimur negotium peregisse. cū excessimus, tum dicimur transegisse. vt sit (quod verbi compositio indicat, verbum enim factum est a *trās* & agendo) negotium trans metam labori propositam egisse: id autem est, *confecisse*. Et ideo cum intelligi volumus aliquos inter se negotium finiuisse, siue gratis actor litem remiserit, siue pretio, recte dicimus eos negotium inter se transegisse. quomodo loquitur Vlpianus *in l. 1. §. 1. ff. de pact.* 2

Sed † quoniam proprie is rem transagere intelligitur, qui labore & opera adhibita id facit, non is qui 3
sine

sine labore: in lite autem sua sponte & gratis remittenda nullus est remittentis, aut accipientis labor: contra vt aliquid accipiamus ab aduersario, & litem ei remittamus, non fit sæpe sine magno labore & cõtentione: eo factum est vsu loquẽdi, vt verbum commune quod erat, proprium factum sit eius conuentionis, qua litem ita finimus, vt pro eo vicissim aliquid accipiamus. quomodo transigendi, & transactionis verbum accipitur, siue dicamus transigere de re aliqua, siue tãtum transigere, vt hic. Nec mutatur significatio, nisi cum verbum adiunctum, & materia proposita significationem discernit. Ex hoc sensu definiemus hoc loco transigere, vt sit litem dubiam, quæ vel sit, vel in futurum metuatur, cõsensu finire hac lege, vt is, cuius de ea re petitio esse potuit, eam omnẽ litem remittens vicissim quid eo nomine accipiat. Transactio inde dicta aut ea est litis compositio, & diremptio, quæ fit supra dicta lege aut conuentio, per quam supra dicta lege a lite disceditur. Ergo si de natura trãsactionis distincte & explicate dicendũ est, quinq; sunt res, quibus positis, erit transactio: vna aliqua detracta non erit. quas breuiter cõplectitur superior definitio.

4 Primum † volumus esse finire, quod ipsa vis verbi per se satis ostendit, & proprium esse transactionis docetur his rescriptis, *l. caussas. l. interpositas. l. transactione finita. C. eod.*

5 Volumus † autem esse finire litem, *l. 1. ff. eo.* vt intelligamus de negotio quouis transigi non posse, si certum esse cœperit nullam esse posse de eo litem. Hinc illa: post rem iudicatam frustra transigi *l. si caussa. C. eo.* Item de iis controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, transigi non posse, nisi inspectis & cognitis verbis testamenti, *l. de his. ff. eo. de quibus dicam ad l. si ex caussa C. eod.* Hoc loco meminisse oportebit, non sic exigere nos litem, vt oporteat esse motam. Satis est, si esse poterit, & reus ob id dederit aliquid, quia lis metuebatur. *l. 2. C. eod.*

6 Iam † vero & litem remitti volumus dubiam, *d. l. 1. ff. eo.* idcirco, quia si res certa remittitur, donatio est. quę multum distat a transactione, *d. l. 1.* Litem dubiam hæc faciunt: præsentem quidem, aduersarii contradictio, & incertus euentus litis. *l. vlt. C. quib. ad lib. prouo. non lic.* futuram autem aut hæc ipsa contractio, metusue contradictionis aut incertitudo conditionis, ex qua actio futura pendet. Ideo cum fideicommissarius cui quid sub conditione relictum est, pendente conditione spem fideicommissi remittit aliquo præsente accepto, non pacisci dicitur, sed transigere, *l. de fideicommisso. C. eo. l. cum proponas inter. C. prox. tit.*

7 Sed † tria hæc adhuc communia. Nam & rebus iudicatis finiuntur lites, & iureiurando, *l. 1. ff. de re iud. l. 1. ff. de iur.* Proinde quartũ exigimus, nempe vt finiatur lis consensu. Hinc cõsensu terminata pro transactis *in l. interpositas. C.* hinc placitum transactionis *in l. transactionis placitum. C.* Hoc verbo separatur transactio a re iudicata, & iureiurãdo. Iudiciũ enim redditur in inuitum, *l. inter. §. 1. ff. de verb. obl.* & iusiurandũ ab inuito exigitur. si quidem is, cui delatum est iusiurandum, aut iurare cogitur, aut iusiurandum referre, *l. delata. C. de reb. cred. l. manifestæ. ff. de iur.* Consensu lis finitur dupliciter: pacto, aut acceptilatione. vnde totidẽ modis transigi dicitur *in l. 2. ff. de eo.* Quã de re paulo post plura. Sed ne hæc quidem adhuc satis ad transactionẽ. potest enim consensu lis finiri, vt non sit transactio: vt si quis liti dubiæ renuntiet, *l. postquam C. prox. titul.*

8 Adde † igitur quinctum, vt lis finiatur certa lege, certaue conditione, quod expressum est *in l. cõtrouersia. ff. eo. l. si maiores. C.* Conditionem & legem hanc esse volumus, vt qui litem remittit, eo nomine quid accipiat, siue iam nunc ei detur, siue promittatur, *l. trãsactio. 38. C.* Ex quo intelligitur transactionem non esse, nisi tunc, cum actor ita litem remittit, vt neque is totum, quod petit, auferat, neque rursum totum amittat: sed de summa, quę petitur, deciditur aliquid, & quasi decerpitur quod detur actori, vt quod superest, apud reum relinquatur.

9 Hinc † factum est, vt Latinis præsertim autem iuris nostri auctoribus verbum *decidere* vsurpatum sit pro transigere. quod quidem verbum in hac significatione apud Ciceronem est frequentissimum. Is pro Quinctio, *Assem sese negat daturum*, inquit, *nisi prius de rebus rationibusq; societatis omnibus decidisset, & sciset sibi cum eo controuersiæ nihil futurum*. Idem pro Roscio Comœdo: *Dic Flauiũ cum Fannio de Panurgo decidisse, qui nihil transegit*. Et pro Roscio Amer. *Si hanc ei rem priuatim Sext. Roscius mãdauisset, vt cum Chrysogono transigeret, atq; decideret*. Hoc sensu eodem verbo non semel Paulus vsus est, *vt in l. 3. ff. ad l. Falc. l. eius, ff. de rei vind.* Ex quo est litis decisio pro transactione: *vt in l. transactionis. 8. l. sub prætextu instrumẽti. l. si quidem. C.* vt sit decisio, compositio quæ fit de lite. quę cõpositio nihil aliud est, quam transactio.

10 Potest † tamẽ decisio litis in suprascriptis locis proprie sic accipi, vt significet litis abscissionem, & velut amputationem. Nam & litem decidere transactione dicunt Imperatores, ac non tantum decidere de lite, *l. cum proponas. 17. l. nec intentio. 24. C.* quasi dicas, *abscindere, & amputare litem transactione*. Quęsitum est, quid transactio distet a pacto? cui quæstioni & definitio superior, & quidam in speciem repugnantes loci caussam dedere. Intelligitur enim satis ex suprascripta definitione, eum qui transigit, pacisci, & transactionẽ esse pactionem. Rursum hæc tamquam contraria distingui videtur, *in l. 1. ff eo.* Ita enim illic scriptũ est. *Qui transigit, quasi de re dubia transigit: qui paciscitur donationis caussa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Huc accedit, quod toties hæc duo coniũguntur eodẽ loco, pactio, & transactio: transigere, vel pacisci, *l. 1. l. transigere. C.* In quibus coniunctis nõ possumus pactionem interpretari, nisi pactionẽ, per quam res certa remittitur: vt transactionem, per quam remittitur res incerta.

11 De † hac re sic habendum est. Si transigere est, finire litem consensu: consequens est, transigere esse consentire de lite finienda. proinde qui transigit, paciscitur haud dubie, & transactio ipsa pactio est. præsertim cum actor litem remittat: quod nihil aliud est, nisi pacisci se amplius non acturum: reus autẽ aut aliquid promittat, in quo promittendo vt consentit, ita paciscitur: aut si quid dat ipse, hoc paciscatur, ne repetat. Confirmat hoc Vlpianus non obscure *in l. 1. §. conuentionis. ff. de pact.* cum conuentionis verbum generale facit. huius duas species: vnã, qua negotii contrahendi: alteram, qua transigendi negotii caussa aliqui inter se consentiunt. Ita transactionem facit speciem conuentionis. Semper autem genus de specie dicitur. Idem Vlpianus *in l. qui cũ tutoribus. §. qui per. ff. eod.* diserte dicit eum, qui transigit, pacisci. Et Scæuola *in l. 3. ff. eo.* scribit, *transactione nostra alterius ius non lædi*, idq; ex eo colligit, *quod pactionibus priuatorum ius ceterorũ lædi non possit*. quod non recte colligeret, nisi prius hoc posuisset transactionem esse pactionem.

12 Non † aduersatur huic sententiæ distinctio illa Vlpiani, quæ legitur in *l. 1. ff. eod.* Etenim si ita scribit Vlpianus: *Qui vero paciscitur donationis caussa, eum rem certam liberalitate remittere*, vt illa verba, *donationis caussa*, iungantur cum verbo *paciscitur*, non cum verbo *remittit*, res est expedita. Distinguit scilicet non quemlibet paciscentem a transigente: sed eum dumtaxat qui paciscitur donationis caussa. Hoc ita est: *quisquis transigit, nō paciscitur donationis caussa: & qui paciscitur donationis caussa, nō transigit.* Hoc vero modo locus interpungendus est, vt dixi: non vt vulgo ita, quasi diceret Vlpianus, *qui paciscitur, eum remittere rem certam donationis caussa liberalitate.* alioqui alterum ex his erit superfluum. Quid est enim *donationis caussa*, nisi liberalitate: quid *liberalitate*, nisi donationis caussa? Et hoc recte obseruauit, & docuit Franciscus Duarenus *ad l. 1. §. 1. ff. de pact.* Quod autem hæc duo coniunguntur interdum, *pactio, & transactio*; *pacisci, & transigere*, non nego id cum fit, vtrumque pro diuersis, & adeo contrariis accipi. sed hoc fit vsitato more, quo verbum commune, quale est pactio, & pacisci, pro specie poni solet. quod tum fieri intelligitur, cum nomen generis alicui speciei opponitur: vt declaratur verbo *adoptionis*, cum opponitur arrogationi, *l. 1. ff. de adop.* verbo *cognatorum*, cum opponitur cognatis, *l. Iurisconsultus. §. 1. ff. de grad. & aff.*

## Quæ sit vis transactionis, & quā hic prope omnia cum ceteris pactis similia, cum ad defensionem rei, tum ad actionem.

SVMMARIA.

1 *Transactiones seruandas iuxta conditiones edicti de pactis.*
2 *Ex transactione reo quæ liberatio, & defensio.*
3 *Ex trāsactione actori quando, & quæ actio, vt præstetur id de quo conuenit.*

QVOD cum constet, transactionem pactionem esse, & valere ex consensu, deinceps quam vim habeat transactio, & quid de ea iuste dubitetur, quam ob caussam necesse fuerit de ea separatim ab aliis conuentionibus ius constitui, vt erat institutum, videamus. In quo a me eadem opera & transactionis natura, & horum titulorū summa breuiter exponetur. Et quod de vi transactionis semel & in vniuersum dicendum sit, similia fere hic omnia, vel potius eadem, quæ in ceteris conuentionibus.

1 Etenim † si hoc quæritur, *an valeat transactio*, seruari eam generaliter, & eadem conditione reperiemus. Sic enim traditur, transactiones rescindi nō posse, *l. siue apud. 28. j.* Si quid excipitur, hoc excipitur, dū ne dolo malo aduersarii expressæ sint, *l. sub prætextu. 19. j. eo.* non metu extortæ, *l. interpositas. 13. eod.* Itaq; sic res concipitur alibi, transactiones bona fide interpositas rescindi non posse, *l. caussas. ib.* At hæc omnium conuentionum lex est communis, posita edicto superiore. Si hoc quæritur, cum valeat transactio, quomodo seruetur legibus: iam hic profecto nihil plane interest inter transactionem, & conuentiones ceteras. Nam aut reo transactionem seruari volumus agente iterum petitore de eadem re, aut seruari petitori repugnante, & obnitente reo.

2 Reo † tueri non possumus aliter, quam vt aut eum ipso iure liberatum dicamus, itaque cum eo nihil agi posse: aut cum fatebimur teneri eum ipso iure, ei aduersus intentionē, pacti exceptionem demus. Si quidem ita transactum est, vt petitor, quod petebat, acceptum ferret, vis hæc est acceptilationis, vt reus ipso iure liberetur: idque in omnibus caussis valet, *l. 2. l. vt responsum. 15. j. eo. §. item per. Inst. quib. mod. tol. ob.* Sin pactum tantum conuentum interuenit, non hic alia vis pacti, quam in ceteris caussis. nempe non pacto actio iure ciuili tolletur: sed pro communi pactorum lege reo pacti exceptio dabitur, *l. cum proponas. 17. l. si quidem. 24. l. si maior. 36. j. eod.* qua opposita tamen re ipsa reus idem allequetur, *l. nihil interest. ff. de regu. iur.* Quo referri potest, quod Vlpianus scribit *in l. 2. ff. eod.* transactum accipi debere, non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed etsi pactū fuerit secutum. Tutius tamen ipso iure liberatur reus, ne qua iure ciuili supersit actio, quam manente eadem actione per exceptionem defenditur, quæ nisi opponatur, agenti nihil nocet, *vt diximus ad l. creditori. s. de pact.* Eo consultum est in hac specie reis, qui cum agitur, curet se per acceptilationem liberari. quo genere cum eę tantum tollantur obligationes, quæ verbis sunt contractæ, idcirco si quæ alia petitio erit, quam ex verborum obligatione, interponetur prius Aquilianę stipulatio, in quam præcedentes actiones transferantur: sic deinde ipsa perimetur per acceptilationem. Quæ ratio pluribus demonstrata est a Iustiniano *in §. item per. Inst. quib. mod. tol. ob.* Atq; hæc caussa est, cur tam crebra fiat sub his titulis Aquilianæ stipulationis, & acceptilationis transigendi caussa interpositæ mentio, *vt l. 4. l. 5. l. 15. ff. eo. l. 5. l. 4. l. vt responsum. 15. l. vbi. 40. j. eod.* Optimum est etiam, *vt Paulus docet in l. pacto ff. eo.* pacto conuento, aut Aquilianæ stipulationi pœnalem stipulationem adiicere, vt metu pœnæ contra transactionem quandoque non veniatur. Rescisso namq; pacto poterit pœna ex stipulatu peti. Exceptio etiam simul obstabit, si pœna sit promissa. hoc adiecto, vt ratum etiam maneret pactum, *l. pen. ff. eo. l. cum proponas. 17. j. eod.* Pœna simpliciter promissa altero contentus esse debebit reus, aut exceptione, aut pœna, *l. elegāter. §. pen. ff. de cond. indeb. l. rescriptū §. 1. ff. de pac l. vbi. j. eo.*

3 Hæc † reo defensio ad tuendam transactionem. Quid, actori quomodo transactionem seruamus? Sic plane, vti ex edicto superiore conuentiones ceteras. Accepit quid petitor, vt a lite discederet? Id reus non repetet: alioqui repetenti exceptio obstabit: quippe semper ex pacto exceptio nascitur. Nihil accepit, sed actum est, vt acciperet? videndum est, quidnam iuris esset ex ceteris caussis ad agendum si quid pactū esset. Et constat, si stipulatione cautum sit, actionem ex stipulatu fore. si quid autem conuenerit tantum, ita ex pacto agi potest, si caussa subsit præter cōuentionē. si nulla alia caussa sit dandi, ex pacto actio non nascitur. Non mutatur hæc lex in transactione, sed ad vnguem hic quoque obseruatur. Quare pecunia pacto tantum promissa, placet eius pecuniæ nomine actionem esse, si petitor reum ante liberauit iure. quod declaratur exemplo eius, qui remissa transactionis nomine inofficiosi querela decessit. cuius heredibus rescriptum est præscriptis verbis actionem dari, quia nō possent heredes querelam instaurare, atq; ita possessor hereditatis omni ea actione esset liberatus, *l. cum mota. j. eo.* Quo exēplo admonemur, siue hoc modo, siue alio reus sit liberatus ipso iure, id est, ita, vt vetus actio petitori non supersit, veluti si acceptilatio interuenerit, ex pacto agi, & pactam pecuniam peti posse. & recte. Sic enim fecit, id est, in reum liberationem contulit petitor, vt acciperet. In quo negotium ciuile

geri-

geritur: & hinc præscriptis verbis actio, *l. iuris gentium. §. 1. ff. de pact. l. solent. ff. de præsc. verb.* Multo certius idē dixerimus, si petitor fundum, quem ipsius esse conueniret, passus sit manere apud possessorē, vt aliud prædium acciperet: id est, si fundum dederit, vt alium acciperet. quam speciem esse putamus, *l. si pro fundo. 33. ꝫ. eo.* Quod si nulla re, neque liberatione in reum collata hoc solum pactus est actor, nihil se posthac petiturum, & simul conuenit, vt reus ei aliquid daret: placet, quia pactum sit nudum, non magis ex eo agi posse, quam in ceteris caussis ex pacto nudo agi posse diximus. vide *l. siue apud. 28. ꝫ. eod.* Adeo hic omnia cum ceteris conuentionibus communia., quomodo n̄ nascitur actio ex solo pacto cū habeat pactū speciale nomē

vide de re lib 12 ... 10

An vnquam rescindi debeat transactio: siue, quæ faciant dubitationem, cur debeat interdum rescindi.

SVMMARIA.

1 *Errorem rei promittentis dantisue aliquid, vbi nihil debuit, aut actoris remittentis, quod vere debebatur, nihil prodesse alterutri, si aduersarii dolus absit, ad infirmandam transactionem, quo vel ille promisso non teneatur, aut datum repetere possit, vel hic possit idem petere, quod prius; & remotæ variæ ambigendi caussæ.*

2 *Transactione non contineri eas res, de quibus actor nō senserit. hinc defensioni solum locum esse in transactione generali: in qua recte dicitur non contineri eas species generis, de quibus actum non est. siquidem de certis instituta sit actio: alioqui contra.*

QVID ergo opus fuit hoc titulo, quæret aliquis: cum iis, quæ de pactis diximus, res potuerit esse confecta? Duæ potissimum sunt caussæ. vna quia etsi vis eadem est in vtroque genere: multæ tamen res incidunt in transactionem, quæ mouere possint dubitatationem, an ei semper standum sit. aduersus quas oportuit nos diligentius confirmari. Altera, quod pleræque transactiones excipiuntur: aliter atque fit in pactis. Ac de caussis dubitationis res sic habet. De pacto, quod bona fide factum sit, nulla est ideo dubitatio, quia qui paciscitur donationis caussa, nulla re cogente paciscitur, sed hoc animo est, vt siue non debeatur, siue debeatur id, de quo agitur, nolit repetere.

1 In † transactione contra metus litis & rei incertitudo transactioni caussam præbet. vt hoc quidem perspicuum sit, siue reus certo sciret se non debere, nec posse conuinci, siue actor certum haberet sibi deberi, idque posset probare, neque illum quidquam daturum fuisse, vbi nihil deberet, neque hunc de eo, quod certo deberetur, quidquam fuisse remissurum. Hæc res mouet dubitationem videlicet, si quādo veritas rei detegatur, possitne vel hic, quod debet, repetere, aut promissum non dare: vel ille quod remisit, de eo amplius agere. Quid enim dicet reus? Nempe actorem sic petiisse, quasi ipse, vnde petebatur, deberet: se autem ita dedisse, quod litem metueret. Nunc cum certum sit ipsum nihil debuisse, nec potuisse debere: caussam esse nullam, cur pecunia sit apud petitorem: eoq; & tanquam quæ sit apud eum sine caussa, eam condici posse, *l. perpetuo ff. de cond. ob tur. cau. l. penult. ff. de cond. indeb.* Neq; debere sibi nocere, quod volens pecuniam dederit. Huic enim rei errorem caussam dedisse: qui cum ab aduersario sit allatus, illi potius nocere debeat. Et si quidem is esset reus, qui fateretur se aliquando debuisse, nunc autem instrumenta post reperta afferre se diceret, quibus probaret se iam ante transactionem soluisse: posset ei dici de iis instrumentis non constare: fieri posse, vt ea ab illo fingerentur: posse etiam fieri, vt vexandi aduersarii caussa mentiretur esse instrumenta, quæ sciret non esse. quamobrem in re dubia iuste videretur posse remoueri. Sed finge hoc nunc constare, petitoris alios esse debitores. hunc qui transegit, nihil plane debuisse: puta possessorem hereditatis pro herede conuentum a creditore hereditario tanquam heredem transegisse. ab hoc postea hereditatem esse euictam. num quid caussæ est in re tam certa, & tam manifesto errore, cur is qui nihil debuerit, non possit repetere, quod tanquam creditori dederit? Quid actor, instrumentis postea repertis, quibus docere paratus sit sibi plane debitum fuisse, quod aduersarius negabat, nonne hoc quoq; videtur iuste esse dicturus, petere se quod illum vnde petitur, constet debere: a quo si pactus sit se non petiturum, æquum esse veniam dari vel ignorantiæ, vel necessitati: quia tum id fecerit, cum vel ius suum ignoraret, vel instrumentis ad eam rem deficeretur? quod vt alias sibi concedendum non sit: esse certe tunc concedendum, si agat aduersus eum, qui cum sciret se debuisse, improbe id negauerit. Iniquū enim esse quemquam vel ex aliena iniuria, vel ex suo dolo lucrum consequi, *l. 1. ff. de dolo. l. nam hoc natura. ff. de cond. ind.* Cum sint hæ vtrinque probabiles ad rescindendam transactionem caussæ: vt maxime placeret eas iustas non esse, vel hoc ipsum moueri & decidi oportuit, eas esse istiusmodi, quæ mouere nos non debeant, & ratam manere nihilominus transactionem. Quod & multis rescriptis factum est. Ergo aduersus has dubitationes hæ sententiæ sunt oppositæ: caussas, vel lites transactionibus legitimis finitas imperiali rescripto resuscitari non oportere, *l. caussas. 16.* item, sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi contra ius esse, *leg. sub prætextu. 19.* Et, non minorem esse transactionum auctoritatem, quam rerum iudicatarum, *l. non minorem. 20. infra eod.* Quod postremum omnia continet. Nam si rebus iudicatis standum est, siue æquum iudex, siue iniquū dixerit: inde intelligi[illegible] & transactionibus standum esse, siue iure lis [illegible] tentata sit, siue iniuria. Denique hoc valet; post transactionem nihil amplius quæri, quam an transactum sit. Nam nec post rem iudicatam quidquam amplius quæritur, *l. post rem. ff. de re iud.* Et profecto cur quæratur, nulla caussa est: quod contra videri supra disserebamus. Si constet reum nihil debuisse, dicebamus pecuniam sine caussa esse apud petitorem. Non ita est. Si tanquā debitam daret, fateremur. Nūc ob caussam ille dedit, ne secum ageretur: quæ & honesta est. Ea sequitur, si cum eo nihil agitur. Nec ad rem pertinet, si nulla res fuit media, propter quam lis moueretur. Abunde iusta caussa est ad dandum, quod a lite disceditur, *vt Paulus scribit in l. in summa. 1. resp. ff. de cond. indeb.* Potuit .n. lis moueri vel iniuria: & iudicii omnis exitus est incertus. Quare cum disceditur a lite, vt nihil aliud cōsequatur reus, liberatur certe iudicii vexatione & periculi metu. Quod cum cadat in eum, etiam qui plane nihil debuerit; ne si postea quidem id plane appareat, quidq̄ repetet, qui ob caussam dedit, quæ est secuta, *l. nec intentio. 23. ꝫ. eod.* At fieri potest, vt improbe & per calumniam petitor litē intenderit. cū sciret nihil deberi (finge aut instrumenta confinxisse illum, aut falsis sci-

entem vſum eſſe ) quem metum cum ipſe intulerit reo,& hanc cauſſam habuerit ad eliciendam tranſactionem: iniquum eſt ipſum ex ſuo dolo quidquam conſequi. Sic eſt:& hoc etiam Paulus excipit *in d. l. in ſumma.1.reſp.* & recte. In totum enim tranſactiones non bona fide factæ, ſunt inutiles, *l. fratris.*10.*l.19.ſub prætextu.C.eo.* Quid? num ſaltem tamquam indebitum repetet? quem poſtea nihil debuiſſe cõſtitit? nullo modo, *d.l. nec intentio.* 23. Vt enim q̃d tanquã indebitum repetatur, non eſt ſatis eum, qui quid dedit per occaſionem debiti, nihil debuiſſe: ſed eum: qui dedit tamquam deberet, ſoluiſſe oportet. Vnde indebitum non datum, ſed ſolutum dicimus, *toto tit. de cond. ind.* At qui pecuniam dat nomine tranſactionis, non tamquam ex præcedente cauſſa debeatur, dat, ſed ob cauſſam, quæ in futurum eſt, nempe, ne ſecum agatur. Hæc cum, vt dixi, & honeſta ſit, & ſequatur, nihil amplius quærendum eſt, *l.1.ff. de cond. cauſ. dat.* Sed litem ſaltem exigimus. Quid ergo, ſi is, cui nulla controuerſia mouebatur de hereditate, tranſegerit vltro de ea cum ſorore ita, vt illa accepta pecunia omnem litem de ea remitteret, quod metueret frater, ne quando illa ageret: nonne iuſta erit cauſſa pecuniæ condicendæ quod dicetur ob litem remittendam, quæ nulla erat, pecuniam datam fuiſſe? Placet non eſſe, ſatiſque eſſe cauſſæ ad tranſactionem, ſi is, qui tranſegit, litem metuit, *l.2.C.eo.* Quippe nihil intereſt ad aliquem ſecurum reddendum, vtrum litem, quæ nunc ſit, an eam, quæ metuatur, remittas. Hæc autem ſecuritas tranſactione quæritur. Quod ad petitorem attinet, nihil habet is, cur contra, quam ipſe pactus eſt, agat amplius, nec pactionem valere patiatur, quam prætor ſeruaturum ſe pollicetur. At probabit reum debere, quod ille antea negabat. Debuiſſe probare poterit. Nunc conſtat eum non debere, poſteaquam quod debebatur, illi remiſit. Sed enim remiſit inopia probationnm coactus. Nulla vero hæc neceſſitas eſt: cum potuerit aut non agere, aut litem amittere. Et vt forte quis hanc neceſſitatem eſſe exiſtimet, certe eam ipſe ſibi induit, qui re non ſatis explorata egerit: a reo non proficiſcitur, ſi is neque vim adhibuit, neque machinationem. Ita de ſe queri debet. At iniquum eſt, cum ſciret ſe debere, quod petitor probare paratus ſit, ipſum quidquam ideo habere, quia malitioſe id negauerit. Iniquum, niſi hoc eſſet turpius & iniquius, ipſum petitorem contra pactionem ſuam facere, quam ſine vi & dolo aduerſarii interpoſuerit, *l. non minorem.*20.*C.* iniquum, niſi hoc eſſet contra vtilitatem publicam, feneſtram aperiri litibus: quarum nullus erit finis, ſi cœperit a tranſactionibus bona fide interpoſitis facile recedi, *l. fratris.*16.*C.* Cito enim fingentur cauſſæ ad reſcindendam tranſactionem per ſpeciem inſtrumentorum poſtea repertorum. Plane ſi ſubtraxerit reus petitori inſtrumenta litis, quo facto eo adduxerit petitorem, vt aut tranſigere neceſſe haberet, aut litem perdere: manifeſtus hic dolus eſt rei tranſactionem hac ratione extorquentis. Hunc in omni re exceptum volumus. de quo vide *ad l. ſub prætextu.*19.*C. eod.* Quare his remotis hoc conſtabit, cum trãſactio bona fide erit interpoſita, nullam eſſe cauſſam, propter quam ab ea diſcedatur.

2 Vna † erit petitori iterum agendi aduerſus tranſactionis exceptionem defenſio, ſi dicat ſe de ea re, de qua agit, quamuis verbis tranſactionis contineatur, non ſenſiſſe. Sed defenſio eſt eiuſmodi, in qua non de iure tranſactionis, ſed quibus de rebus tranſactum ſit, quæratur. Quæ quæſtio nõ huius loci eſt, in quo qualis ſit tranſactio ſeu quid valeat, quæritur: ſed ilius, in quo quæritur, an ſit. Qui etſi natura præcedit: tamen quia res ad reſcindendam quoque tranſactionem, quæ verbis obſtare videatur pertinet: nihil impedit, quo minus hoc loco breuiter attingatur. Ergo, vt dixi, actor hac defenſione vti poteſt. Etenim ſi non conſenſit, non tranſegit: conſtat enim tranſactio conſenſu, ac ſine eo nulla eſt. Vnde tractatum eſt, quando vti poſſit ea defenſione. Et quidem hoc conſtat eum tum non poſſe vti, cum res clare comprehenſæ ſunt tranſactione, de quibus nunc agere nititur. Nam quo ore dicat ſe de iis non cogitaſſe, de quibus non monitus eſt ſolum, ſed quas tranſactione ipſe appellauit? Ibi hoc cauſſari probabiliter ſolum poteſt cum generalis eſt tranſactio, vt diceret ſe in totum nihil amplius petiturum, aut nihil amplius petiturum de re, de qua actum eſt, cum de re vniuerſim multas res continente ageretur: puta hereditate aut tutela, Nam etſi aut omnes petitiones, aut petitiones omnium rerum generaliter verbis eſt complexus: fieri tamen poteſt, vt quædam res eum latuerint, aut ſi ſciuerit, cogitationem certe ad eas non retulerit: quia de iis nulla lis eſſet. De iis ſi nunc agat ob hanc ipſam cauſſam, quaſi de iis non ſenſerit, quæritur, an ſit audiendus. quod non dubitaretur, niſi verba tranſactionis has quoque res continerent, cum quibus ipſa ſententia pugnare nunc videatur. Res eſt duobus reſcriptis expedita ſub hoc titulo, *l. ſub prætextu ſpecierum.*29.*& l. ſi de certa.* 31. Ex quibus colligitur, quod videatur, in vniuerſum recte præcipi: cum de tranſactione generali quæritur, quid ea contineatur de ſententia tranſigentium, ſpectandum eſſe, qua de re prius ageretur. Nam cum de eo ipſo tranſigatur, neceſſe eſt tranſactionem ad id referri, vt pariter & ad omnes eas res, quæ petitione continebantur, referatur tranſactio, & rurſum his ſolis contineatur, nec latius pateat. Ergo hæc illis reſcriptis diſtinctio eſt, vt ſi de re certa actum ſit, non de omni re, q̃ deberetur, tranſactio autem generaliter ſit ita interpoſita, paciſcor nihil me amplius a te petiturum: de iis rebus, de quibus non eſt actum, nihil noceat tranſactio: quamuis enim non addatur, hoc nomine: ex eo tamen, quod agitur tranſactione, placet eſſe intelligendum. hoc, *in d. l. ſi de certa.* Quod ſi tranſactio ita generalis ſit, vt ſit etiam de eo, quod item generaliter petebatur: veluti de hereditate petita, de tutelæ ratione, quæ exigebatur: nihil videbitur exceptum tranſactione de iis rebus, quæcumque ad hereditatem pertinent, aut rationem tutelæ. Nam & hic ſenſus erat petitoris vindicantis hereditatem, vt ſi hereditas iuberetur reſtitui, omnes res conſequeretur ea petitione, quæ eſſent hereditariæ, etiamſi non dico aliquæ non occurrerent, ſed etiam ſi, quæ plane eſſent, neſciret. quod efficitur, *d. l. ſub prætextu ſpecierum. C. eo.* quorum locorum ſententiam & rationem, cum ad eos venerimus pluribus exſequemur. Nunc vel hæc ipſa probant, cum de re aliqua, & lite tranſactum erit, in quibus quidem rebus tranſactum eſſe conſtabit, ratam eſſe tranſactionem, & quod modo diximus, nullo prætextu reſcindi poſſe non magis, quam poteſt res iudicata.

## Quæ tranſactiones præter communem rationem aliorum pactorum non valeant?

SVMMARIA.

*Transactionem hæres nõ admittunt:*
- *Natura*
  - *Res iudicata, & quare. nu. 1. 2.*
  - *Legatum nondum inspectis & cognitis verbis testamenti, & cur. nu. 1. & 3.*
- *Iure*
  - *Alimenta testamento relicta & quatenus.*
  - *Crimen capitale & quatenus.* 4.

5 *Transactionem ex falsis instrumentis interpositam iure improbari.*

OMNIA igitur hactenus, vt propositum est, in transactione ceteris conuentionibus de vi & potestate pactionis similia. Nonnihil tamen dissimile: quod iam subiiciemus. Nam cum de omni re liceat pacisci, & omnis omnino rata sit pactio, quæ de re priuata sine fraude est interposita: est in vtroque, quod de transactione excipiatur. Nam neq; res omnes admittunt transactionem: & cum res transactionem patitur, interuenit interdum caussa, propter q̃ transactio improbetur. Non admittunt res transactionẽ, alię natura sua, nonnullæ lege, quia lex de his transigi vetet.

1 Natura † non recipiunt transactionem duæ: res iudicata, quæ nullo remedio attentari queat: & quod testamento relictũ est, si nondum inspecta sint & cognita verba testamenti. De vtraq; re transigi non posse, siue nullam transactionem esse claris locis nominatim traditum est. De re iudicata *in l. elegãter. §. si post. ff. de cond. indeb. l. si caussa. 32. hoc tit.* de re legata *in l. de iis. ff. eod.* Nos vtrumq; sic accipimus, non vt ius prohibeat, sed vt quæcunq; pactio interposita sit de iis animo transigendi, ea nec natura possit valere. quorum de vtroque etsi mihi plura dicere constitutum est, de priore quidem ad *l. si caussa. 31.* de altero autem ad *l. sub prætextu. 19. ℐ. eod.* tamen quoniam hoc ponimus natura rei id fieri, placet hoc loco breuiter huius rei rationem in vtroque adiungere.

2 Post † rem iudicatam nulla est transactio. Cur? non sane quia si actor, cum sciret rem secundum se iudicatam, actionem iudicati remittere velit, nõ possit parte debiti contentus: sed quia, si id facit sciens, donat: si ignorans, tamen lis nulla est: quorum vtrumque trãsactionem excludit. Eadem illius alterius ratio est.

3 De † iis controuersiis, quæ ex testamento proficiscuntur, transigi aliter non potest, quam inspectis cognitisq; verbis testamenti, inquit Caius *in d. l. de iis. ff. eo.* An rursum, quia non possit remittere legatarius, quod sibi testamẽto legatum est, cum aliquid ab herede eo nomine acceperit, idq; cum fecerit, ratum non sit aliter, quam si verba testamenti inspecta sint? Minime. Cur enim parte debiti contentus esse non potuit re adhuc incerta, qui totum remittere potuit? Sed hoc ita est: si sciens prudens totum ita remisit, vt quamuis plus esset, quam accepit in præsentia, cõstitueret nihil amplius petere; quod amplius est, donat. Si ideo accipit, quia heres non plus legatum esse dicit; reliquum heredi nõ remittit: quia quod accipit, accipit solutionis caussa, quasi deberetur, *l. si quidẽ. 24. ℐ. eo.* Non trãsigit autem, qui a lite non discedit. Natura igitur rerum hæc transactio excluditur, non prohibetur iure.

4 Iure † aũt de his transigere non licet: de alimentis ad eum modum, qui expositus est ad *l. de alimentis. 7. ℐ. eo.* item de crimine capitali pro ea distinctione, quæ tradita est *in l. transigere. 18. ℐ. eo.* de cuius rescripti sententia ibi dicendum est.

Cum † autem res feret transactionem, vna caussa est, propter quam transactio infirmetur, si ex falsis instrumentis fuerit interposita: id est, si ei falsa instrumenta caussam dederint. de quo est *in l. penult. ℐ. eo.* vbi & a me dictum est. 5

## *L. Neque pactio. I.*

Imp. Antoninus A. Celerio.

*Neque pactio neq; transactio cum quibusdam ex curatoribus siue tutorib. facta auxilio ceteris est in his, quæ separatim communiterue gesserunt, vel gerere debuerũt. Cum igitur tres curatores habueris, & cum duobus ex his transegeris: tertium conuenire non prohiberis. Dat. Kal. Maii. Gentiano & Basso Coss. 212.*

SVMMARIA.

1 *Neque pactionem neque transactionem cum vno ex pluribus tutoribus aut curatoribus interpositam ceteris qui pariter gesserunt aut pariter nõ gesserunt, prodesse: siue cum illo vno actum sit pro parte eius tantum, quod dubitationem non habet.*

2 *Siue actum & transactum in solidum de tota tutela ob communem dolum.*

3 *Siue actum & transactum in solidum de eo, quod cõmuni tantum culpa contigerat. & num. 5.*

4 *Vno ex pluribus tutoribus aut curatoribus totius administrationis nomine soluente, aut per acceptilationem liberato, ceteros liberari.*

5 *Vno ex his qui gesserunt quamuis pactione sola liberato, vna eos qui non gesserunt, eodẽ modo liberari.*

6 *Summa rescripti.*

NEque † pactio, neque transactio cum quibusdam ex tutoribus, siue curatoribus facta auxilio ceteris est.) De pactione hoc illud est, quod scribit Paulus *in l. si vnus. §. ante omnia. ff. de pact.* pactionem cum vna persona interpositam in alia persona paciscenti non nocere. Et quod de pactione alia quauis dicitur, ad transactionem referendum est. Nam & transactiones non nisi ex consensu valent, *l. interpositas. l. non minorem. ℐ.* Et sane si ex tribus curatoribus cum duobus pro parte singulorum egit is, cuius cura gesta est, & cum his pactus est aut gratis, aut in re dubia aliquo præsente accepto, sibi cum illis eo nomine amplius cõtrouersiæ nihil futurũ dubium non est, quin pactio aut transactio cum illis interposita nõ sit profutura tertio, quo minus pro sua parte in solidum conueniatur, nec recte desideraturus sit a domino se ad eandẽ decisionẽ admitti, qua ceteri. Cum enim de parte singulorum vt actum, ita & transactum sit, apparet id non actum esse, vt tertius, de cuius parte actum non est, liberaretur. Non mirum igitur, si pactum ei nõ prodest. Nam quomodo prodesset, quod nullum fuit?

2 Sed † habet hæc res dubitationem. Fingamus eum, cui tres curatores erant, finita curatione cum duobus egisse in solidum de communi dolo, aut cõmuni culpa. (Nam de cõmuni dolo vnusquisq; in solidum cõueniri potest; de communi culpa ita recte cõuenitur, si ceteri soluendo non sint, aut ipse exceptione diuisionis non vtatur, *l. 1. §. plane. §. nunc tractemus. ff. de tut. & rat. dist.*) cum duobus vt in solidum egerat, ita & de tota re transegisse. An dicemus transactionem cum illis interpositam tertio non prodesse? Et generalis hoc loco definitio est, transactionem cum quibusdam interpositam non esse auxilio ceteris: vt intelligeremus quæcunque fuerit actio, quæcunque transactio, hanc ei, cum quo transactum non est, non prodesse.

Et hoc quidem in suprascripta specie nominatim respódit Vlpianus *in l. si ex duobus. ff. de tut. & ratio. distr.* sed loquitur de eo, qui cùm vno ex tutoribus de communi dolo transegit. quam transactionem negat prodesse alteri ideo, quia vnusquisque doli sui pœnam sufferat.

3 Ex † tres dubium facit, an idem dicendum sit, si cum vno de eo damno, quod communi culpa contigerat, in solidum transactum sit. Ego puto, quocunque nomine de tota cura cum duobus actum & transactū sit, eam transactionem tertio non prodesse. Aut enim is, qui cum duobus egit, pactus est, ne a duobus illis tantum peteret, aut ne de tutela vel cura amplius ageret. Prius pactum personale est. quod genus constat ad alios non pertinere, *l. idem in duobus. §. 1. ff. de pact.* Posterius etsi in rem est, & verbis tertium quoque complectitur: tamen tertio illi inutile est: quia curatores eius exceptionem ei quærere non potuerunt, *l. & heredi. §. vlt. l. fideiussori. §. vlt. ff. de pact.* Duo cótra dicuntur. Nam primum etsi sunt tres curatores: tamen vna est cura, vna omnium obligatio, qua iure in solidum tenentur singuli, *l. si plures. l. tres tutores. ff. de admi. tut.* Proinde vnius liberatione tota tollitur obligatio, non ab vno tantū, sed & ab omnibus: vt in duobus reis accidit, *Instit. de duob. reis.* Huc accedit, quod Vlpianus *in d. l. si ex duobus*, scribit, vnius ex tutoribus solutione ceteros liberari: quia sic adolescenti satisfactum sit. Atqui cum adolescens duobus pacto remittit actioné negotiorum gestorū, eo modo fit ei satis, *arg. l. si rem. §. omnis ff. de pig. actio.* Ac satisfactio etiam pro solutione est, *l. satisfactio. ff. de solut.* Quare duobus pacto liberatis, atque ita satisfacientibus, vna etiam & tertius ea satisfactione, vt solutione liberabitur.

4 De † quibus ita respondeo: verum esse vnius ex curatoribus liberatione, si quidem de tota re liberatus sit, totam actionem tolli etiam aduersus ceteros. Proinde concedam, si transactum sit cum duobus in solidum per acceptilationem, tertium amplius conueniri non posse: quia acceptilatio solutio sit, licet imaginaria, *§. item per acceptilationem. Instit. quib. mod. tol. oblig.* atque adeo id expressum est *in l. si pupillus. ff. de adm. tut.*

5 Sed † cum curatores duo pacto tantum liberati sunt, vetus actio adhuc manet transigenti, *l. 5. ī. prox. titulo.* Ea vero aduersus tertium recte exercebitur. Nó enim metuendum erit, ne ille agentem remoueat pacti exceptione, quæ exceptio per alios ei quæri non potuit, etsi pro eo alii soluere potuerunt & ignorante & inuito, *l. solutionem. ff. de solutio.* Nec proderit tertio, quod duo illi paciscentes, ne de cura amplius agatur, de tota re satisfacere intelliguntur actori. Satisfaciunt enim ei: sed ita, vt quemadmodum pactum eorum tertio est inutile, ita sit & satisfactio; cū satisfactio nó aliud sit, quam illud pactum, quo adolescens contentus discedit. Et quod dicitur satisfactionem pro solutione esse, sic accipiendum est, vt sit ei, qui satisfecit: non ei, qui non satisfecit, ad quem effectus pacti peruenire non potuit repugnantibus regulis iuris. De ea autem transactione hic agi, in qua duo ex tribus curatoribus pacto liberati sunt, inde intelligi potest, quod dicitur tertium conueniri posse. Nam acceptilatione, vt solutione interueniente de re tota, tota sublata esset obligatio & actio. Sed cur addidit Antoninus, *in iis, quæ separatim communiterue gesserunt, vel gerere debuerunt?* Quia si omnes curatores pariter rem gerant, aut pariter non gerant, quod gerere debuerunt, finita curatione tenentur omnes, *l. 1. ff. de tut. & rat. dist. act.* vt necesse sit ad liberationem aut omnes soluere, aut pactione sua liberari. nam aliena non possunt.

Sed † fieri potest, vt quidam gesserint, alii curæ se non miscuerint. in qua specie, vt ii, qui non gesserunt, non onerantur, si, qui gesserunt, soluendo sint, *l. vlt. §. si tut. vel cur. l. tutores. §. in eum. ff. de admin tut.* ita si ii, qui gesserunt, non sint soluendo, ad eos qui non gesserunt, recte peruenitur. At fingamus cum iis actum esse, qui gesserant, quamuis soluendo nó essent, & cum ipsis transactum esse. Iam hæc transactio ceteris, qui non gesserunt, auxilio erit, ne conueniantur: quia dominus cum illis agens, & transigens tanquam idoneos agnouit, & bonum nomen fecit, qui vltro admisit debitorem, *arg. l. inter. §. abesse. ff. mand.* 6

*Et cum duobus ex his transegeris.)* Repete superiora, in his quæ aut gesserunt omnes, aut omnes nó gesserunt. alioqui, si duo curam gesserint, tertius non gesserit, & cum duobus illis transactū sit, non magis tertius conueniri poterit. Ex his statuatur hæc sententia.

Pactum † cum vno ex pluribus eiusdem pecuniæ reis interpositum, siue de parte eius interpositum erit siue de re tota, ceteris eiusdem pecuniæ debitoribus non prodest, *l. idem in duobus. ff. eo.* vel quod id non actum sit a creditore, vel quod etsi actum sit, regulæ tamen iuris vetent vni per alterum actionem, aut exceptionem acquiri. 7

*L. Cum proponas. II.*

Imp. Antoninus A. Luctatio.

*Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transegisse; & ideo certam pecuniam ei te debere cauisse: etsi nulla fuisset quæstio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cauta intelligitur. ex qua caussa si fisco soluisses, repetere non posses: & si non soluisses, tamen iure conuenireris. PP. 3. Id. August. Ant. A. IV. & Balbino Coss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Transigere dici non tantum actorem, cum litem remittit, sed & reum, cum quid dat eo nomine, aut promittit: & cur.*
2 *Ad transactionem satis esse litem futuram metui.*
3 *Ex transactionis caussa pecunia cauetur recte, id est. iusta de caussa.*
4 *Cauere, stipulanti promittere.*

DE *hereditate transegisse.)* Qui pecuniam promittit transactionis caussa, reus est. Hic dicitur hoc loco transigere.

Vnde † intelligitur non tantum actorem dici transigere, cum actioné remittit reo: sed etiam reum, cum pecuniā dat, aut promittit, vt a lite discedatur. Quidni, cum sit rei a lite discedere non minus, quam actoris? Vt enim maxime velit actor desistere ab actione cœpta: tamen in potestate rei est petere, vt res a iudice cognoscatur, & iudicetur, *l. properandum. §. & si quidem. C. de iud.* & quod in cœpta lite est, id ad futuram transfertur, habita ratione eius non quod nunc fit, sed quod in iudicio eius litis fieri potest. simile in verbo iuris traditur, *in l. pen. ff. de iust. & iur.* 1

*Tamen † propter timorem litis transactione interposita.)* Satis est ad transactionem, litem metui. de quo dixi supra in definitione transactionis. 2

*Pecunia † recte cauta.)* Pecunia transactionis nomine cauetur recte, id est, non sine caussa, vt quis dicat huic cautioni tanquam sine caussa interpositæ exce- 3
ptionem

ptionem doli obstare ex *l.2.§.circa.ff.de dol.ma.& met. exc.* sed iusta & optima de caussa hoc ipso, quod a lite disceditur, *l.in summa.1.resp.ff.de cond.ind.* de quo supra in caussis infringendæ transactionis. Sic cauta pecunia iure peti potest. Recte, cauta.

4 Est † enim cauere, stipulanti cauere, *l.sancimus.ꝫ.de verb. sig.* Ex stipulatione autem iure ciuili est actio, *§.de constituta. Inst. de actio.* alioqui pecunia trāsactionis nomine pacto ꝑmissa exigi nō potest, *l.siue apud.ꝫ.*

*Si fisco.*) Qui successisset sorori tuæ, cum qua transegisti.

*L. Age cum Geminiano. III.*

Imp. Alexander A. Tulliæ.

*Age cum Geminiano, quod pater eius curator tibi datus negotia tua gesserit. Et si apud iudicē negabit se hac actione teneri, quoniam transactio & Aquiliana stipulatio interposita est: Iudex contemplatione iudicii, quod bonæ fidei est, quæret de quanta pecunia nominatim transactū sit. & si apparuerit de minore transactum, quantam pecuniam reliquam ex administratione curæ deberi probatū fuerit, soluere eum iubebit, quod non in stipulationem Aquilianam obligationis iure tantum deductum est, quāta erat quantitas pecuniæ quæ debebatur. Dat. prid. Id. August. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

VT conuentio cum alia persona, puta, quibusdam ex curatoribus interposita in alterius persona nō nocet; quod *l.1.s̄.* comprehensum est: Sic quæ interposita est cum curatore in vna re, non nocet in alia. quæ sententia est huius rescripti. Vtramque partem complexus est definitione Paulus *in l.si vnus.§.ante omnia.ff.de pact.* Cetera huius rescripti recte in glossa explicantur.

*L. Actione. IV.*

Imp. Alexand. H. Numidio,

*Actione administratæ curæ ab eo, qui legitimæ ætatis annos compleuit, in Aquilianam stipulationem deducta, & per acceptilationem exstincta nullam aliam superesse, nisi de dolo intra concessa tempora, non ambigitur: nisi specialiter etiam de dolo transactum sit. PP. II. Non. Martii, Alexandro A. II. & Marcello Coss. 227.*

SVMMARIA.

1 *Transactione si vetus actio exstincta est, nullam superesse actionem nisi de dolo, intellige de eo, quod actor prius habuit, non de iis, quæ illi promissa sunt.*

2 *De dolo non aliter, quam si dolo malo ab initio transactio expressa sit.*

3 *Vetus actio si in trāsactione per acceptilationem sublata est, amplius eam instaurari non posse etiam aduersus eum, qui transactioni non pareat: acceptilatione non interposita recte instaurari, nec actioni de dolo locum esse.*

4 *De dolo actionem non esse aduersus reum transactioni non parentem, si actor in deducenda vetere actione in Aquilianam stipulationem deceptus, postea dolo cognito hanc ipsam obligatiouem acceptilatione sustulerit.*

5 *De dolo recte transigi.*

6 *Generalem transactionem ad ea quæ reus dolo admisit, non pertinere, si modo actor ignorauit.*

1 NVLLAM † *aliam superesse, nisi de dolo.*) Bene superesse, vt intelligamus vetere actione exstincta, quam habuimus ante transactionem, si aliqua quæratur actio de eo, quod prius habuimus, nullam superesse, nisi de dolo. Id enim ꝓprie superesse dicitur, quod restat, & manet de iis quæ olim habuimus. De eo vero, quod ante petere potuimus, retractando, si quidē actio vetus exstincta est, nulla restat actio, nisi de dolo. Ceterum si transactioni statur, & actor qui reum acceptilatione liberauit, tantum id consequi vult, quod transactionis caussa promissum est, est in eam rem aut ex stipulatu actio, si stipulatio interuenit, aut omissa stipulatione actio præscriptis verbis, *l.cum mota.ꝫ.* quę si competunt, non datur in eandem rem de dolo actio, *l.1 ff.de dol.*

Sed † num continuo si de transactione rescindenda agitur, erit de dolo actio? Minime: sed ita, si transactio dolo malo expressa sit, *l.sub prætextu instrumenti.ꝫ.eod.* 2

Cur † non instauratur hoc casu vetus actio? quia ea semel sublata amplius suscitari non potest, ne pacto quidem, *l.qui res.§.aream.ff.de solut. l.si vnus.§.pactus.ff.de pact.* Quid si actor dolo inductus transegit, neq; actio vetus exstincta est acceptilatione? Restabit videlicet vetus actio, qua recte agetur, *d.l.sub prætextu.* vt proinde non admittatur actio de dolo. 3

Interdum † etsi actio vetus dolo malo aduersarii amissa sit deducta in Aquilianam stipulationem: tamē actor de dolo agere non poterit, si actionem nouam ex stipulatione Aquiliana quæsitam acceptilatione sustulerit, *vt scribit Vlpianus in l.1.§.pen.ff.de dolo.* Sed hoc tunc locum habet, cum actor in nouanda actione deceptus est, nō etiam in acceptilatione, quæ postea secuta est, interponenda. Nos hoc loco actionem de dolo esse volumus, vbi actor in vtraque actione amittenda, id est, & vetere & noua dolum passus est. 4

*Ni si specialiter etiam de dolo transactum sit.*) Qui † dolo deceptus transegit, & reum liberauit per acceptilationem, si de dolo cœperit agere, & rursum de ea lite transegerit, non audietur, si iterum de eodem dolo agat. Nam & de dolo paciscí licet, *l.iuris gentium.§.si paciscar.ff.de pact.* Quod sic accipiendum est, nisi & in sequenti transactione actor deceptus sit. nunquam enim pacta dolo malo facta seruanda sunt, *l.7.§.ait.& §.dolo.in fi.ff.de pact.* Nam quod dicitur *in l.1.ꝫ.de p[illegible] petit.* transactiones & secundas confessiones suam obtinere firmitatem; semper cum hac exceptione intelligendum est, nisi aut dolo malo expressæ, aut vi extortæ sint, quæ omnium conuentionum atq; etiam trāsactionum communis exceptio est, edicto & aliis locis expressa *d.l.7.§.ait.l.interpositas.ꝫ.eo.* Ergo in infinitum transactio dolo malo facta rescindetur? Etsi infinitum id in hac re accidere non potest, tamē si accideret, rescinderetur. Cuiquam enim dolum suum prodesse, & maxime ideo quia sæpius fefellerit, plus quam absurdum est, *l.1.ff.de dol.* 5

Bene † autem additum hic est, specialiter. Nam si actor a reo deceptus, cum eo transigat generaliter ita, vt paciscatur se nulla vnquam de re præcedente cum reo acturum, nō continebuntur ea, quæ reus dolo admisit, si actor ignorauit, *l.tres fratres.ff.de pact.l.qui cum tutoribus.§.qui per.ff.eod.l.Aurelio.§.vlt.ff.de lib.leg.* 6

*L. Cum te. V.*

Imp. Alexand. A. Euocato.

*Cum te transegisse cum herede quondā tutoris tui profitearis: si id post legitimam ætatem fecisti, frustra desideras, vt a placitis recedatur. Licet enim (vt proponis nullū instrumentum intercesserit: tamen si de fide contractus confessione tua constet: scriptura quæ probationem rei gestæ continere solet, necessaria non est. PP. Kal. Mar. Albino & Æmiliano Coss.*

EADEM sententia, quæ *l.pactū quod bona.s̄.prox.tit.*

### *L. Cum mota. VI.*

Imp. Alexand. A. Pomponiis.

*Cum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diuersa parte transegisse ita, vt partem bonorum susciperet, & a lite discederet, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, iuris ratio non sinit. verum si fides placitis præstita non est: in id, quod interest, diuersam partem recte conuenietis. Aut enim stipulatio conuentioni subdita est: & ex stipulatu actio competit. aut si omissa verborum obligatio est, vtilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. PP. VIII. Id. Ian. Agricola & Clemente Coss. 231.*

SVMMARIA.

1 *Species facti, & quæstio rescripti propria.*
2 *Omissam in proposito querelam dictam, quæ pacto tantum omissa est, & quæ contra dicantur.*
3 *Omissam ab herede querelam instaurari ab eo posse, si transactioni nõ statur. quod si in eadem remissione decesserit, nõ item instaurari posse ab eius heredibus.*
4 *L. si instituta. in pr. ff. de inoff. test. explicata. & nu. 6.*
5 *Priores leges ad posteriores trahi, & contra, quid sit.*
6 *Filium filiamue non præparatam querelam inofficiosi ad liberos transmittere, & ad hoc rescriptum non pertinere.*
7 *Transactionis caußa sine stipulatione promissum, etiam ex pacto peti posse, si quo modo actor ita remisit actionem, vt hæc amplius nulla restaret.*
8 *Conuentionẽ in proposito ex eo genere esse, cum facio, vt facias; actor remitit actionem, vt reus partem bonorum tradat. Hinc actionem aduersus eum in id quod interest, etiamsi stipulatio interuenerit.*
9 *Actio præscriptis verbis, quam recte in proposito.*
10 *Actionis præscriptis verbis descriptio.*

1 MATER a filio præterita testamento, aut immerito exheredata, egit cum scripto herede de inofficioso testamento, ac querela mota transegit hoc pacto, vt partem bonorum, de quibus agitur, susciperet, & a lite discederet. Ea prius quam quidquam acciperet, in eadem voluntate perseuerans decessit. Filiis eius, iisdemq; heredibus matris, cum portio promissa non prẽstaretur, duo quẽsita sunt. Primum, possintne filii omissam a matre querelam aduersus heredem scriptum instaurare, quasi quæ ob caussam omissa sit, quæ caussa non sit secuta. Proximum, si hanc instaurare non licet, num heres portionem bonorum impune promiserit: an vero saltem de eo aliqua actione cũ eo agi possit. de quibus respondet Alexander: ac de priore in hæc verba; instaurari semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, iuris ratio non sinit. Ait, *omissam.*

Omittitur † querela etiam pacto tantum, cum actor paciscitur se de inofficioso testamento amplius non acturum. Quinimo non nisi pacto recte quid omitti dicitur. Nam si actor querelam in Aquilianam stipulationem deducat, ac deinde acceptilatione reũ liberet, exstingui dicetur querela isto modo, non omitti, seu deseri. Omittitur, quod est, cum eo non vtimur. quod autem semel exstinctum est, non est eiusmodi, vt dici possit omitti: cum non sit, quod omittatur. Quare hoc verbo significat Alexander; etsi mater in proposita hypothesi pacto tantum transegerit: tamen querelam ab ea omissam ab heredibus eius instaurari non posse. Et sane si intelligeret querelam hic fuisse exstinctam acceptilatione, primum id exprimeret, vtpote quod prẽcipue ad quẽstionem pertinebat. deinde non diceret eam non posse instaurari per eos, qui matri heredes exstitissent, sed simpliciter non posse instaurari: quandoquidem hoc casu non magis ab ipsa matre instaurari posset, quam ab eius heredibus. Cum autem nominatim adiecerit, *per vos qui matri heredes exstitistis,* aperte ostẽdit ita fuisse hic remissam querelam, vt maneret, & integra esset ipsi quæ transegit, si viueret: ceterum non esset integra heredibus, quod aliter contingere non potuit, quam si pacto esset transactum de inofficioso. Hanc sententiam cum verba huius rescripti tã aperte exprimant, videamus, nũ qua necessitas sit, quæ nos hãc mutare cogat: quod quamuis paucis, quibusdam tamen videtur. Quærunt enim, qui potuerit a matre instaurari inofficiosi testamenti querela, vbi tráſactioni nõ statur, nisi querela matri hoc casũ competierit. quomodo autem competierit matri, vt ad heredes eius non trãsiret: cum sit certi iuris querelam præparatam ad heredes transferri? Ac prẽparatam hic fuisse querelã a matre negari nõ potest: cum ita verba sint rescripti, cum mota inofficiosi querela. Sed præcipue mouentur responso Vlpiani ex *l. si instituta. ff. de inoff. test.* in quo ille scribit, si instituta de inofficioso testamento accusatione de lite pacto transactum sit, nec fides ab herede trãsactioni præstetur, placere inofficiosi caussam esse integrã. Hæc illi verba vrgent inofficiosi caussam integrã esse. Non enim dixit transigenti, sed generaliter integrã: vt intelligeremus perinde esse integram, quasi ab actore transactum non esset; id est, & transigenti, & eius heredibus, omnibusq; ad quos querela transactione nõ interposita pertineret. Sed prius bene veteres interpretes expediunt.

Mater † omissam querelam instauraret; quia pacto non ita remitti potuit actio, quin iure ciuili maneret, *l. 5. s. prox. tit.* Vt mansit ita & ea potuit mater tuto experiri. cui si obiiceretur pacti exceptio, tum exceptio pacti replicatione doli mali vel in factũ infirmaretur, *l. siue apud. ĩ. eo.* Sed quæ querela matri transigenti cõpeteret, si vellet, ea ad heredes eius non pertinet, nisi ea præparata mater decesserit, *l. posthumus. §. vlt. & l. seq. ff. de inoffic. testam.* quod hic factum non est. Etsi enim mota est querela a matre: tamen ea postea remissa est. qua in remissione mulier permansit. Nihil autem interest, querelam de inofficioso testamento non instituas, an in ea non perseueres, *l. nam & si. §. 1. ff de inoffic. testam.* 3

Sed † & responsum Vlpiani recte ita interpretantur, vt integra sit caussa inofficosi in proposita specie: sed ipsi matri: heredibus eius non sit. Quod fortasse difficilius persuaderi poterit: cum generaliter ab Vlpiano scriptum sit, cum fides transactioni non præstatur, caussam inofficiosi esse integram. 4

Sed † in omni interpretatione legũ hæc regula tenenda est, priores leges ad posteriores trahi debere, & contra, *l. non est nouum. & l. sed & posteriores. ff. de legib.* Est autem hæc sententia, *vt declaratur in l. ideo. ff. eod.* si priores leges de re aliqua aut persona scriptæ sint, posteriores autem generaliter & infinite scriptæ sint de eadem specie, posteriores sic interpretandas esse ex priorib. vt generalitas intelligatur ad eas solum res & personas pertinere, quæ prioribus legibus sunt comprehensæ. vt vice versa priores leges dubiæ ex posterioribus certis interpretandæ sunt. 5

At † in hoc rescripto cum dicitur omissam querelam instaurari non posse: tum vero designantur personæ, a quibus non possit, nempe heredes. Itaque 6

hoc dicitur, ab eo qui omisit, posse instaurari querelā: non posse ab eius heredibus. Responsum Vlpiani de eadem specie scriptum est: sed generaliter his verbis, si fides transactioni non præstatur, caussam esse integram, nec additur, *quibus personis*. Proinde siue id prius esse volumus, siue posterius, ad easdē personas pertinere dicendum est, vt, quod in eo dubium est, ex hoc rescripto explicetur. Sed etsi sola esset definitio Vlpiani, quam ex aliis locis temperari non liceret: tamen ipsa per se efficit, vt hoc idem accipere debeamus: integram esse nimirum caussam inofficiosi transigenti. Omnes enim concedent hoc eum dicere, inofficiosi caussam esse integram, si nihil aliud obstet, quam trāsactio, quę proponitur. hanc autem non obstare. Nihil hoc ad heredes, qui a querela non remouentur, quia de ea matre transactum sit, sed quia non præparata querela ad eos non transierit.

7 Sunt, † qui putent, quod hic scriptum est, querelam non præparatam a matre ad liberos non transferri, contrarium esse Iustiniani nouis constitutionibus, *l. si quis filium. & l. penul. in fin. ɔ̄. de inoff. testam.* ac proinde illis constitutionibus emendari. Et quidem illis constitutionibus cautum est, si filius a patre exheredatus non præparata querela decedat hanc ipsum transmittere ad filios suos, eosdemque aui testatoris nepotes. idque siue filius ante aditam ab herede hereditatem decesserit, siue post aditam. Quod enim *in l. si quis filium. in principio*, dubium est, id in extremis verbis aperte explicatur. In quibus Iustinianus scribit *se beneficium suum dare omnibus nepotibus filii exheredati, nisi pater adhuc superstes vel repudiarit querelam, vel quinquennio tacuerit; scilicet post aditam hereditatem.* Ex quo colligitur, etsi adita fuerit hereditas ab herede scripto: si tamē filius exheredatus nec repudiarit querelam, nec per quinquennium siluerit, ipsum decedētem transmittere querelam ad liberos. Et quamuis lex Iustiniani ad eum filiū pertineret, qui decessisset ante aditam hereditatem: tamen vel hoc ipso ad eum, qui post aditam decessisset, multo citius pertinere putaremus. non enim competit ei querela inofficiosi ante, quam heres scriptus adierit hereditatem. adita hereditate, tum illi competit, *l. Papinianus. § si conditioni. ff. de inof. test.* Sic recte colligetur: mirum est, si filius ad posteros suos querelam nondum sibi competentem transmittit. quomodo enim transmittit, quod iure cōmuni non habet? at transmittit tamen. quanto igitur magis eam, quæ cœperat competere, transmittet? Hæ ergo constitutiones Iustiniani. Ex quibus si quidē hic filiam a patre præteritam aut exheredatā fingeremus: fatendum esset ipsa decedente posse querelam instaurari ab eius quoq; liberis. Sed non ꝓpterea hoc rescriptum tollitur. fieri enim potest, vt mulier quę hic proponitur, querelam habuerit: sed aduersus testamentum filii sui, a quo præterita erat. Hanc decedens mulier non transmittet non præparatam, ne ad filios quidem suos vel ex Iustiniani constitutione: quippe quę non ad quosuis liberos præteriti aut exheredati pertineat: sed ad liberos, qui iidem sint nepotes eius aui, de cuius testamento tanquā inofficioso agitur. ad quam rationem initio speciem facti consulto accomodaui. Quod reliquum est, & secundo loco quæri diximus, etsi querela instaurari non potest: tamen nihilominus si fides placitis præstita non sit, diuersam partem conueniri posse ait Alexander. In quo tria complectitur, quæ ad rem pertinebant: primum diuersam partem conueniri posse, etsi placitis stipulatio subdita non sit: tum posse conueniri in id quod interest: postremo in eam rem actionē fore ex stipulatu, si stipulatio intercessit, aut hac omissa fore præscriptis verbis actionem. Hæc in illis verbis, verum si fides placitis ꝑstitā nō est.

8 Ait, † *diuersam partem recte conuenietis.*) Nempe de parte bonorum promissa. Nam cum quid feci, vt dares, aut traderes, neque das, aut tradis: aut repetitur quod factum est, si potest, aut in hoc agitur, vt promissa præstentur, *l. naturalis. §. 1. l. ob eam caussam. ff. de præs. ver.* Ait autem diuersam partem recte conueniri, etsi pacto tantum pars bonorum fuerit promissa citra stipulationem. id enim in fine subiicit. Ergo hoc dicit, quod transactionis caussa pr missum est, etsi pacto tantum promissum sit, nihilominus ex pacto peti posse. quod negatur *in l. cum proponas inter. s̄ prox. tit. l. siue apud. ɔ̄. eod.* Nempe alia atque alia in re recte vtrumq; dicitur, ex pacto agi posse, & non posse, prout scilicet pactum est, quod proponitur. Pactum si nudum est, ex eo agi non potest: si nudum non est, ex eo agi potest, *l. legem. s̄. prox. tit.* At *in l. si cum proponas. & l. siue apud.* pecunia a reo nudo pacto promissa est: quibus proponitur actor nihil fecisse, vt eam pecuniā acciperet. promisit enim se a lite discessurum. quod non fecit. actionem enim pacto tantum remisit. itaq; nihilominus semper mansit iure ciuili actio, vt ante, *d. l. 5. s̄. prox. tit.* qua de re dixi ad *d. l. cum proponas.* In proposita autem specie non est pactum nudum, quo pars bonorum promissa est. Nam præterquam quod matri transigenti promissa est, fecit etiam mater, vt eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod & re impleuit. Morte enim sua & silentio sic finiuit actionem de inofficioso, vt nulla superesset eius heredibus. Non mirum igitur, si hic ex pacto sit actio: illic non sit.

9 Ait, † *recte conuenietis in id, quod interest.*) Non recte, & secūdum regulas iuris, si intelligimus heredem in specie ꝓposita promisisse se daturum mulieri partem bonorum. Cum enim promissio in dando est, cōuenit certam esse promissionem, *l. vbi autem. §. vlt. ff. de verb. oblig.* cui consequens est, vt ex eo genere non sit actio in id quod interest. Nam & illud conuenit omnem stipulationem esse incertam, ex qua agitur in id, quod interest. quia & ipsum quod interest, quod stipulatione continetur, sit incertum, *l. si pœnā. ff. de verb. obl. §. vl. Inst. eo.* Sed hæc ita sunt, cum sequimur legem communem obligationum dandi. Ea in actione præscriptis verbis non seruatur, ne tum quidem, cum dedi aut feci, vt dares, *l. 5. 1. resp. & §. at cum do. ff. de præscr. verb. vt disserui in commentario sequenti. De præscriptis verbis, cap. 22.* Et tamen si quis ita esse nondum satis persuasus hunc scopulum vitare velit, recte dixerit cū Alciato, illa verba conuentionis, vt partem bonorum susciperet, sic accipi posse, fortasse & debere, vt promiserit heres se traditurum partem rerum hereditariarum; quod in faciendo est: non etiam se daturum. Non vtique, quod hic datur actio in id quod interest: quam intentionem admittit actio præscriptis verbis etiam cum dedi, aut feci vt dares, vt ante dixi. Non etiam quod huic actioni putatur locus non esse, cum facio, vt des. nam id quoque falsum puto, & pluribus ostendi in eodem commentario *De præscriptis verbis.* Sed nec ideo, quod proponitur conuenisse, vt mulier bonorum partem susciperet, non vt pars bonorum ei daretur. possunt enim bona suscipi, id est, accipi, non minus ab eo, qui dat, quam ab eo, qui solum tradit, *d. l. 5. 1. resp.* Sed hoc argumentum est, quod proponitur

et q̄ [illegible] q̄rela cōpetit matre nā ex sua persona [illegible] eam [illegible] si ue fi
[illegible] habebat q̄rela nā debet trāsire ad nepotes si ue mater [illegible]
[illegible] et [illegible] successioni locus [illegible] . cui obstat [illegible] possumus [illegible]

actum esse, vt mulier acciperet nō quiduis, sed partē bonorum. Nempe ergo actum est, vt mulier iuste peret bona hereditaria. proinde vt susciperet, quatenus sunt bona, non amplius. At bona hereditaria non tantum sunt, quæ fuerunt in dominio defuncti, sed & quæ aliena sunt: puta res bona fide possessæ, oppignoratæ, item actiones, & nomina. *l. bonorum. ff. de verb. sig.* Horum vero ab herede, vti heres est, nihil dari potest. Est enim dare, dominium transferre, *§. sic itaq; Insti. de actio.* heres autem, qui dominus non est, ea in accipientem transferre non potuit. *l. traditio. ff. de acqu. rer. do.* Ex quo intelligitur hoc actum esse, vt heres partem bonorum traderet quod potuit: non esse actum, vt daret: quia non potuit. Promissio ergo in faciendo versatur. Id si promissor non facit, non alia hic actio, & condemnatio est ex regulis iuris, quam in id quod interest, *l. si quis ab alio. ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus. ff. de verb. obl.* Hoc posito ratio reliqui rescripti expedita est, cur velit Alexander in hanc rem has esse actiones, ex stipulatu, aut præscriptis verbis.

*Et ex stipulatu actio, inquit, competit.)* Recte. Nam si stipulatio in faciendo, nempe in tradendo est, incerta est, *l. vbi autem. §. si id quod. l. si pœnam. ff. de verb. obl.* Porro ex stipulatu actio ex incerta stipulatione competit. *Inst. de verb. obl. in princ.* *Aut si omissa verborum obligatio est, vtilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, dãda est.* id est, præscriptis verbis actio danda est. Recte hoc quoque, & conueniens suprascriptæ conuentioni.

Nam † si heres promisit se partem traditurum, apparet contractum esse negotium, in quo mater fecit, id est, a lite discessit, vt heres faceret, id est, vt traderet. In quo genere conuenit inter omnes, aduersus eum qui non facit, esse præscriptis verbis actionem *l. naturalis. §. sed si facio. ff. de præscr. verb.* Itaq; etsi faterer in eo genere, cum feci, vt dares, & postquam feci, cessas dare, actionem præscriptis verbis mihi non competere, idque putarem cum vulgo probari verbis Pauli, quæ sunt *in. d. l. naturalis. §. quod si faciam.* quod non puto: tamen etiam hac sententia admissa nihil hic locus huic rescripto aduersaretur, in quo constet eiusmodi negotium non geri. vt nihil sit necesse illam quæstionem in hoc rescriptum introduci.

11 Est † autem obseruanda circumlocutio, qua actionem præscriptis verbis Alexander describit. Vtilem vocat, & eam quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat. Quorum vtrumque habet dubitationem, vtilemne vocet efficacem, an non directam: & vtrum inde actio nomen habeat, quia demonstret rem præscriptis verbis, quod hic locus innuit: an aliunde. Sed quæ sit hæc actio: cur ita vocetur: quid differat ab actione in factum: quibus in negotiis competat, scriptum a me est diligentius in eodem illo commentario *De præscriptis verbis & in factum actione.*

L. De alimentis. VII.

Imp. Gord. A. Iunio militi.

*Transactionis placitum ab eo interpositum, cui caussæ actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuæ derogauit. PP. XIV. Kal. Jan. Gordiano A. & Auiola. Coss. 240.*

SVMMARIA.

1 *De alimentis relictis transactio vetita, non pactio donationis caussa, & cur. & num. 4.*

2 *De quibus alimentis vetitum transigere; & quibus conditionibus.*

3 *Prohibitæ de alimentis transactionis duplex ratio.*

4 *De alimentis cur vetita transactio etiam cum damno alimentarii; cum liceat vnicuiq; iuris sui persecutionem deteriorem pacto constituere; adde cum & hæc donationis caussa in totum remittere liceat. rationem esse in voluntate testatoris, & cur non ob hanc etiam prohibeatur pactio.*

5 *Transactio de ceteris rebus testamento relictis cur nō prohibita quasi contra voluntatem testatoris.*

6 *De alimentis relictis transigere quid opus fuerit vetari senatusconsulto, si voluntas testatoris per se prohibeat.*

7 *De alimentis inter viuos constitutis non vetitam transactionem: & quare.*

8 *De alimentis futuris cur vetita transactio, non de præteritis.*

TRANSACTIONES, bona fide interpositæ ratæ sunt: non tamen de omnibus rebus. Excipiuntur in re pecuniaria alimenta, quæ relicta sunt: in criminibus ea, quæ sanguinis pœnam non ingerunt. De criminibus *in l. transigere. j.* De alimētis est hoc rescriptū, de quibus plenius cautum est oratione Marci Antonini Imperatoris, quæ explicatur fuse ab Vlpiano *in l. cum hi. ff. eo.* Tantum quod satis sit ad hunc locum intelligēdum, eius orationis capita nobis notanda sunt: cetera ex interpretatione Vlpiani petentur. Obseruandum igitur, quid oratio vetet: de quibus alimentis loquatur: quibus conditionibus vetet: tum quæ sit caussa prohibitionis.

Vetat † oratio transigere, vt hic indicatur, & *d. l. cū hi*, nusquam pacisci. Vnde intelligitur non licere aliquo accepto actionem alimētorum remittere: gratis autem & donationis caussa licere. Nam cū omnia licere putantur, quæ non prohibentur, *l. mutus. §. 1. ff. de proc. l. 1. ff. de testib.* tum præcipue in hoc genere pacta habenda sunt, quę omnia edicto pretoris nominatim confirmantur. *l. iurisgentium. §. ait prætor. ff. de pact.* Quapropter cum nō prohibeamur pacisci de alimentis, sine dubio rata erit pactio. At enim vetat oratio transigere. Sed aliud est transigere, aliud pacisci donationis caussa, *l. 1. ff. eo.* Neq; vtrumq; eadem conditione habetur, vt mox dicam. 1

Iam † vetat oratio transigere de alimentis, non de aliis rebus: & de alimētis, non quibuslibet, sed iis, quæ testamento relicta sunt, aut codicillis, aut constituta sunt mortis caussa donatione, *d. l. cum hi. in princ. & §. 1.* Neque rursum de omnibus, quæ sunt relicta: sed de futuris dumtaxat, non etiam præteritis: quod hoc rescripto traditum est. In quo præterita vocantur præteritorum, futura in sequentium annorum. Non prohibetur transactio absolute, sed hæ sunt conditiones, si alimentarius caussam alimentorum deteriorem faciat transigendo: & non permittente prætore id faciat, aut non ita permittente, vt oratio iubet. Qui si transigendo sibi consulet, valebit trāsactio, vt adhibitis exemplis confirmat Vlpianus *in d. l. cum hi. §. eam transactionem.* Idem est etsi prætor ratam habuerit transactionem, cum de his tribus prius cognouisset, quę oratio complectitur, nempe de caussa transactionis, de modo transigendi, deque personis transigentium. In quibus quæ spectanda & animaduertenda sint prætori, dilucide idem Vlpianus docet *in d. l. cum hi. §. vult igitur.* 2

Prohibitionis † huius rationem duplicem habuit Antoninus, quam & oratione expressit. Vnam, ne alimenta interciperentur transactione, *d. l. §. eam transactio-* 3

*tranſactionem.* alteram quia hi, quibus alimenta relinquuntur, facile de his tranſigant cõtenti modico præſente, *d.l.in prin.* In quibus omnibus præter ea, quæ ab Vlpiano tractata ſunt, hæc nobis occurrunt, quæ quęrantur. Primum vetat oratio de alimentis tranſigere, non paciſci.

4 Si † cauſſa eſt, cur placeat alimenta non intercipi, cur de his vetita tranſactio potius, quam pactio donationis cauſſa facta: cum donatione multo magis intercidant alimenta? etenim ex trãſactione aliquid ſaltem accipit alimentarius: at ex donatione nihil. Ratio in oratione expreſſa eſt: qa facile homines tranſigant modico præſente contenti. Hoc .n. tantundem valet, ac ſi dictum eſſet, ideo ſubueniendum eſſe ei, qui trãſigat, quia facile homines commodo aliquo pręſente illecti decipiantur ad remittendum, quod ſit non ſolum in diem, ſed etiam incertum, & quod ipſis mortuis ad heredes eorum non tranſeat. At non item facile homines donant: quia in donatione nulla eſt illecebra ad remittendum, vbi nihil eſt, quod accipiat alimẽtarius in præſentia, non magis, quã ſi nihil remiſiſſet. Itaq; ſi nihilominus remiſerit, cum nulla re ad id factum, non dico cogeretur, ſed ne inuitaretur quidem, de ſe queri debet. Hic quidem dignus auxilio non videtur, quod tantum facilitati, & deceptis paratum eſſe debet, non iis quæ libere & certo iudicio quid geſſerunt. Non eſt hæc diſtinctio ſine exemplo. Idem factum obſeruare poſſumus in ſenatuſconſulto, quod eſt de interceſſionibus mulierum. Eo ſubuenitur mulieri, quæ pro alio ſe obligauit. At, quod mirum ſit, ei quæ pro alio vltro quid ſoluit & donauit (in quo multo certius mulier iam læditur) non ſubuenitur, *l.4.ff.ad Vel.* Quid ita? licet enim hic idem quærere, quod paulo ante fecimus: cum plus ſit detrimenti in donatione, quæ ſtatim & in præſentia donanti rem aufert, quam in promiſſione. cur prohibetur promiſſio, inquam, donatio non prohibetur? Vt ſciamus eam eſſe rationem, quam ſupra reddidimus, rem ibidem ita Vlpianus expedit: quia facilius, inquit, ſe mulier obligat, quam alicui donat.

5 Sed † cur de alimentis prohibitum eſt etiam tranſigere? Ne tranſactione intercipiantur alimenta, inquis. Hæc ratio non eſt ſatis. Quidni enim licuerit alimentario iure communi vti, id eſt, paciſcendo iuris ſui perſecutionem, & ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere? Nam hæc iure publico omnibus licent, *l.7.§.ſi paciſcar.l.pactũ.ff. de pact.* Dices alimenta ad rem maxime omnium pretioſam pertinere, nempe vitam. Idcirco ne cogatur alimentarius alimentis vitæ ſubductis fame interire, tranſactionem potiſſimum de alimentis ex priuatis rebus eſſe interdictã. n. At iſta ratione dicendum fuit non tranſactionem tantum de his interdici debuiſſe: ſed multo magis pactionem. Iſta ipſa ratione dicemus, etſi alimenta conſenſu inter viuos conſtituta ſint: tamen de his prohiberi debuiſſe tranſactionem: quoniam & hæc ad vitam pertinent. quorum tamen vtrumque falſum eſt. Quæ vt omnia conceſſerimus, tamen huic rationi in homine diuite, cui alimenta relicta ſint, locus eſſe non poteſt. Quantumuis enim hic de his vel pactus ſit, vel tranſegerit, non eſt periculum, ne propterea egeat. Atqui oratio ſic accepta eſt, vt etiam hũc vetet de alimentis tranſigere, *d.l.cum hi.§.eam.in fin.* Quod ſi neq; in omnibus cauſſis, in quibus alimenta vitæ ſubducuntur, hæc interdictio locum habet, & rurſum vbi id periculũ ceſſat, tamen locum habet interdictio: perſpicuum eſt in hac interdictione vitæ alimentarii non fuiſſe potiſſimum habitam rationem. Quæ res igitur fecit, vt ex omnib. rebus de alimentis re alioqui priuata tranſigere non liceret? Et ne quis hic putet contra regulas iuris, quæ ſunt de poteſtate rerum priuatarum & noſtrarũ, quidquam fieri: fateremur nullam eſſe cauſſam cur ita ſtatueretur, vt hic conſtitutum eſt, ſi alimentarii perſona ſpectaretur. Cuius ergo hic ratio habetur? Teſtatoris haud dubie, qui pecuniam reliquit in alimenta. Hinc enim eſt, cur vetet oratio tranſigi non de omnibus alimentis, ſed de iis, quæ teſtamento relicta ſunt. Et non dubium eſt, quin fiat contra voluntatem teſtatoris, ſi alimenta tranſigendo intercipiantur: qui ideo ea in annos ſingulos, aut in ſingulos menſes diſtribuit, vt eſſet legatario, quod quotannis, aut quot menſibus ad ſupremam vſque ſenectutem ad vitam ſuppeteret. Sed ex hac re multa incidunt, quæ quæramus. Nam ſi in hac re placet rationem voluntatis teſtatoris eſſe habendam, vt conſeruetur, cur non prohibetur alimentarii pactio, qua contra voluntatem eius multo magis alimenta intercipiuntur? Putem id eo fieri, quia viſum ſit ſenatui ęquum eſſe, voluntatem teſtatoris conſeruare ei, qui teſtatoris eius liberalitate vti vellet aliquid pro alimentis in præſentia accipiendo: non etiam ei, qui liberalitatem eius contemneret alimenta reiiciendo. quod is facit, qui ea donationis cauſſa remittit ei, vnde ſunt relicta.

Rurſum, † ſi voluntas teſtatoris in hac re conſeruanda eſt, cur non de ceteris rebus teſtamento relictis tranſigere prohibemur? Quia de ceteris tranſigendo nihil fit contra teſtatoris voluntatem. Si enim ita relictæ ſunt, vt ſemel præſtetur, hoc ipſo declarat teſtator ſe velle eas legatarii eſſe proprias. ex quo euenire & illud neceſſe eſt, vt poſſit legatarius de iis vel auctore ipſo teſtatore pro arbitrio ſtatuere. Si relicta ita eſt ſumma pecuniæ, vt nõ ſemel, ſed particulatim ea præſtetur diuiſis penſionib. in ſingulos annos, donec tota ſumma ſoluta ſit: ſi quidem non adiecerit teſtator ſe id facere legatarii cauſſa, vt inde alatur, apparet hanc diuiſionem penſionum heredis cauſſa adiectam eſſe, non legatarii. Sola igitur alimenta reſtabunt, quæ vere dicturi ſimus ideo in ſingulos annos aut menſes relicta eſſe, ne legatarius ea ante haberet, quam teſtator iuſſit, ne his interceptis legatarius egere cogatur contra ſententiam teſtatoris. Sed ſi hæc voluntas teſtatoris eſt, ne de alimentis facile tranſigatur, demus ſane hãc eſſe ſeruandam. 6

At † quid opus fuit ſenatuſconſulto cauere, vt id fieret in hac ſpecie: cum ius publicum ita ſit, ſupremas teſtantium voluntates præcipue eſſe conſeruandas? *l.verbis legis.ff.de verb.ſign.l.1.§.de ſacroſ.eccleſ.l. vel negare.ff.teſtam.quem.aper.* Quia in hac ſpecie non eſſet ſeruanda voluntas teſtatoris etiam iure publico, niſi auctoritas ſenatus interueniſſet. Quamuis enim vetaret aperte teſtator, ne legatarius tranſigeret de alimẽtis, & pecuniam inde acceptam conſumeret: tamen nudum hoc præceptum eſt, vbi non reperitur perſona alterius, quam legatarii, cuius cauſſa id caueatur. Placet autem quamuis in ceteris omnibus voluntas teſtatoris conſeruetur: attamen in hac re nullius eſſe momenti vbi nudum eſt præceptum teſtatoris, *l. filiusfam.114.§.Diui.de leg.2.* 7

Sed † cur de his alimentis, quæ teſtamento relicta ſunt, potius vetita tranſactio, quam de his quæ cõſenſu conſtituta debentur? Quia viſum non eſt ſenatui conſulere iis, qui inter viuos iſta conſtituiſſent, etſi 8

maxime qui ea constituit, alimentarii caussa id fecerit: vt, si patruus, aut cognatus aliquis diues cognato suo inopi & parum industrio ista donationis caussa constituat. Neque id abs re. Non enim fuit necesse: cum sit in potestate constituentis in eo sibi cauere, & efficere ne alimentarius de alimentis transigat. Si vult se viuo de his non transigi, det operam, ne consentiat: & res absoluta est. non enim ipso inuito cum ipso transigitur. Quod si nolit se mortuo transigi cum suis heredibus, facilime id consequetur eadẽ alimenta eidem legando, sub conditione, si heres de alimentis transegerit. Sic enim metuet heres transigere, ne frustra quid dederit, dum nihilominus eadem alimenta ex testamento debebit. Aut si transiget; sic incipient alimenta ex testamento deberi, vt nec de his iam possit transigi. deinceps enim legato agnito incipient ad orationem pertinere.

9 Ad † extremum cur non licet de futuris alimentis transigere: licet de præteritis? An quod præterita debentur: futura non debentur: vt proinde de illis tanquam de re nostra liceat paciſci: de his vt re non nostra nõ liceat? Sed spem etiam futurę perceptionis deteriorem cõstituere possumus, *l. pactum. ff. de pact.* Ergo hæc ratio est, vt mihi videtur, quia alimẽta præterita verbo alimenta dicuntur: re non sunt. quod ita demonstrari potest. Si sunt alimenta, aut sunt in pręsens, aut in futurum, aut in præteritum. Non sunt in præsens, aut futurum. non enim in hæc tempora testator ea destinauit. alioqui sane male dicerentur præterita. Rursum in præteritum alimenta non sunt. quis enim in præteritum ali possit? si quis alitur, in præsens alatur, necesse est. Ex quo efficitur alimenta præterita alimenta non esse. Sed ita dicuntur relatione facta ad id præteritum tempus, ad quod testator ea alimenta destinarat, etsi ei tempori non fuerunt reddita. Itaque in oratione Antonini, quæ refertur *in d. l. cum hi.* nihil amplius scriptum legimus, quam non licere transigere de alimentis, quæ relicta sunt. non additur de futuris: quia hæc sola sunt alimenta. Quod si ita est, non refert hoc rescriptum, id quod in oratione fuit, sed interpretatur.

*L. VIII. De alimentis.*

Imp. Gordianus A. Licinio.

*De alimentis præteritis si quæstio deferatur, transigi potest. De futuris autem sine prætore seu præside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur. PP. X. Kal. Ian. Pio & Pontiano. Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Procuratoris pactum seu transactio quando domino noceat.*

PROCVRATORIS pactum domino nocet: sed ita, dum paciscatur vt procurator, id est, de eo de quo & illi mandatum est. quod ita fit, si aut ei mandatum sit, vt pacisceretur, aut omnium rerum domini sit procurator, aut sit in rem suam datus, *l. nam & nocere. ff. de pact. l. iusiurandum quod ex conuentione. §. vlt. ff. de iur.* Nam extra mandatum procurator non est ex definitione procuratoris, *l. 1. ff. de proc.* Hinc quæstio de potestate eius, qui in litem ad agendum, aut defendendum datus est. De quo hic ita scriptum est.

1 Cui † caussæ actio mandata est, id est, cui mandatum est, vt caussam ageret, is si de lite decidat, id est, transigat, domino nihil nocet. Non enim vt transigeret, ei mandatum est. Ac præterquam quod mandauit, aut ratum habuit quisque, ei factum alienum nocere non potest, *l. diligenter. ff. mand. l. si procurator. ℐ. de procur.* Tantum vero abest, vt qui mandauit actionem, videatur transactionem mandasse, vt sint hæc nõ diuersa modo, sed etiam pugnãtia, agere & transigere. Nam qui agit, litem mouet: qui transigit, finit.

*L. IX. Si super.*

Imp. Gordianus A. Agrippino.

*Si super possessione, quæ tibi quæsita est, cum quæstionem patereris, a fratre vxoris tuæ pactum conuentum, & stipulatio inter vos, (vt allegas) interposita est, vt si intra diem certum idem aduersarius tuus decem aureos tibi numerasset, possessione ei cederes, vel si eam inferre quantitatẽ non curasset, vlterius quæstionem non patereris: & is, qui ita spopõdit, promisso satis non fecit: consequens est, te, ad quem res pertinet vim ab eo pati, non debere. Cuius rei gratia, vir clarissimus præses prouinciæ interpellatus vim fieri prohibebit: præcipue cum, etiamsi in rem diuersæ parti actio competeret, huiusmodi pactione propter vtilem exceptionem posset submoueri. PP. VI. Id. April. Gord. Aug. 2. & Pompeiano. Coss. 242.*

SVMMARIA.

1 *Species rescripti, & summa.*
2 *Conuentio hic, non transactio: & quid ad rem pertineat id nosse.*
3 *Actorem in proposito si intra diem decem offerat recusante possessore, habere actionem ex stipulatione, aut sine stipulatione præscriptis verbis, quasi impleta conditione decem dedisset.*

AME possessionem vindicas, id est fundum. nam id quoque possessio significat, *l. quæstio. ff. de verbor. signific.* Conuenit inter nos, vt si intra mensem decem mihi dares, ego tibi eo fundo cederem. nisi dares, conuenit, ne mihi faceres amplius fundi controuersiam. Intra mensem decem non das. itaq; posterioris conuentionis conditio exstitit. An conuentionis exceptione tuendus sim, quæro. Rescriptum est me tuendum esse. 1

Quæri † solet, quo iure: cum transactio non sit, nisi tunc, cum actori quid datur, aut promittitur, *l. transactio. ℐ.* constet autem hic nihil neque datum, neque promissum esse. Dicendum est nõ esse hic transactionem: sed non eo minus conuentionem esse. ac conuentiones iustæ seruandæ sunt. At enim, dicet quispiam, non est æquum me rem alienam possidere. Necesse est autem hunc fundum, de quo agitur, alienum esse, si eum actor in me nõ transtulit. Respondeo, hoc ita iniquum me rem alienã possidere, si possideam inuito domino. Nam si volente eo possideo, cum ita cõuenit, conuentio ex edicto rata est. Dixi hic transactionem non esse, non quod ad vim conuentionis quidquam intersit, vtrum transactionem, an conuentionẽ solam esse dicamus, cum pariter ex trãsactione defenderetur possessor, atque ex pacto, imo magis: sed ne quid hic cõtrariũ diceremus ei definitioni, qua placet, nullo dato, vel retento, aut promisso, transactionem non esse, *d. l. transactio nulla. ℐ.* quæ omnia in speciem hic propositam concurrunt. Et certe transactio hic esse non potest, vbi possessor totum habet, actor nihil: cum transactionis proprium sit, vt actor neque totum accipiat, quod petit, neque rursum totum remittat, sed ex eo quod petit, pars aliqua ei decidatur. Vulgo tamen trãsactionem esse defendunt, ne inepte rescriptum in hunc titulum relatum sit. idq; faciunt hac ratione, quod dicant actorem ex conuentione aliquid accipere potuisse, atque adeo fundum totum, si vellet,

let, decem nimirum dando. hoc potuisse accipere: et si non acceperit, pro accepto haberi volunt, vt sic efficiatur transactio. quod ad interpretationē *d. l. transactio*, notari præcipiunt. Sed ne huic quidem rationi in specie de qua hic agitur, locus esse potest. Agitur enim de eo, qui intra diem constitutum decem non dedit, aduersus quem possessor fundum retinere vult ex conuentione, quæriturque, an hoc casu retineatur fundus ex transactione, an non? Perspicuum vero est, ne supra scripta quidem ratione dici posse hic esse transactionem, cum actor post id tempus neq; quidquam acceperit, neque etiam accipere potuerit, facultate implendæ conditionis exclusus: Cur ergo in hunc titulum hæc species relata est? Quia conuentio ita concepta est sub conditione, & ad diem, vt intra diem transactio esse potuerit. Nam si actor intra diem decem daret, tum vera esset transactio, vbi actor fundum suum reciperet, non tamen totum, cum pro eo aliquid possessori daret.

3 Sed † cum in specie facti proposita duæ sint conuētiones; vna, vt fundus reddatur, si decem ex conditione data sint; altera ne reddatur, si conditio impleta nō sit, & de vi posterioris hic tantum respondeatur: quid fiet, si proponas actorem intra diem decem offerre ex conditione; & possessorem non accipere, vt fundū retineat? Dicemus actorem fundum vindicare posse, vt prius, si velit: sed & fundum petere posse ex stipulatione, quæ hic proponitur, tamquam conditione impleta, cum per reum stet, quo minus impleatur, *l. in exsecutione. §. vltim ff. de verborum obliga. l. in iure. ff. de reg. iur.* Citra stipulationem autem an agi possit ex pacto, dubitari potest. Et putem agi posse eadē ratione. ageretur enim, si decem data essent, quæ nūc pro datis habentur ex regula iuris, *d. l in iure. de reg. iur.*

*L. Fratris. X.*

Imp. Philippus A. Apollophaniæ.

*Fratris tui filiis de paterna successione ac statu etiam nunc contra fidem sanguinis, itemq; placitorum, quæstionem inferre parum probe postulas. nullus etenim erit litiū finis, si a transactionibus bona fide interpositis cœperit facile discedi. PP. prid. Kal. Ap. Peregr. & Æmil. Coss. 245.*

S V M M A R I A.

1 *His verbis, a transactionibus bona fide interpositis nō licere discedere, cur hic additum non facile, & hoc quid sit.*

2 *Cum hic dicitur nullum futurum finem litium, cur addatur hæc conditio, si a transactione cœperit facile discedi, cum possint lites finiri aliis modis.*

3 *Contra fidem sanguinis quid sit in hoc rescripto.*

SENTENTIA est, a transactionibus bona fide interpositis recedi non posse, eadem, quæ *in l. cum te. §. l. caussas. l. interpositas. l. non minorem. l. siue apud. ȷ.* addita hic est ratio, vt sit aliquis litium finis. nō temere, quid valeat, intelligetur in *l. si profundo. ȷ.*

1 Sed † adiicit rescriptum non facile discedi posse. Cur non facile, cum in totum a transactionibus bona fide interpositis recedi non possit? *l. 4. l. 5. §. eod.* Nam hoc non facile, valet non temere: ceterum ex magna & euidenti caussa posse, *l. pen. ff. de in int. rest.* Additum hoc est propter minores viginti quinque annis, cum quibus transactiones etiam bona fide interpositæ in integrum restitutione petita rescindi possunt *d. l. 4. & l. 5. §.*

2 Ait † etiam rescriptum, si a transactione cœperit facile discedi, nullum futurum litium finem quasi alio modo non posset finiri quod falsum est. vt enim a transactione discesseris, finiri lis potest re iudicata. *l. 1. ff. de re iud. l. 1. ȷ. de re iud.* finiri potest & iureiurando, *l. 1. l. 2. ff. de iur.* Immo ne his quidem modis potest finiri, si licet a transactione discedere, vt bene Accursius scripsit. Nam iusiurandum seruatur ideo, quia trāsactionis speciem continet *l. 2. ff. de iur.* Ne valeat trāsactio. consequens est iusiurandum transactionis speciem non valere, siue speciem intelligas formam aut partem siue speciem, imaginem. Res autem iudicatæ nō maiorem habent auctoritatem quam transactiones, *l. non minorem. ȷ. eo.* vt si ab hac specie licet discedere, par sit licere etiam ab altera.

Contra † fidem sanguinis in hoc rescripto significat, contra officium consanguinitatis, contra quam consanguineus consanguineo præstare debet ex officio sanguinis & tacita quadam fide, qua alter alteri iure sanguinis obstrictus est; & in summa contra quam a consanguineo exspectari debet. 3

*L. De fideicommisso. XI.*

Impp. Valerianus, Gallienus AA. & Valerianus nobilis Cæsar Caiano militi.

*De fideicommisso a patre inter te & fratrem tuum vicissim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vita, interposita transactio rata est: cum fratrum concordia, remoto captandæ mortis alterius voto improbabili, retinetur. Et non potest eo casu rescindi, tamquam circumuentus sis: cum pacto tali consenseris: neq; eam cui subueniri solet, ætatem agere te proponas: nec, si ageres, iisdem illis de caussis in integrum restitutionis auxilium impetrare deberes. PP. XV. Kal. Decemb. Valeriano & Gallieno AA. vtrisq; II. Coss. 256.*

S V M M A R I A.

1 *Si qui mutui fideicommissi quamuis nondum delati spem inuicem pacto remittant, vt aliquid accipiāt, transactionem esse omnia continentem quæ sunt propria transactionis.*

2 *Aduersus transactionem qua spes futuri fideicommissi aliquo cœpto remittitur, nullam esse ætatis in integrum restitutionem? & cur.*

INTER quos heredes mutuum fideicommissum relictum est ita, vt qui prior decederet sine liberis, portionem suam superstiti restitueret, hi si inuicem spem fideicommissi remittant, trāsactio est. Est enim pactio de lite, non quidem quæ nunc sit, sed quæ esse possit postea. quod est ad transactionē satis, *l. 2. §.* Est & de lite incerta: quia cui fideicommissi actio detur, incertum, propter incertum conditionis. Et quoniam nulla est transactio, nisi cum remittenti litem aliquā aliquid vicissim datur, aut ab eo retinetur, *l. transactio. ȷ.* id quoque ne quis hic requirat, sic in proposito accidit. Vterque enim sic alterius partis actionem remisit alteri, vt retineat suā partem & sibi & heredibus. 1

Hæc † transactio ita rata est, vt non valeat tantum inter maiores viginti quinq; annis iure publico, quo transactiones ratæ sunt: sed etiam iure prætorio inter minores. Intelligi enim oportet ita subueniri minoribus, non si quid gesserint: sed si ita gesserint, vt etiam sint capti *l. verum. §. sciendum. ff. de minor.* Quod Imperatores ostendunt in proposita specie nō contigisse his de caussis. Primum quod quantum vnus dat alteri, tantum ab eo vicissim retinet. Deinde quia accedunt hæc vtrique commoda: quod remouetur vtriq; votū improbandū captandæ mortis alterius: vtriq; hoc facto amouet huius periculi metus. eodēq; facto in- 2

ter fratres concordia retinetur. At enim præter spem euenire potest, vt maior prior moriatur. Non dabit ea res restitutionem, eleganter Vlpianus *in d.l. verum. §. sciendum.* non euentus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. Fideicommissum reciprocum remissum esse hic proponitur. Quid, si simplex erit fideicommissum relictum ei, qui nūc superstes est, & minor transegit? non eo minus rata erit transactio iisdem de caussis: quia hic ex transactione quid accepit, quod certus erat se perpetuo habiturū, & ad heredes suos transmissurum: cum si non transegisset, fieri posset, vt nihil haberet, quia prior decederet, quam frater. Boni patris familias est potius certi quid accipere, quam pendere ex dubio euentu, vbi fieri possit, vt plane nihil auferat. Ad id commodū accedunt superiora, quæ non minus & in hac remissione conspiciuntur.

*L. Præses. XII.*

Impp. Valerianus, Gallienus AA. & Valerianus nobilis Cæsar Caiano militi.

*Præses prouinciæ existimabit vtrum de dubia lite transactio inter te & ciuitatis tuæ administratores facta sit: An ambitiose id quod indubitate deberi posset remissum sit. Nam priore casu ratam manere transactionem iubebit: posteriore vero casu nocere ciuitati gratiam non sinet. PP. XVI Kal. Mart. Æmiliano & Basso. Coss. 260.*

SVMMARIA.

1 *Tutoris, curatoris, administratoris ciuitatis parem esse potestatem in rebus sibi commissis gerendis.*

2 *Curatorem ciuitatis de re dubia transigere posse: rem certam remittere non posse.*

3 *Ambitio quid. & quod ambitiosum factum curatoris ciuitatis.*

4 *Ambitiosa decreta.*

1 QVÆ potestas est tutoris in rebus pupilli, curatoris in rebus adulti, de qua diximus *ad. l. pactum curatoris. s. prox. tit.* eadem est administratoris ciuitatis in rebus ad ciuitatem pertinentibus. Nempe vna est omnibus rerum administratio permissa: nihil amplius. Ea continetur, vt rem gerant, non perdant. Ex quo est quod hic traditur, vt possit curator ciuitatis de lite dubia transigere: rem autem certam & indubitatam frustra remittat. cuius distinctionis reddidi rationem *ad d.l. pactum curatoris.* Rem indubitatam qui remittit, dicitur hoc loco ambitiose remittere. Recte.

2 Est † enim ambitio, nimia & peruersa honoris cupiditas, cum quibus rebus non oportet, aut non quomodo, quibusue rationibus oportet, materiam honoris & gratiæ captamus. Quod hi faciunt, qui rem gerentes publicam aut priuatam, largiuntur aliis de alieno: qualis est ciuitatis administrator, qui debitoribus ciuitatis debitum remittit: aut magistratus, decurioue cum decernit de publico alicui ædes, vel prædia, vel certam pecuniam præstari. Non dubiū est enim, quin his factis affectēt liberalitatis, munificentiæ, aut splēdoris laudem: cupiant etiam alios sibi gratia, id est, beneficio demereri, eamque gratiam, id est, fauorem, ab illis inire. quod & vt plurimum apud vulgus consequuntur, sed peruerse, & minime vt oportet: cum de alieno, vt dixi, & eo quidem, cuius cura ipsis erat tradita, largiantur. Merito igitur & eiusmodi remissio hoc loco ambitiosa.

3 Et † decreta decurionum, quibus idem decernitur, ambitiosa ab Vlpiano appellantur *in. l. ambitiosa. ff. de decret. ab ordine fac.* vt sint ambitiosa, quæ malis rationibus sunt ad inanem laudem, & gratiam comparata.

*L. Interpositas. XIII.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Probæ.

*Interpositas metus caussa transactiones ratas non haberi edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea quæ consensu terminata sunt, sufficit. Sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. Ad vim tamē vel dolum arguendum qualitas caussæ principalis non sufficit. vnde, si nihil tale probari potest consensu quæstiones terminatas minime instaurari oportet. Sed quoniam eum, cum quo te transegisse commemoras, ex ancilla tua natum seruum tuum esse adseueras: si vera sunt, quæ precibus complexus es, alia ratio pactum reformat. nec enim dubii iuris est, dominos cum seruis suis paciscētes, ex placitis teneri atq; obligari non posse. S. IV. Nonas April. Byzantii, ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Summa rescripti.*

2 *Metu gestum irritum.*

3 *Edicta veterum prætorum a Saluio Iuliano composita, id est, digesta in ordinem, totum id corpus compositionis confirmante Hadriano Imperatore.*

4 *Edicta olim annua: post compositionem Iuliani confirmatam ab Hadriano perpetua esse cœpta, vtpote pro iure perpetuo habita.*

5 *Edictum perpetuum singulari numero dici cœptum totum illud corpus edictorum compositum a Iuliano.*

6 *Neq; remissio accepto maior dolum in reo, neq; maior remisso promissio dolum in actore transigente arguit.*

7 *Dominus seruo an & quatenus obligari possit, vt seruus vtiliter aduersus dominum consistat.*

DVÆ res hic proponuntur, quæ transactione obstent: metus ad transigendum illatus; & eius cum 1
quo transigitur seruitus, si dominus cum eo vt cum libero transegerit. Metu gesta edicto rescinduntur. quo loco docet rescriptum, quo metu, & quomodo is probetur. Domini cum seruis suis paciscentes placitis non tenentur. quæ rescripti summa est.

*Edicto perpetuo continetur.*) † Edictum est de eo, 2
quod metus caussa gestum est, quo negat prætor se quidquam, quod metus caussa factum sit, ratum habiturum. *l. 1. ff. quod met. caus.* Quem metum in eo edicto accipere debeamus, illic quærendum est, quoniam ad interpretationem eius edicti pertinet.

Sunt † autem edicta veterum prætorum a Saluio 3
Iuliano temporibus Hadriani Imperatoris composita, id est, digesta in ordinem. *l. 2. §. si quid igitur. s. de vet. iure enucle.* Id corpus confirmauit Hadrianus, cuius & voluntatem Senatus secutus est, *d. l. 2. §. si quid igitur.* Hadrianum confirmasse id cum legimus, hoc intelligimus constituisse illum, vt pro iure perpetuo, & lege ea edicta omnia, quæ in illo opere essent obseruarentur. Alioqui quid confirmatione Hadriani ad eam rem & senatusconsulto esset opus?

Nam † ante prætorum edicta perpetua non erant: 4
sed exacto anno finiebantur, vt erat annuum prætoris imperium. *tit. de perpe. & temp. act. in princ.* Ipsi quidē prætores quam diu pretura fungebātur, ex edictis suis perpetuis ius dicebant lege Cornelia. itaque auctori suo tam diu erant perpetua. at absolute non erant perpetua: quia ea edicta alios prætores non tenebant. Post compositionem edicti senatusconsulta cœperūt pro iure perpetuo, & lege esse.

Hinc † primum nomen edicti perpetui natum est. 5
Omnia

5 Omnia † enim edicta, quæ illa compositione in vnum corpus redacta erant, tanquam iam vnum edictum esset, ideo edictum singulari numero dici cœperunt, *l. 2. ff. de stat. ho.* Et quia auctoritas iuris publici ei corpori data est, inde dictum est etiam perpetuum. Inde Saluius Iulianus edicti perpetui conditor & ordinator a Iustiniano dictus *in d. l. 2. §. si quid igitur. s̄. de vet. iure enucl. & l. penult. j. de cond. indeb.* Nisi quis malit edictum perpetuum dictum esse continenter, coniunctim, & vno tenore compositum, ita vt nulla esset interruptio. sicut Cicero alicubi perpetuam historiā dicit, quæ nullo speciali argumento separatim tractato interrupta est, *lib. 5. epist. famil. epist. 12. ad Luceium.* Sed prius verius est. Nam & ante compositionem Iuliani fuerunt edicta in albo prætorum continenter, & sine interruptione scripta, neque tamen ante tempora Iuliani aut ea dicta sunt edictum, aut dicta perpetuum edictum. si verum est huius edicti, quod perpetuum esse cœpit, conditorem esse Iulianum.

6 *Qualitas caussæ principalis non sufficit.)* Non † si is, qui litem remisit, multum remisit modico cōtentus, & ita in re captus est; aut reus plus promisit, quam ex remissione consequi potuit: ideo his rebus conuincitur, vim aut dolum aduersarii interuenisse: cum nihil prohibeat actorem, aut reum illa facere, neque tamē ab aduersario coactū, aut circumuentum esse. Sic collectio est, *l. neq; natales. j. de prob.* Sed quid hoc sit quod dicunt Imperatores, iidem apertius explicant in *l. si voluntate. j. de rescind. vend.*

7 *Nec enim dubii iuris est.)* Neque † ex contractu, neque ex maleficio aut vlla alia caussa inter dominum & seruum obligatio & actio nasci potest, *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del. §. si seruus. Inst. de nox. act.* Et extra libertatem quidem plane nulla nascitur. De libertate autem, si quid inter se paciscantur dominus & seruus; si quidē transigant, cum is qui seruus dicebatur, se seruum negaret, rata est transactio tamquam cum libero interposita. sin agitur vt cum seruo, ita vtilis conuentio est, si seruus domino pretium dederit, vt manumittatur. Et tamen hactenus vtilis, non vt ordinaria actione experiri possit aduersus dominum pro suo iure, vt liberi homines solent, sed vt officiosa postulatione apud magistratum consistat aduersus dominum, quo conuentioni suæ stare velit, *l. vix certis. ff. de iud. l. cum adfirmes. j. de lib. cau.* Nec de alia specie accipiendum est, quod *in l. si seruum. §. si quis dederit. ff. de acq. her.* ita scriptum est: *si quis dederit nummos domino, vt manumittatur, puto huic omnimodo esse succurrendum.* Domino sic accipe, non *futuro*, vt non recte Accursius & Bartolus acceperunt: sed *domino suo*, quem nunc dominum habet, cui dat nummos. Nec metuemus, ne quod illic dicitur, huic seruo omnimodo succurrendum, cōtrarium sit prioribus. Nam & in hac caussa licet seruo aduersus dominum ita consistere, vt impetret, *d. l. vix certis. de iud.* proinde omnimodo. Sed extra ordinem id consequitur, vt dixi. Et hoc succurrendi verbum significat, quo vtimur in iis, qui ipso iure & communi auxilio muniti non sunt, *l. in caussæ. 1 iuncta. l. in caussæ. 2. ff. de minor.*

L. *Si diuersa. XIV.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Sopatræ.

*Si diuersa pars contra placitum agere nititur: æquitatis ratio suadet, refusa pecunia (cum & tu hoc desideras) caussam ex integro agi. PP. IV. Non. Iul. ipsis IV. & III AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Conuentionem vt actori aduersus transactionem de eadem re agere liceat, refusa quam acceperat pecunia, semper ad iterum agendum vtilem esse, si pecunia refusa sit, etiam vetere actione per acceptilationem prius sublata.*

2 *Conuentionem simplicem, vt iterum agere liceat aduersus transactionem, actori inutilem esse vetere actione prius sublata.*

3 *Pecunia non refusa ab actore, etiam illam conuentionem esse illi inutilem, vt pecuniam refundat, & ei de eadem re agere liceat; non tantum si ipse pecuniam non offerat, sed etiam si illo offerente reus accipere recuset.*

4 *Conuentio vna si erit, vt actori agere liceat, sed sub conditione si pecuniam refundat: vtiliter eum iterum acturum, si pecuniam offerat, tamquam impleta conditione.*

QVOD tam multis locis inculcatur sub hoc titulo, lites consensu finitas instaurari non posse, quomodo accipiendum sit, docet hoc rescriptū. Nempe inuito aduersario lis transactione decisa instaurari nō potest. Ceterum aduersario consentiente, si quidem & pecunia, quam transactionis nomine actor acceperat, refusa sit, quo minus ex integro de eadem re agi possit; nihil est impedimento. Quin etiam id ita fieri æquitatis ratio suadet, vt hic scriptum est. si quidem æquum est, pactum nouissimum seruari, *l. pacta nouissima, s̄. de pact.* Sed cur addidit rescriptum, refusa pecunia? non quia non possit interdum agi cum aduersario consentiente, etsi pecunia refusa non sit: sed quia non semper potest agi etiam cum eo, qui consenserit, vt secum agi liceret, nisi pecunia sit refusa.

Si † cum actor pactus est, vt sibi de eadem re agere liceret refusa pecunia, simul etiam refusa pecunia sit: nunquam erit tempus, cum caussa ex integro agi non possit, in eamq; rem non suppetat actio propria, qua actor experiatur: siue pacto transactum fuerit ita, vt maneret vetus actio: siue transactum sit per acceptilationem. quo modo vetus actio exstincta est. Priore casu sic vetus actio est, vt si reus vtatur pacti exceptione, exceptio replicatione doli mali elidatur, *l. si vnus. §. pactus, ff. de pact.* Posteriore sic vetus actio est sublata, vt ne pacto quidem possit restitui: cū vnaquæque actio ex suis caussis, non ex consensu solum nascatur, *d. l. si vnus. §. pactus.* sed erit noua; nempe præscriptis verbis: quia sic actor refudit pecuniam, vt sibi iterum liceret agere, in quo pactum non est nudum: sed negotiū ciuile geritur, ex quo est præscriptis verbis actio, *l. legem. s̄. de pact. l. solent. ff. de præsc. verb.* Et plane simili in specie, in qua actio confusione sublata erat, hæc eadem actio redditur ei, qui quid dedit, vt sibi idem quod prius, petere liceret, *in l. debitori. s̄. de pact.* 1

At † si re transacta pactus sit actor, vt de eadem re ageret: sed pactus sit tantum ita, vt pecuniam acceptā non refunderet, nihilque daret reo eo pacto, vt sibi liceret agere: est, cum hæc conuentio agenti prosit: est etiam, cum sit inutilis. Prodest, si vetus actio transactione sublata non fuit. Licet enim etiam nunc illa experiri: cui si obiicitur transactionis exceptio, hæc vt dixi, posterioris pacti replicatione elidit. Ceterū erit pactio inutilis si proponas id tum cōuenisse cū prius trāsactione vetus actio esset sublata per acceptilationem. Nam neque vetus actio semel exstincta suscitari 2

potest;neq; ex pacto nascitur noua. Proinde cum dicitur hoc rescripto, ex integro caussam agi posse reo consentiente,nō otiose additur, *si & pecunia refusa sit:* cum pecunia non refusa non semper de eadem re liceat experiri,quamuis vt id facere liceat reus aliquando desiderauerit.

3 Quid † si conuenerit, vt de eadem re agere liceret refusa pecunia, reus autem mutato consilio postea pecuniam non accipiat, nec secum agi patiatur? Ipse actionem recte recusat. Facit enim pecuniam recusando, vt semper verum sit eum non accepisse. Nisi forte dicamus,cū pecunia promissa reo offertur, perinde habendum esse, quasi eam accepisset. Sed certi iuris est,cum conuenit, vt tibi quid darem, aut facerem,esse pœnitentiæ locum,id est,rebus integris esse in potestate tua non accipere,& efficere ne mihi obligeris, *leg.3.l.5.ff.de cond.caus.dat.l.qui pecuniam.ff.si cer.pet.* Hęc ratio efficit,vt etsi transactum sit pacto tātum ita,vt vetus actio maneret integra actori: tamen ei agenti obstet prioris pacti,id est,transactionis exceptio:cum nouissimum pactū non aliter ei possit prodesse, quam si pecuniam refuderit. quod non facit, cum reus eam non accipit.& iam diximus esse in eius potestate eam non accipere.In summa, pecunia non refusa ex hac conuentione,duobus casibus iterum agi non potest.Vno,si simpliciter conuenerit, vt ageie liceret nullo de pecunia refundenda pacto interposito,vbi & actio prius trāsactione exstincta erat.Altero, si conuenerit de refundenda pecunia,& reus pecuniā accipere recuset.quo casu nec vetere actione experiri licebit,quamuis manserit,nec noua.

4 Quod † tamen sic accipiendum est, si conuenerit nominatim,vt actor refunderet pecuniam, & illi de eadem re agere liceret:vt sic conuentio esset duplex, & contractus is,ex quo actor pecuniam dare, reus facere,id est,actionem suscipere deberet.Diuersum puteın,si vna fuerit conuentio,vt actori iterum agere liceret sub conditione, si pecuniam refunderet. Nihil enim hic occurrit,cur actor pecuniam offerendo, nō recte agat. Aget recte vt impleta conditione, si reus pecuniam refusam accipit. Si non accipit, nihilominus ex regula iuris conditio pro impleta habenda est: quia per eum stat, quominus impleatur,*l.in iure.ff.de reg.iur.l.in exsecutione.§.vlt ff.de verb.obl.*

L. Vt responsum. XV.

Impp.Dioclet & Maximian.AA.Pontio.

*Vt responsum congruens accipere possis,insere pacti exemplum.Ita enim intelligemus,vtrum sola conuentio fuerit,an etiam Aquiliana stipulatio,nec non & acceptilatio secuta fuerit.quæ si subdita esse illuxerit,nullam aduersariæ tuæ petitionem hereditatis, vel in rem specialem competere,palam est.PP.XV.Kal.August.ipsis.IV.& III.AA.Coss.290.*

SVMMARIA.

1 *Facti species.*
2 *Ius ex facto oriri:vtq; est consultatio, ita & responsum esse oportere.*
3 *Petitio hereditatis & rei vindicatio quomodo vtiliter deducantur in Aquilianam stipulationem,vt deinde acceptilatione tollantur.*

1 QVI conuentus erat petitione hereditatis,aut vindicatione, transegit cum actore ita, vt a lite discederetur,ipse certam pecuniam actori daret.Cū non staret promissis,aut vim vel dolum in transactione adhibuisse diceretur,quibus de caussis iterum agi potest, *l.siue §.eo.l.interpositas l.4.§.eod.* conuenitur iterum vetere petitione.negat secum vetere actione recte agi,quod de ea transactum sit:deque ea re consulit Imperatores.

Respondent † illi se nihil congrue, id est, absolute 2 & præcise posse respondere: quia consultor de pacto non satis dixerit.Fieri enim posse,vt actor recte actionem instauret:fieri posse, vt non recte: prout scilicet aut pacto tantum transactum erit, aut per acceptilationem.quod consultor in pacti, de quo consulit, exemplo prætermisit. Acceptilatio si interuenit, actio peremta est.quo fit,vt actor amplius ea experiri non possit.Si transactum est pacto,vetus actio mansit: qua proinde recte ille experietur,si fides placitis non præstatur,*l.siue apud §.eo.qua de re dixi alibi supra,l.4.*

Notandum,† quod Imperatores dicunt,etiam pe- 3 titionem hereditatis,atque adeo specialem in rem actionem rei meæ Aquiliana stipulatione & acceptilatione secuta,sic tolli,vt deinceps non competant. De acceptilatione non dubitatur, quin recte & vtiliter sequatur, si Aquiliana stipulatio præcessit, in quam actiones deducerentur. At quomodo deduci potuerunt,vt sic verbis cautæ cōtrariis verbis tollerentur? Ipsas actiones sibi pręstari nemo actor stipulari potest, quia ipse eas habet,non reus.Rem ipsam,quæ actione in rem petitur, multo minus. nemo enim rem suam stipulari potest, *l.nemo rem ff.de verb.ob.* Quis ergo locus relinquitur Aquilianæ stipulationi? Quod si in eā hæ actiones aut res ipsæ deductæ non sunt, ne acceptilatio quidem eas sustulerit,quæ verbis tollere non potest,nisi quod verbis colligatum est, *l.an inutilis §. acceptum ff.de acc.* Et Aquilianæ stipulationis formula quæ exstat *in §.item per. Inst.quib.mod tol. ob.* ostendit,sic actiones in rem in Aquilianam stipulationem sine offensa iuris deduci,vt dominus idemque petitor non stipuletur rem suam;sed quanti ea res erit,tantam pecuniam sibi dari,id est, nō rem, sed æstimationem. Huius æstimationis obligatio acceptilatione recte tollitur;sublata facit,vt effectu etiā petitio de re ipsa sublata intelligatur. Actionis enim in rem vis & effectus omnis in eo est, vt re non restituta, lis aduersus possessorem æstimetur. *l.qui restituere. ff.de rei vind.* Ne sit igitur litis æstimatio;iudicii vis & potestas tollitur. Et hoc est, cur placeat fundi nouationem fieri non tantum si quis eumdem fundum, sed etiam si quanti is fundus est, nouationis animo stipuletur, *l. fundum ff.de nouat.*

L. Caussas. XVI.

Impp.Dioclet.& Maximian.AA.& CC.Cæcilio.

*Caussis vel lites transactionibus legitimis finitas,imperiali rescripto resuscitari non oportet. S.V.Id.Mart.ipsis V.& IV.AA.Coss.293.*

SVMMARIA.

1 *Rescriptum principis contra ius impetratum non admittēdum a iudicibus,etiam hac clausula addita, Non obstante lege contraria,quamuis ea lex nominatim appelletur.*

EADEM sententia quę *in l.fratris,& similibus.* Quid distet caussa a lite ad *l.postquam §.prox.tit.*

Quod † ait lites transactionibus legitimis finitas, 1 nec imperiali rescripto resuscitari oportere, non eo tantum pertinet,vt significetur Imperatorem rescriptum eiusmodi concedere non debere,sed etiam vt si forte

forte concessum sit, a iudicibus admitti non debeat, quia sit contra ius. Huiusmodi enim rescripta iubentur constitutionibus in iudiciis reiici, *l. vlt. §. si con. ius vel vti. pub. l. rescripta. §. de pre. Imp. off.* Quid, si Princeps nominatim in rescripto addiderit, se velle rescripto suo stari, non obstante hac l. *caussas?* Ne sic quidem rescriptum admittendum putem. Scriptum est enim in *d. l. vlt. §. si cont. ius.* iudices non debere dubitare, generales constitutiones omnibus modis obseruandas. Ergo & si isto modo rescriptū conceptū erit.

*L. Cum proponas. XVII.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Marcello.

*Cum proponas: ab ea, contra quam supplicas, litem quã tecum habuit, transactione decisam, eamq; acceptis his, quæ negotii dirimendi caussa placuerat dari, nunc de cõuentione resiluisse: ac petas vel pacto stari, vel data restitui: perspicis: siquidem de his reddendis manente transactionis placito, statim stipulatione; si contra fecerit, prospexisti, & 25. annis maior fuerit: quod exceptionem pacti, & actionē datorū habeas. quod si nihil tale cõuenit: exceptio tibi: non ēt eorū, quæ dedisti, repetitio cõpetit, parta securitate. PP. V. Id. Iun. ipsis AA. V. & IV. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Species & summa rescripti.*

2 *Datum actori hac lege, vt si iterum ageret, datum redderet, conditione exsistente repeti posse, quamuis solum pactum de reddendo sine stipulatione interuenerit: neque hunc locum refragari.*

3 *Siquidem, interdum non conditionem, sed caussam exprimit, vt sit pro quandoquidem, vt hic.*

4 *Exceptionem pacti, & actionem datorum quomodo reus ex conuentione habere possit, quamuis nominatim conuenerit, vt actore iterum agente vtrumque haberet.*

5 *Datorum repetitionem etiam sine conuentione reo competere, si actore itum agente reus exceptione non vtatur, aut vsus condemnetur.*

S*I quidem de his reddendis manente transactionis placito statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti.)*
1 Res ita gesta est. Dedit † Marcellus aduersariæ decem transactionis nomine, ne quid amplius a se peteretur. quod si quid aduersaria amplius peteret, statim stipulatus est decem data sibi reddi ea lege, vt nihilominus pactum de non petendo interpositum ratum maneret. Si aduersaria amplius agere eo nomine instituat, volunt Imperatores non solum posse Marcellum exceptione pacti se tueri, vt certum est semper ex pacto exceptionem nasci: sed etiam actionem datorum habere, id est, vt in extremo nominant, eorum, quæ dedit, repetitionem.

2 Hoc † vero non solum ita recipiendum est, si, vt hic scribitur, Marcellus sibi in eam rem stipulatione prospexerit: sed etsi in re danda conuenerit solum, vt decem data redderentur, si aduersaria amplius ageret, manente nihilominus transactionis placito. Est enim hoc pactum, ꝙ interponatur in traditione rei nostræ. cuius generis pacta, quæcunq; sint, valere constat. *l. in traditionibus. ff. de pact. l. legem. §. eo. tit.* Nam quod hic dicitur, data repeti posse, si quidem de his reddendis manente trãsactionis placito statim stipulatione Marcellus prospexit, ideo hoc de stipulatione additum est, quia Marcellus in re exponenda posuerat rem ita esse gestam: non quia ita geri fuerit necesse. Idque ita esse hęc probant. Etsi enim concederemus stipulationem ad eam rem esse necessariam: tamen illud non esset necesse, vt interponeretur stipulatio statim, & in continenti. Nam stipulatio quandocunq; interponatur, iure ciuili actionem parit. *§. de constituta Inst. de actio.* Tum autem quid sequitur in extrem[o]? Nempe opposita a Marcello exceptione cessare datorum repetitionem, si nihil tale conuenerit, quale prius diximus. Ex quo colligitur, si quid eiusmodi conuenisset, conuenisset, inquam, pacto, non stipulatione cautum esset, dummodo conuenisset statim in re danda, & exceptioni locum fore, & simul decem data repeti posse.

3 Itaq; † videntur supra scripta verba magis pro caussa, & ratione posita esse ex eo, ꝙ contigerat, quam pro conditione. quasi ita dicerent Imperatores, *si quidem prospexisti*, pro, *quandoquidem tibi prospexisti*: siue, *quandoquidem res ita gesta est, vt stipulatione tibi prospexeris, vt narras.* Vnde & verba affirmanter concepta sunt, non conditionaliter: *siquidem prospexisti*, non autem, *si quidem prospexeris.*

4 *Exceptionem † pacti, & actionem datorum habeas.)* Hoc dicunt, Marcellum ex supra scripta stipulatione, aut cõuentione, simul & agente aduersaria exceptione tutum esse, & eo amplius, quæ dedit, posse repetere. Quod quale sit, consideremus. Nam vtrumque simul admitti posse non videtur, quantumuis conuenerit, vt vtrumque locum haberet, si contra stipulationem fieret, repugnante nimirum repetitionis conditione. Nam vt possit Marcellus data condicere, hæc conditio est, si aduersaria amplius petat, si agat iterũ de eadem re. Non videtur autem exsistere posse hæc cõditio, si dum illa vult agere, exceptione summoueatur. Non enim agere intelligitur is, cuius propter exceptionem inanis est actio. Denique regula iuris traditur nihil interesse, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* Cui rei argumento est, quod cum ita ius esset, nullam ibi esse moram, vbi nulla petitio est; hinc veteres consequens esse putauerunt nullam ibi moram fieri, vbi is petiit, qui potuit per exceptionem remoueri. statuentes videlicet nullam esse hanc petitionem, quæ exceptione repelleretur, *l. lecta. ff. si cert. pet. l. si pupillus. ff. de verb. oblig.* Et quid opus est verbis, cum Vlpianus *in l. & eleganter. §. seruus. ff. de dolo.* diserte scribat nullam actionem esse, quæ exceptione repellatur? Et vero ita se res habet, si quis hic ius & effectũ actionis spectandum putet. Sed etsi qui ita agit, nullo iure, & inutiliter id facit: actu tamen ipso actionem, & litem mouet, facitq; etiam, vt iudicium accipiatur. De hoc actu, ac non de effectu petitionis in superiore stipulatione cogitatum est. Nam ni ita foret, esset plane pactio inutilis: vtpote cuius conditio opposita exceptione exsistere nõ posset. Semper autem in omni stipulatione, quoties oratio ambigua est, id agendum est, vt res valeat potius, quam pereat, *l. quoties in. ff. de verb. oblig. l. quoties. & l. vbi. ff. de reb. dub.*

5 *Non etiam eorum, quæ dedisti, repetitio competit securitate parta.)* Non † dicunt absolute Imperatores non competere repetitionem datorum, vbi nihil cõuenit de iis, quæ data sunt, reddendis, si contra transactionem ageretur: sed non cõpetere sub conditione, nẽpe securitate parta, id est, si securitas reo parta erit, opposita videlic. aduersario pacti exceptione. Hac .n. tutus Marcellus non metuit actionem. Actione vero remora sequitur caussa, propter quam pecunia data est: eoq; cessat repetitio. Ceterum si reus exceptione non vtatur, aut vsus condemnetur, sine dubio quę dedit, repetet, *l. eleganter. § penult. ff. de cond. indeb.*

*L. Transigere. XVIII.*

Impp. Dioclet & Maximian. AA. & CC. Valenti.

*Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem. S. III. Kal. Septemb. AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Transigere & pacisci de crimine quomodo differant. & num. 22.*

2 *Capitale crimen, cuius pœna mors, seruitus, aut exsilium est: hic capitale, cuius pœna mors.*

3 *Transactionem & pactionem de crimine quod pœnam mortis ingerit interpositam, non solum ratam esse, ne accusatori amplius reum de eadem re accusare liceat: sed & vtriq; tum reo: tum accusatori esse impunitam: illi, ne habeatur pro conuicto, huic ne in Turpillianum incidat. licet in aliis criminibus contra, & num. 5.*

4 *Transactio seu pactio de crimine capitali accusatorē eamdem accusationem repetere volentem remouet: publicam de eadem re accusationem aliis non adimit.*

5 *Transigentem vel paciscentem de crimine capitali accusatorem non incidere in senatusconsultū Turpillianum pluribus demonstratum; nec obstare generale illud, eos qui citra abolitionem destiterint ab accusatione, incidere in Turpillianum.*

6 *Adulterii pœnam hodie mortem: olim non item.*

7 *De Adulterii crimine cur placeat præter cetera crimina capitalia transigere aut pacisci non licere.*

8 *De stupro nec transigere nec pacisci licere etiamsi in aliquibus ditionibus obtinuerit, vt pœna mortis plecteretur.*

9 *Multoq; minus de raptu.*

10 *Sanguinis pœnam, mortis pœnam accipiēdam esse, cū de iis criminibus quæ sanguinis pœnam ingerunt, definitur transigere & pacisci licere: aut de iis quæ non ingerunt non licere.*

11 *L. 1. ff. de bo. qui sibi mor. consc. explicata.*

12 *De criminibus publicis etiam, quæ pœnam mortis nō continent, hactenus transigere & pacisci licere, vt transactio & pactio accusatorem eamdem accusationem repetentem remoueat, & reo non noceat, vt pro conuicto habeatur.*

13 *De criminibus publicis sanguinis pœnam non inferentibus transigere & pacisci non licere citra falsi accusationem: id est, quin accusator qui transegit aut pactus est, incidat in senatusconsultum Turpillianum: & num. 16.*

14 *His verbis, citra falsi accusationem, non excipi falsi crimen, quasi de eo præter cetera liceat transigere & pacisci.*

15 *Citra, idem esse, quod sine; neutram particulam excipere aliquid de præcedenti oratione, sed præcedentem orationem totam priuare re affirmata, si absit ea res, quæ ei particula annectitur.*

16 *De crimine falsi licere transigere nusquam traditum: & hic expositi hi loci, l. ipse. ff. de fals. item l. 2. ff. de his. quib. vt ind.*

17 *De crimine falsi vt transigere præter certa liceret, vti constitutum non est, ita nec constitui debuisse.*

18 *Falsi accusationem etiam senatusconsulto Turpilliano constitutam; quod falsum sit in prauaricatione, & tergiuersatione.*

19 *Præuaricari & tergiuersari quid, & vnde dicta.*

20 *De criminibus publicis non capitalibus non magis pacisci licere accusatori, quin in Turpillianum incidat, quam transigere: & cur hic paciscendi verbum omissum.*

21 *Transigere & pacisci de quouis crimine etiam non capitali licere ante accusationem institutam, vt accusaturo sit impune.*

22 *Summa totius disputationis.*

23 *Rescriptum hoc de accusatore solum scriptum esse: ad reum non pertinere: & num. 11. & 18.*

24 *Reo de omni crimine etiam non capitali transigere impune licere, ne pro conuicto habeatur, quandocumq; id faciat: pacisci item sine pretio licere: si pretium vel minimum dedit, pro conuicto haberi.*

COMPLECTITVR hoc rescriptū definitiones duas, quibus ostenditur vt breuiter, ita subobscure, quid valeat transactio, & pactum in omnibus criminibus publicis. Priorem quidem de capitalibus: de iis quæ capitalia non sint, alteram. Vtramque vti scripta est, expendamus. Sic ergo rescriptum definit primum de capitalibus: Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, non est prohibitum:

Aiunt † Impp. *transigere vel pacisci.*) Transigit de crimine, qui de damno, quod ex maleficio priuatim accepit, decidens accusationem omittit. Paciscitur, qui aut nulla pecunia accepta, & gratis deserit accusationem, *arg. l. 1. D. eo.* aut accepta quidem pecunia id facit (nam & cum pretio pacisci possumus de crimine. *l. furti. §. pactusue. D. de his, qui not. infa.*) at nō pro damno, quod vllum in ea re accusator sit passus: sed tantum ideo, ne negotium reo faciat. quod qui facit, per concussionem accipere dicitur. *l. 1. D. de calum.* Vtrumq; facere in crimine capitali non esse prohibitum significant Imperatores. 1

Aiunt, † *de crimine capitali.*) Capitale, verbum ambiguum est. In vsu iuris vt plurimum capitale crimen dicitur, cuius pœna mors, aut seruitus, aut exsilium est: quia per has pœnas eximitur caput, id est, homo de ciuitate. *l. 2. §. 1. D. de pub. iud. l. 2. in princ. D. de pœnis.* Dicitur & capitale id, per quod caput eximitur non de ciuitate, sed de medio hominum: id est, cuius pœna mors, & supremum supplicium est. quomodo capitis pœnam vocat Marcianus, quæ est mortis, *in l. 4. ff. de pœn.* Etsi prior illa significatio ita est in vsu iuris, vt nisi manifestum sit aliud sensisse legem, ea significatio semper accipiatur, *l. licet. D. de verb. sig.* tamen vbi constat capitale id dici, cuius pœna mors est, nihil amplius quærendum est. Quod hic factum esse vel sequentibus verbis rescripti, vel potius iis constitutionibus, quæ de hac eadem re apertius definiuerunt, ita declaratur, vt dubitari nullo modo possit. In hoc quidem rescripto ita subiicitur, *in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt.* Ex quibus verbis apparet Imperatores crimina capitalia, de quibus initio locuti erant, ea intellexisse, quæ eadem pœnam sanguinis ingererent. Alioqui hæc quæ subiiciunt, cum & publica sint, non essent alia. Quod si ea intellexerunt publica & capitalia, quę irrogarent pœnam sanguinis, haud dubie intellexerunt ea, quæ irrogant pœnam mortis. Nullum enim capitale crimen irrogat pœnam sanguinis, nisi quod mortem irrogat: cum capitalis criminis hæ pœnæ sint, mors, deportatio, seruitus. Ex quibus cum duo posteriora pœnam sanguinis non contineāt, relinquitur pœnā sanguinis solā esse in morte. Sed referūt de hac re cōstitutiones in l. 1. 2

*in l.1.ff.de bon.eor. qui sibi mor.consc.* quæ omnem ambiguitatem sustulerunt. his enim cautum est, *in capitalibus criminibus non nocere ei, qui aduersarium corruperit:* sed nominatim additur, *in his demum, quæ pœnam mortis continent.* Cur in his potissimum, ratio reddita est ibidem ab Vlpiano. Nam *ignoscendum,* inquit, *censuerunt ei, qui sanguinem suum qualitercunque redemtum voluerit.*

3 Aiunt Impp. *Prohibitum non est.*] Permissum † igitur. cum enim ex quibusdam alia prohibentur, alia non prohibentur, quæ prohibita non sunt, permissa intelliguntur. *l. mutus. §.1.ff.de proc. l.1.ff.de testi.* Licet ergo iure pacisci, & transigere. Quod si verum est, vt est, duo sunt consequentia, quæ & eadem opera admittenda sunt. Primum si licet de crimine capitali transigere & pacisci: consequens est, si transactum sit, ratam esse transactionem, & pactionem, vt accusator, qui transegit, vel pactus est, amplius reum accusare non possit. Deinde & illud consequens, non tantum valere transactionem de crimine capitali; sed & in vtriusque persona accusatoris nimirum, & rei transactionem esse impunitam. quod enim fit lege permittente, pœnam non meretur. *l. Gracchus. ꝯ. de adult.* Quo fit, vt quæ pœnæ sunt in ceteris criminibus aduersus reum, & accusatorem, cum reus accusatorem corrupit, accusator ab accusatione destitit, ab his pœnis ambo sint immunes, cum de crimine capitali aut pacti sunt, aut transegerunt. In ceteris criminibus si reus corruperit accusatorem, ne ille in accusatione perseueraret, pro conuicto habetur. *l. in fisci. l. eius. ff. de iure fisc.* In crimine capitali si idem fecerit, impune erit, vt scriptum est diserte *in d. l.1. ff. de bon. eor. qui sibi mort. consc.* Quod attinet ad accusatorem, in senatusconsultum Turpillianum incidit is, qui ab accusatione destitit. *l.1. §. si quis autem. l. in senatusconsultum. in princ. ff. ad S.C. Turpil.* Et destitisse eum constat, qui vel de compositione eius criminis, quod intendebat, cum aduersario locutus est. *l. ab accusatione. ff. ad Turpil.* quanto magis, qui huc vsque est progressus, vt componeret, id est, transigeret, aut pacisceretur? In crimine capitali si desistat accusator ab accusatione, quia iure permittente id facit, non incidet in senatusconsultum. Hæc, inquam, illi consequentia sunt, quod dicimus permissum esse transigere, vt pacisci. Prius igitur qui dicit, posteriora dicat, & admittat, necesse est.

4 Sed † hæc posteriora in dubium reuocantur. Hinc huius partis difficultas. Primum quæritur, si de crimine capitali dixerimus valere transactionem, & pactionem, quomodo conuenire putemus, quod *in l. iuris gentium. §. si paciscar. ff. de pact.* scriptum est, *si res familiaris agatur, licere pacisci: si de re publica, non licere.* Item, quod est *in l. si vnus. §. pacta. ff. eod. ne experiamur interdicto vnde vi, quatenus publicam caussam contingit, pacisci nos non posse.* Quid enim aliud agitur in accusatione, quam caussa publica? Pertinet enim accusatio ad criminis vindictam. In eo vindicando non priuata vtilitas, sed publica versatur. *l. locatio. §. quod illicite. ff. de publ. l. ita vulneratus. ff. ad leg. Aquil.* Et quidem permulti hoc argumento victi non putant de crimine & accusatione publica valere pactionem. Sed ne dubitemus valere, ita scriptum est *in l. in senatusconsultum. §. idem. ff. ad Turpil.* eum qui semel destitit, si postea paratus sit accusare, non esse audiendum. Plus dicitur *in l. si maritus 2. §. si negauerint. ff. ad legem Iuliam, de adul.* eum qui se negauerit de adulterio acturum, postea non audiendum. Quod si de adulterio dictum est, id est, eo crimine, de quo transigere non licet: quanto minus est audiendus, qui pactus est, ne accusaret eo crimine, de quo transigere & pacisci permissum est? Non est vero, vt existimo, quod contra eo dicto moueamur, de re publica nos pacisci non posse. Etenim qui transigit de crimine, aut paciscitur, & in summa qui hoc agit, ne accuset, non de re publica paciscitur, sed priuata & sua. Paciscitur enim se non accusaturum: quod priuatum eius factum est, non publicum. nisi forte dicimus pactum pertinere ad publicam læsionem, ideoque non seruandum: quod non ita est. Pertineret pactum ad publicam læsionem, si remitteret exsecutionem publicam, aut accusationem criminis. Nunc autem non id fit. Transactio & pactum paciscenti obstat ne postea ad accusationem admittatur: ceterum aliis accusare volentibus non nocet. Sic priuata accusatio paciscentis remouetur: caussa autem publica, id est, exsecutio & accusatio criminis integra populo relinquitur. Sed de impunitate transactionis & pacti maior est dubitatio. Hoc quidem inter omnes conuenit, si reus corruperit accusatorem in capitalibus criminibus, in quibus de sanguine agitur, non ideo magis eum pro conuicto esse habendum. quod diserte scriptum est *in l.1. ff. de bon. eo. qui sibi mortem consc. l. vlt. ff. de preuar.*

Illud † non conuenit, quod de accusatore diximus, etiam huic impunitam esse transactionem & pactionem, nec incidere eum in Turpillianum. Imo vero incidere eum in senatusconsultum, quamuis reus pro victo non habeatur, multi & ii docti viti auctores sunt. neque id temere: cum certi iuris definitio sit non vno in loco inculcata, eos qui ab accusatione destiterunt citra abolitionem, incidere in senatusconsultum Turpillianum. *l.1. §. si quis autem. l. in senatusconsultum. ff. ad Turpil. l.1. ꝯ. eod.* Nam de illo nemo dubitat, quin is destiterit, qui pactus est de crimine: cum & is videatur destitisse, qui quid vel de compositione sit locutus. *d. l. ab accusatione. ff. ad Turpil.* 5
Sed multa concurrunt, quæ hanc sententiam a nobis exprimant, nec accusatorem, qui de crimine capitali transegerit, aut pactus sit, incidere in pœnam senatusconsulti. Primum quod hic scriptum sit *infinite licere transigere, vel pacisci de crimine capitali:* vt intelligendum sit licere & accusatori, & reo. Sed eo magis accusatori, quod transigendi verbum non tam ad reum referatur, quam actorem: quoniam is præcipue litem finiat actionem omittendo. transigere autem est litem finire. *l. controuersia. ff. eod.* Iam vt nihil aliud sit in hac caussa, quam illud, quod omnes concedunt, licere reo impune pacisci & transigere de capitali, vel hoc satis sit argumenti accusatori etiam impune idem facere licere. Quoties enim conceditur aliquid lege, etsi nihil adiiciatur amplius: tamen ea omnia concessa intelliguntur, sine quibus prius illud concessum expediri non potest. *l. 2. ff. de iurisd.* Porro reus sine accusatore de crimine transigere, aut pacisci non potest. Quare transactione reo permissa, hoc ipso & accusatori permissam esse intelligendum est. Et sane absurdum videtur reo permittere, vt pecuniam det impune sanguinis sui liberandi caussa: accusatori autem non concedere, vt accipiat impune. Nam quomodo ille dabit, nisi sit, qui accipiat? at nemo facile exsistet, qui accipiat, si metuet,

ne eo facto in senatuscōsultum incidat. Postremo id mihi effici videtur extremis verbis huius rescripti nō obscure. Cū enim in extremo dicitur de aliis publicis criminibus nō licere transigere citra falsi accusationem, hoc declaratur, de eo ꝙ capitale sit, & citra falsi accusationē transigere licere. ꝙ nihil aliud est, quam licere ita transigere, vt transigens in senatusconsultū non incidat. Sed de eo postea. Scio esse, qui dicāt licere quidē trāsigere, vel pacisci de crimine capitali: sed nihilominus eum, qui pactus sit, senatusconsulto puniri. Quod si verū est, licebit eadem ratione dicamus prohibitū non esse omnibus accusatoribus desistere ab accusatione: quia cum destiterint, non nisi pœna senatuscōsulti teneantur. quod si est absurdū: restat, vt dicamus licere accusatori de crimine capitali transigere, vel pacisci: &, quia licet, vtrumque illi impune esse fateamur. Quo minus vero hoc ita statuamus, nō impediet illud tam multis locis ita inculcatum, eos qui ab accusatione desistūt, incidere in Turpillianum. Id enim regulariter recte definitur: sed non est perpetuum. Nam *in l. destitisse. ff. ad SC. Turpil.* scriptum est eum, qui permissu Imperatoris ab accusatione desistat, impunitum esse. Id ipsum vero & in hac specie obtinebit. Si crimen capitale est, & accusator transigendo aut paciscendo ab accusatione desistat, erit impunitum. neque longe huius exceptionis probatio petatur. Nam si impunitus est is, qui permissu Principis ab accusatione destitit, vt esse constat, & modo diximus: quanto magis extra pœnam erit, qui id faciet iuris publici permissu?

6 Aiunt † Impp. *excepto adulterio.*) In superioribus criminibus excipitur hoc rescripto adulterium. Vnde intelligitur adulterium crimen capitale esse, id est, tale, quod pœnam mortis contineat. Et nunc quidem tale esse constat. §. *item lex Iulia. Inst. de pub. iud.* quod constitutione Constantini effectum est, si modo vera est inscriptio. *l. quamuis 2. C. de adult.* Olim non fuit eiusmodi, vt apparet ex *l. si quis viduam. ff. de quæst.* vt non dubium sit, quin hæc sit exceptio a Triboniano addita huic rescripto. quod tamen tanquam a se factum, & profectum Iustinianus accipi iubet *in l. 1. §. & omnes. C. de vet. iure enucl.*

7 Cur † excipiatur adulterium, non immerito quæritur. Nam cum sint constitutiones generales, quæ volunt licere reo sanguinem suum quouis modo redimere in iis caussis, quæ pœnam mortis continent. *d. l. 1. de bo. eor. qui sibi mort. consc.* & adulterium ex hoc genere sit: nemo dubitare debet, quin pertineat adulterium ad eas constitutiones. Lex enim de criminibus licere transigere cauens, non de his tantum cauere intelligenda est, quæ tum capitalia fuerunt, cum lex lata est: sed de omnibus, quæ nunc sunt, & quandoque postea futura sunt capitalia. siquidem leges & constitutiones futuris negotiis formam dant, non tantum præsentibus, aut præteritis. *l. leges & constitutiones. C. de legib.* ita cum lex de capitalibus criminibus generaliter scripta sit, etsi adulterium postea esse cœpit capitale: tamen lex, quæ perpetua est, & tunc quoque valet, cum adulterium capitale esse iussum est, sine dubio hoc quoque crimen continebit. Et vero cur excipitur, nisi quia non exceptum verbis earum constitutionum continetur? Cur ergo excipitur? Non est in caussa, grauitas criminis. sunt eo alia grauiora, vt parricidium. Ne turpitudo quidem conuentionis non enim magis in hoc crimine turpe est, sanguinem suum redimere velle, quam in ceteris. Mihi videntur duæ esse hæ idoneæ rationes, cur sit exceptum. Vna, quod etsi pleraque alia crimina sint adulterio grauiora: nullum tamen est, quod non admitti æque intersit Reipub. id est, omnium, vt adulterium. Nam cetera fere ad priuatos pertinent, quibus nocitum est, vt cædes, latrocinium, furtum, & similia: per consequentiam autem ad Remp. ob hanc caussam, quod in salute & commodis priuatorum sita sit salus, & incolumitas ciuitatis. At adulterium recta ad perniciem & dedecus ciuitatis fertur: quia præter alia incommoda hoc efficit, vt incerta & probrosa soboles nascatur, & inseratur ciuitati. Turpe autem & probrosum ciuitati, ciuitatem talibus ciuibus constare. Quid, si etiam hoc ipso ciuitas euertatur, quando hæc non nisi ex honestis ciuibus coalescere non possit? Accedit ad hæc etiam hæc ratio, quod non tantum interest Reipub. adulterium non admitti: sed etiam eo admisso Reip. interest non celari. Etenim cetera delicta sine incommodo ciuitatis ignorari possunt. Huc enim pertinet illa detegi, vt sontes supplicio afficiantur. Adulterium vero non tantum ob vindictam publicam prodest detegi, sed etiam vt sciamus eximere ex honestorum ciuium numero eos, qui ex probroso coitu nati sunt, ne istorum macula honestorum consortium contaminetur.

Adulterium † hic tantum exceptum est. Vnde 8
quæsitum est, num idem in stupro probandum sit, quod in adulterio. Nam proprie adulterium in nuptam committitur: stuprum autem in virginem, aut viduam. *l. inter. §. 1. ff. de adult.* Sed cum stuprum capitale crimen non sit. §. *item lex Iulia. Inst. de pub. iud.* parum apte de eo hoc loco quæritur, quasi de criminibus publicis & capitalibus excipi debeat, vt adulterium. Sed si de eo quæritur, an nec de eo liceat transigere, non dubium est, quin ad sequentem definitionem legis pertineat, eoque nec liceat de eo transigere, vel pacisci non magis, quam de adulterio. Fingamus tamen alicubi delictum capitale esse. Equidem non dubitem idem de eo, quod de adulterio dicere. Nam in eo idem admitti eiusdem rationis est. Stupris enim æque efficitur, vt ne soboles sit, aut ne certa & honesta. Nec quisquam mihi dicat, cum lex de adulterio loquatur pœnam ad stuprum proferendam non esse, quia pœnæ legum interpretatione molliendæ sint potius, quam exasperandæ. *l. pen. ff. de pœnis.* Non enim exasperatur pœna, cum in eodem, aut pari delicto eadem pœna retinetur. Hoc si ita est, de raptu multo magis idem dicendum est, quod de adulterio. vt enim in rapina furtum improbum: sic in raptu stuprum multo grauius est. *l. qui cœtu. §. vlt. ff. de vi pub. Inst. de vi bo. rap. in princ.*

Sequitur definitio altera de aliis criminibus hoc rescripto tradita: *In aliis autem publicis criminibus*, aiunt Impp. *quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet.*

Aiunt, † *quæ sanguinis pœnam non ingerunt.*) Sanguinis pœnam hic accipiemus mortis pœnam: quia, 9
*vt iam supra dixi*, nulla sunt publica crimina, quæ ingerant pœnam sanguinis, nisi ea, quæ mortis pœnam continent. Ex quo intelligi debet, quæcunque sunt crimina vel publica, vel priuata, quæ mortis pœnam non irrogant; etsi pœna sanguinis habeat effusionem, vt quę habeat amputationem membri, aut verbera infligat: nihilominus hæc eodem numero habenda esse cum ceteris, vt de his transigere nō liceat.

10 Non † me mouet, quod *in l. 1. ff. de bon. cor. qui sibi mort. consc.* generaliter scriptum est, *censuisse Imperatores ignoscendum ei, qui sanguinem suum quocunque modo redemtum voluerit.* Hæc præcedentium ratio est. quam quo sensu accipere debeamus, ex præcedentibus apparet. Prius hæc sententia posita erat, non licere in aliis criminibus publicis aduersarium corrumpere, quam in iis, quæ mortis pœnam continent: ceterum in his licere. Quæcunque ratio postea subiicietur, præcedentis sententiæ confirmationem habere potest: eam sententiam mutare non potest. Aut igitur rationem sic accipiemus, quasi dictum esset, ignoscendum esse ei, qui in huiusmodi criminibus sanguinem suum redemtum voluerit: aut sanguinem pro vita positum intelligemus. Alioqui absurdum fuerit intelligere, permitti quamcunque pœnam sanguinis redimere aduersarium corrumpendo, cum id prius negasset Vlpianus: & illum rationem ponere confirmandi caussa. quæ ratio oppugnet id, quod dictum sit, non probet.

11 Aiunt, † *Transigere non licet.* ] Hoc si absolute diceretur, multis modis falsum esset. Etenim si iure transigere non licet, consequens est, transactionem de his criminibus interpositam nullius esse momenti, eoque nec accusatori nocere. *l. non dubium. C. de legib.* consequens & illud, non impune fore horum criminum reo, si de his transegerit: sed cum pro conuicto habendum. Quorum vtrumque falsum est. Accusatori quidem nocere transactionem, ne iterum accusans audiatur, certum est. Destitit enim ab accusatione, qui de compositione criminis cum aduersario locutus est. *l. ab accusatione. ff. ad Turpil.* Proinde multo magis, qui transegit. Porro qui semel destitit ab accusatione, hunc si iterum accusare velit, certi iuris est non esse audiendum. *l. in senatuscon- sultum. §. idem. ff. ad Turpil.* Reo autem ita transigere licere, vt nullam pœnam ex ea re patiatur, non obscure Vlpianus declarat *in l. 1. ff. de calum.* Scribit enim in publicis, & priuatis, & fiscalibus caussis si quis pecuniam dederit aduersario suo transigendi animo, cessare eas constitutiones, quæ ex hac caussa litem perire iubent: & addit, neque enim transactionibus licitis est interdictum, sed sordidis concussionibus. Licet igitur reo transigere de crimine, neque ob eam caussam litem amittet, id est, pro conuicto habebitur. Itaque quantumlibet definitionem huius loci de reo tantum accipiamus contra, quam verba patiuntur: tamen non effugiemus, quin & de criminibus transigere liceat; cum & reo prosit, & sit impunita transactio.

12 Quid est † ergo quod hic dicitur transigere non licere? Et quidem ego quod responderem, non haberem, si hoc absolute scriptum esset hoc loco, non licere transigere. Sed diligenter animaduertendum est non dici hoc loco simpliciter, de criminibus capitalibus transigere non licere: sed hoc addito temperamento, non licere citra falsi accusationem. quod valet, non licere, quin is qui transegit, in falsi accusationem, quæ ex senatusconsulto Turpilliano est, incidat: vt esse horum verborum hunc sensum mox pluribus ostendam. Hac adiectione, & interpretatione admissa, vtraque obiectio superior diluitur. vt vel hoc ipsum magnum argumentum sit recipi eam interpretationem debere, qua repudiata sententia loci stare non potest. Non licet ergo transigere de ceteris criminibus, quin in Turpilliani accusationẽ incidas. Hanc pœnam solum qui transactioni indicit, cetera transactioni adimere non intelligitur. Proinde hæc pœna non erit impedimento, quo minus & transactio accusatorem remoueat, & reo sit impune, quod transegerit: cum falsi accusatio ex Turpilliano tantum constituta sit aduersus accusatores. Quod ergo reliquum est, id agamus; videamusque quid illa verba exprimant, citra falsi accusationem.

Aiunt, † *citra falsi accusationem.* ] Aut citra hic significat præter, vt sit sensus, de ceteris criminibus non licere transigere præter falsi accusationem, id est, excepta falsi accusatione. aut significat sine: vt sit sententia, de ceteris criminibus transigere non licere sine falsi accusatione, id est, quin parata sit aduersus eum, qui transegit, falsi accusatio. Prius placet omnibus, quos quidem ego legerim. Itaque hunc locum sic acceperunt, quasi exciperetur falsi crimen: de quo statuerunt transigere licere. Solus Alciatus cum hanc ipsam sententiam secutus esset in libris Paradoxorum, dubitare cœpit in explicatione huius rescripti ad hunc titulum, num esset verius locum sic intelligendum, vt sit sine falsi accusatione. Sed de eo nihil certi statuit, neque quidquam affert, quo hanc sententiam confirmare satis possimus. Ego autem, vt spero, planum faciam illam sententiam, qua placet falsi crimen excipi. quasi de eo transigere liceat, recipi non posse, nec debere. Ex quo quid hic sequendum sit, certius statuemus. Aut enim de verbis huius rescripti in hac re quæritur, aut quæritur de iure, numnam de crimine falsi iure transigere liceat. Si quæritur de verbis rescripti, verbum citra non est ambiguum, sed rem vnam significat. Idem enim valet, quod sine: nunquam autem pro præter accipitur. Et si apertius dicendum est, non excipit partem aliquam de generali oratione, quæ præcedit: sed precedentem orationem totam priuat re affirmata, si absit ea res, quę ei particulæ annectitur. Vt puta, cum dico vsuras non deberi citra vinculum stipulationis, *l. 3. C. de vsur.* conuenisse aliquem citra stipulationem, *vt in l. seruus ea lege. ff. de ser. exp.* iusiurandum non posse deferri citra voluntatem dominæ, *l. nec filius. C. de reb. cre.* non significo vsuras non deberi, excipi autem vinculum stipulationis. quod debeatur: aut aliquem conuenisse, & excipi stipulationem, de qua non conuenerit; & similia: sed hoc exprimo, vsuras non deberi sine stipulatione, id est, aliter quam si stipulatio interuenerit: conuenisse aliquem pacto tantum sine stipulatione. Item cum dico non posse quid fieri citra reprehensionem, non hoc dico quid fieri non posse excepta reprehensione, quæ possit fieri: sed omnes hoc me intelligunt dicere, non posse quid fieri sine reprehensione, id est, quin is qui fecerit, incidat in reprehensionem. Isto modo plane cum hic dicitur de ceteris criminibus transigere non licere citra falsi accusationem, sciamus non hoc dici, licere transigere excepta falsi accusatione: sed non licere, quin in falsi accusationem incidas. Quod quoniam aliis aliter visum est, recte fecissent, si dictionem citra pro præter aliquando vsurpari apud idoneum aliquem scriptorem demonstrassent. At nemo ex omnibus exstitit, qui id faceret: cum tamen res præcipue flagitaret. Nisi forte putamus eos probasse, qui post hæc nostra scripta nobis aduersantes docti ab Accursio citant in eam rem *l. vlt. ff. de calum.* Sed quantopere in eo & Accursius & ipsi fallantur, locus cognitus indicabit. Verba Papiniani hæc sunt:

*De seruo qui accusatur, si postuletur, quæstio habetur. quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur. sed & citra pretii æstimationem quæritur de calumnia eius. separatum est etiam calumniæ crimen a damno, quod in seruo propter quæstionem domino datum est.* Hactenus verba eius loci. Hic vero si quis attendere vult, citra pretii æstimationem, nihil aliud valet, quam sine pretii æstimatione. Sentit enim Papinianus, dominum serui in proposito sic agere posse de calumnia accusatoris, vt agat de calumnia solum, id est, ita separato iudicio de calumnia, vt simul non agat de damno & pretii serui æstimatione. Idque sequentia verba clare ostendunt. subiicit enim de calumnia agi citra hanc æstimationem, id est, sine hac æstimatione, quia separatum sit calumniæ crimen a damno. Quomodo separatum, nisi vt de calumniæ crimine separatim & sine damni quæstione agatur? Atque vt hæc significatio sententiæ loci conuenit, ita contra non potest omnino hic citra accipi pro præter. Demus enim sic accipi. Nempe hic erit sensus, aut posse agi cum isto accusatore de vtroque simul, id est, & de æstimatione serui, & citra, id est, vltra hanc æstimationem etiam de accusatoris calumnia: aut posse agi de calumnia ita, vt agatur præter æstimationem pretii, id est, vt æstimatio hinc excipiatur, atque ita solum & separatim quæratur de calumnia. Simul de vtroque agi posse, & de æstimatione pretii serui, & de accusatoris calumnia, aperte sententiæ Papiniani aduersatur, qui ait separata hæc esse iudicia; separatum calumniæ crimen a damno. Excipere autem æstimationem serui ab eo, quod dicit Papinianus de crimine calumniæ, est hominum non intelligentium, quid sit exceptio. Nunquam enim exceptio est, nisi de regula, vt vulgo traditur; id est, nunquam, nisi cum de re de qua definitio generalis futura erat, detrahitur aliquid quod ea re, & definitione continebatur, puta aut pars, aut species. Absurdum est autem putare, pretii serui æstimationem partem aut speciem esse calumniæ accusatoris, de qua apud Papinianum agitur, aut ea calumnia vllo modo contineri. Quare vel hic vnus locus maxime sententiam veterem nostram confirmat de vsu huius verbi, & eos, qui vt veræ sententiæ obstrepant, eo vtuntur, suo ipsorum gladio iugulat. Iam de iure videamus, numnam ita ius sit, vt de falsi accusatione liceat transigere.

14 Ego † autem contendo neque hoc ius vsquam proditum esse, neque vero debuisse constitui, si liceret, atque adeo id statui absurdum esse. Vt probetur ius esse de crimine falsi transigere, citatur vulgo *l. ipse 7. ǁ. de fal.* in qua scriptum est eum, qui de instrumento, quod falsum esse dicebatur, transegit, non esse audiendum, si id cui semel acquieuit, tanquam falsum velit accusare. nempe quia transactio de falso instrumento rata est, nocetque transigenti, ea re effici putant de crimine falsi transigere licere. Aduersus quam illationem duplex est in promtu responsio. Primum de falso instrumento transactum illic est: sed in caussa pecuniaria, cum forte creditor peteret decem, & in eam rem proferret instrumentum, quod in dubium reuocabatur a reo. Id reus postea, inquit lex, tanquam falsum non accusabit. De falso igitur transactum est, non de falsi crimine, seu accusatione. Accusationem enim institutam esse oportet prius, quam de ea transigatur. Sic res habet: de falso in priuata lite transigere licet, quod hic non est prohibitum: non licet de falsi accusatione, quod illa lex non negat. Sed largiamur sane *in d. l. 7.* transactum esse de falsi accusatione. Quid tum postea? Nempe inde volunt effici, de accusatione falsi transigere licere. Hoc vero non recte colligitur. alioqui ista ratione dicendum erit & de adulterio licere transigere & pacisci: propterea quod quisquis non dico transegit de crimine adulterii accusatione iam instituta, sed etiam qui ea nondum instituta dixit se accusare nolle, postea si accusare velit, non admittitur. *d. l. si maritus. §. si negauerint. ff. de adult.* Nemo tamen ex eo colligi putat de adulterio licere transigere. Quapropter nec si dederimus eum, qui de falsi accusatione transegit, ad falsi accusationem postea non admitti, ideo consequens erit etiam de eo transigere licere. Citatur etiam in eandem rem, *l. 2. ǁ. de iis quib. vt indig.* quod rescriptum quid ad rem pertineat, plane non intelligo. Proponitur Polla quædam de testamento, quod falsum esse dicebat, transegisse. Sed non proponitur, cum id criminaliter accusasset, transegisse. Esto tamen, de accusatione transegerit. At non dicitur eo loco valere transactionem. Quinimo si id quod eo rescripto statuitur, considerabimus, efficietur potius eam transactionem non valere. Aduersus hanc enim heres matris pupillus, vel tutor pupilli nomine de testamento tanquam falso volebat experiri. Cui id licere Imperatores statuunt: vt appareat non esse ratam iure transactionem, quæ heredibus transigentis non obsit. Postremo etsi concederem transactum illic esse de crimine, & obesse transigenti transactionem: iam tamen effectum est non ideo recte colligi, de eo crimine licere transigere. Non enim liceret impune, vt nec de adulterio, etsi transactio de adulterio aduersus transigẽtem rata sit. Nihil igitur neq; hic neq; alibi proponitur, quo probetur de falsi crimine trãsigere præter cetera licere.

Sed † etsi id ita constitutum non est: fortassis tamen constitui debuit. Multo minus: neque vero potuit nisi absurde. Aut enim crimen falsi grauius esse ceteris volumus, aut par, aut leuius. Si grauius, tanto magis coercendum est. quanquam sunt alia multo grauiora. Si par, cur distinguimus, quæ eadem ratio coniungit? Minus autem dicere non licet. Fieri enim potest, vt testes falsum dixerint aduersus aliquem in caussa capitis, vt innocentem opprimerent: aut vt probatum sit falsum instrumentum in caussa, in qua de omnibus fortunis agebatur. & vt agatur tantum de re pecuniaria: non ideo tamen de eo transigere permittendum est. Quam multa enim alia sunt crimina de re pecuniaria: de quibus tamen ob eam caussam transigere non licet? Est igitur absurdum, cum par, aut etiam maior ratio sit in falso, quam in ceteris criminibus, in falso plus licere, quam in ceteris. Quin omnibus veteribus Iurisconsultis auctoribus ita definiendum est, & si forte de ceteris tantum criminibus non capitalibus constitutum esset, ne de iis impune transigeretur: tamen cum in falso eadem ratio sit, idem ius statui oportere. *l. illud. ff. ad leg. Aquil.* Restat igitur, vt huius loci ea sit sententia, quæ ex duabus relinquitur, vt scilicet de ceteris transigere non liceat sine falsi accusatione: siue quin in falsi accusationem incurras. 15

Hic † vero exoritur doctis hominibus ratio ex aduerso. Nam quæ tandem hic falsi accusatio esse potest? Quodnam hic falsum tandem admittatur, quod lege Cornelia de falsis teneatur? Nos vero non 16

hoc

hoc dicimus hic quidquam tale admitti, quod in legem Corneliam de falsis incidat: neque hunc locum sic accipiendum arbitramur, vt criminis falsi accusatio intelligatur: sed certa duntaxat, & ea videlicet, quæ in hanc speciem facti cadat. Sic ergo locum accipimus, non licere transigere, quin in falsi accusationem incidas, quæ constituta est in eos, qui conuentione litem & accusationem deserunt. Ea est autem accusatio Turpiliano, & quibusdam legibus, aut moribus constituta. Ex quo hoc dici intelligimus, quin incidas in accusationem Turpiliano constitutam, siue in Turpilianum. At quod tandem falsi genus est, quod ab iis, qui omittunt accusationem, admittatur, & senatusconsulto, aut aliis legibus coerceatur? Duo sunt genera: præuaricatio, & tergiuersatio.

17 Præuaricari † est colludere cum aduersario: genus falsi in eo manifestum, quod qui præuaricatur, veras quidem probationes suas falso dissimulat: falsas autem allegationes aduersarii admittit. *l. 1. in prin. & §. præuaricatorem. ff. ad Turpil.* Tergiuersari autem est, terga dare, terga vertere, id est, desistere ab accusatione. *d. l. 1. in princ.* Hoc qui facit, idem vt præuaricator, vera crimina abscondit. Tantum hoc interest, quod præuaricator abscondit simulata accusatione: qui autem desistit, aperto silentio & fuga abscondit. Et ideo *in l. de crimine. ⁊. de adult.* par esse dicitur crimen præuaricatoris accusatoris, & refugientis veritatis inquisitionem, id est, desistentis: vterque enim, vt dixi abscondit crimen. Et vt fortasse in tergiuersatore non sit falsum: tamen quia pro præuaricatore punitur, in quo falsum est, recte dicitur tergiuersator in falsi accusationem incidere. Hæc autem accusatio & pœna comparata est in accusatorem, non reum.

18 Ex quo † intelligi debet, quod supra dixi, definitionem posteriorem huius rescripti de accusatore accipiendam esse, non etiam de reo: vt sicubi legemus licere transigere ita, vt reus pro victo non habeatur, sciamus hunc locum non obstare.

19 Illud † animaduertendum, in hac posteriore parte ita scribere Imperatores, vt negent permissum esse transigere, neque addant pacisci, vt in priore genere fecerant. Aiunt enim, *In aliis autem transigere non licet.* Quid ergo, pacisci an licebit? Sed quocunque modo accusator desistat ab accusatione, seu transigendo id fiat, seu paciscendo, seu repudiando accusationem, in senatusconsultum Turpilianum incidit. *l. 1. §. si quis. ff. ad Turpil. toto titul. ⁊. eod.* & quod de transactione tantum dicunt, eo fit, quia de ea maior erat dubitatio, propterea quod Vlpianus scribit non esse interdictum licitis transactionibus. *d. l. 1. ff. de cal.* itaque huc spectarunt, vt ea dubitatio remoueretur, atque hoc modo constaret, si transigere non licet, quod licere videbatur, multo minus licere pacisci citra falsi accusationem, vbi pactio nihil contineat præter meram remissionem.

20 Aiunt † autem, transigere non licet, neque adiiciunt, quando non liceat. Vtrum igitur & post accusationem institutam, & ante transigere non licebit? Imo ante licebit & transigere, & pacisci, vt accusatori sit impune. *l. quæsitum. ff. ad Turpilian.* Nec obstat hic locus. Nam, quod diligenter expendendum est, vetat rescriptum transigere non de delicto, sed de crimine. Crimen autem proprie criminatio est, nec crimen est ante, quam accusatio de delicto & facinore sit instituta. Summa hæc sit: De crimine capitali transigere & pacisci licet, non solum vt valeat transactio inter transigentes; sed etiam vt sit impunita: reo quidem, quia pro victo ideo non habebitur: accusatori autem, quia non ideo in Turpilianum incidet: neque intererit, vtrum instituta iam accusatione id factum sit, an nondum instituta. De ceteris criminibus ita licet & transigere, & pacisci, vt transactio & pactio accusantem teneat, & remoueat: sed non ita, vt sit impunita. Accusator enim eo facto in accusationem incidit aduersus eos constitutam, qui transigentes ab accusatione desistunt; ea est autem accusatio Turpiliani senatusconsulti. Quod dictum ad accusatorem solum pertinet.

Vnde † licet intelligere hunc locum de accusatore scriptum esse: de reo nihil hic dictum esse. Quapropter quid in ceteris criminibus huic liceat, ex aliis locis sumi oportet. 21

Sic † autem ius est: Pacisci reo impune licet, si sine pretio id faciat. *l. furti. §. pactus. ff. de iis, qui not. inf.* Si pretium vel minimum dedit, & ita corrupit delatorem, pro conuicto habebitur. *l. in fisci. l. eius. ff. de iure fisc. l. vlt. ff. de præuar.* Sed hoc, *inquam*, ita, si paciscendo id consequatur. Diuersum est, si transigat. Transigere ei impune licet, quandocunque id faciat. *d. l. 1. §. vlt. ff. de calum.* Nec aduersantur eæ constitutiones, quæ omnem, qui delatorem corrupit, aut precio quantocunque pactus est, pro victo haberi volunt. Distant enim multum, cum accusatore transigere, & cum eo pacisci sine transactione, quamuis pecuniam illi numeres, & (quod idem est) illum corrumpere. Transigit accusator, qui de damno sibi dato certa pecunia decidit. Hæc pro damno accepto iure accipitur: proindeque nec corrumpitur, qui accipit. Extra transactionem autem paciscitur de crimine, qui accipit, vbi ei nihil nocitum est: aut accipit supra, quam nocitum est: vt dici possit, eum per concussionem accipere, non vt damnum acceptum sarciat; sed hac gratia tantum, ne negotium reo faciat. Isto modo qui desistit ab accusatione, recte dicitur corrumpi, cum turpiter accipiat: siquidem corrumpere aliquem dicimur, de quo perficimus, vt quid turpe in se admittat. *l. 1. ff. de seru. corrupt.* 22

*L. Sub prætextu instrumenti. 19.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. & CC. Ireneo.

*Sub prætextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi, iura non patiuntur. Sane si per se vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur: siquidem actio superest: replicationis auxilio doli mali, pacti exceptio remouetur: Si vero iam peremta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere. Dat. IIII. Kal. Octob. Sirmii AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Instrumenti postea reperti prætextu transactionem rescindi non posse, quam sententiam quamque rationem habeat.*

2 *In publico negotio instrumentis postea repertis permitti causam ex integro agere aduersus rem indicatam, itemque transactionem.*

3 *Instrumento testamenti post reperto transactionem de fideicommisso non obstare fideicommissario, quo minus quod non accepit, petat; non tamen quia re-*

*scinditur transactio, sed quia ab initio non valuit.*

4 *Instrumentis postea repertis etiam transactionem cum minoribus, cum pupillo, cum Republica, cum Ecclesia interpositam rescindi, sed beneficio personis tributo, non prætextu solo instrumenti.*

5 *Subtractis transigenti ab aduersa parte instrumentis, quibus ille securus esse poterat, transactionem etiam inter priuatos, & maiores quoslibet rescindi posse.*

6 *Dolus dans caussam transactioni non facit, quo minus & acceptilatione dolo expressa tollatur actori vetus actio, quæ postea ab eo instaurari non possit, & pecuniæ a reo decepto datæ amittatur dominium, & vindicatio, sed illi de dolo actio superest: huic ob caussam condictio.*

7 *Instrumentis actori a reo subtractis, & his post transactionem repertis, non esse actori actionem furti ad petendum id, quod amplius debebatur, sed solam de dolo.*

1 CREDITOR, qui de debito transegerat, iterum de eadem re agit, quod dicat paratum se idoneis instrumentis docere, sibi vere debitum fuisse, quod petit. Si sciens debitum remisit, aut etiam instrumento, cuius copia esse potuit, culpa sua non est vsus, aperte iniquum est, eum aduersus transactionem, id est, pactionem, audiri. At quid, si nunc demum instrumentum obligationis reperit, vt proinde non sit, quod ei imputetur, si difficultate probationis coactus transegit? Constitutum est, dum transactio bona fide perfecta sit, eam ne hoc quidem prætextu rescindi posse, ac de reo idem intelligendum est, si post transactionem solutionis apocham se dicat reperisse. Dum, *inquam*, transactio bona fide interposita sit, id est, neque metu aduersarii, neque dolo malo. Adeo verum est, quod sæpe hic dicimus, transactiones bona fide interpositas nō posse retractari. *l. interpositas. & l. caussas. ͞s. eod.* Nec quisquam dicat iniquum esse ei, cui constet quid deberi, ius suum non reddere, aut eum, quem constet non debere, cogi soluere, aut quod dederit eo nomine, repetere non posse. Esset iniquum, nisi aut creditor sponte remisisset actionem, qua remissione factum est, vt iam ei nihil deberetur, vel si pactus sit tantum. *l. nihil interest ff. de reg. iur.* aut debitor in eam summam, quam non debebat, sponte se obligasset, vel etiam eam ipsam soluisset sponte. quæ cum isti in transactione fecerint, vbique conuentio illis obstabit ex edicto perpetuo de pactis. Non enim dicent se sine caussa aut remisisse quid, aut soluisse: cum hæc ipsa iusta caussa sit, quod per hæc a lite disceditur. *l. in summa. ff. de condict. ind.* Nihil ad rem pertinet, si is, qui postea instrumentum reperit, caussetur se, cum fidem intentionis suæ expedire non posset, necessitate rerum coactum transegisse. Necessitas enim, quæ ab aduersario nobis infertur, auxilio digna est *l. 1. ff. quod met. caus.* At hic aut necessitas in actore nulla est, cuius in potestate fuit non temere agere: aut si hæc in reo aliqua est, qui præstare non potuit, ne conueniretur: certe hæc illi necessitas a re sua nascitur, non ab aduersario. proinde casum suum & incommodum rei familiaris ad alienam iniuriam transferre non debet. Et hæc quidem ita se habent in caussis priuatorum.

2 In † negotio publico vt instrumentis postea repertis permittitur ex caussa de integro agere aduersus rem iudicatam, *l. Imperatores. ff. de re iud.* sic permittendum est ex eadem caussa agere iterum aduersus transactionem. Non enim maiorem vim habet transactio, quam res iudicata. *l. seq. ͞j.* qua de re scripsi *ad l. Imperatores.*

Videri † tamen possit ne in caussis quidem priuatorum regula huius rescripti esse perpetua. Nam *in l. 3. §. 1. ff. eo.* scriptum est, si transactio propter fideicommissum facta sit ( fideicommissum intellige, quod ex testamento petebatur, cum non putaretur esse alibi fideicommissum relictum ) & postea codicilli sint reperti, quanto minus ex transactione consecutus est fideicommissarius, quam codicillis datum est, id eum ex fideicommissi caussa consequi debere. Traditum est etiam, de iis controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, nisi inspectis & cognitis verbis testamenti transigi non posse. *l. de his ff. eod.* Finge ergo transactum esse, & postea testamentum proferri. consequens erit contra quam transactum est, recte agi. Sed nihil horum huic rescripto aduersatur. Obseruandum est enim vetare rescriptum rescindi transactionem. Non rescinditur autem in suprascriptis caussis transactio, quæ nulla fuit. *l. 5. ff. de ini. rup. test.* Nam neque de eo fideicommisso pacisci quisquam intelligitur, quod sibi relictum esse ignorat. *l. qui cum tutoribus. §. vlt. ff. eod.* & de iis controuersiis, quæ nascuntur ex testamento, si transigi non potest, nisi inspectis verbis testamenti, consequens est, si transigatur, nullam esse transactionem. *l. non dubium. C. de legi.* 3

Sed † & cum minoribus interposita transactio, instrumentis postea repertis, quibus læsos eos fuisse probetur, in integrum restitutione petita rescinditur. *tit. ͞j. si adu. transf.* Veruntamen non prætextu instrumenti, sed beneficio ætatis: vt ne hoc quidem ius huic loco aduersetur. Ad transactiones cum minoribus interpositas referri debent pupilli, Reipublicæ, Ecclesiæ transactiones, ne quis forte eas etiam obiiciat, cum eas rescindi posse ob instrumenta postea reperta defendetur. Nam & pupilli minores sunt: & Rempublicam vt pupillum extra ordinem iuuari placet. *l. Rempublicam. ͞j. de iu. Reipublicæ. lib. 11.* & Ecclesia Reipub comparatur constitutionibus, *l. vlt. ͞s. de sac. eccl. Nouel. de non al. reb. eccl. §. finimus.* 4

*Sane si per se.* ] Vt † non rescinditur transactio bona fide interposita: ita rescindi potest contraria, quam scilicet aut metus ab aduersario illatus extorsit, *l. interpositas. ͞s.* aut expressit dolus: vt accidit in specie, quæ hic proponitur, cum reus subtraxit creditori suo instrumenta, quibus ille vti poterat ad probandam intentionem. quibus amissis quia futurum erat, vt reus absolueretur, maluit partem transigendo remittere, quam male litigando de toto in discrimen venire. Forma rescissionis obseruanda est. *Siquidem*, aiunt Impp. *actio superest, replicationis auxilio doli mali exceptio remouetur. si vero iam peremta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.* Actio superest actori, si pactus est tantum se non petiturum. Pacto enim, vt sæpe iam diximus, non tollitur iure ciuili actio. Peremta est iure ita, si reum acceptilatione interposita liberauit. *l. 4. ͞s. eo. l. si vnus. §. pactus. ff. de pact. §. præterea. Inst. de exceptio. l. 5. ͞s. de pact.* Quod † dicunt actione peremta de dolo solum superesse actionem, est verissimum. Nulla enim in hac specie alia superest actio, qua creditor aduersus reum, a quo deceptus est, experiatur. *d. l. 4. ͞s. eo. ti.* quæ si esset, de dolo actio non competeret, *l. 1. ff. de dol.* Sed cur non dicimus veterē 5 6

actio-

actionem manere actori, quasi in transactione, quæ nulla sit, vt cui dolus caussam dederit? quia solum in bonæ fidei contractibus hoc receptum est, vt cum quis circumscriptus est in hoc vt contraheret, nullus sit contractus. *l. & eleganter. D. de dol.* in strictis iudiciis, veluti stipulatione, contra *l. dolo. ℑ. de inut. stip. l. si quis cum. D. de verb. ob.* Atque huius generis esse constat transactionem. neque enim numeratur inter iudicia bonæ fidei. *§. actionum. Instit. de actio.* Neque hoc solum aduersus actoré valet, qui pecuniam deceptus accepto tulit: sed etiam aduersus reum, qui deceptus ex transactione pecuniam dedit, quod posterius Bartolus negat. Atenim cum actor per calumniam petiit, dicitur transactio esse imperfecta, & repetitio dari. *l. in summa. 1. resp. D. de con. ind.* Vel hoc ipsum, quod repetitio dari dicitur, satis arguit, pecuniæ ob transactionem datæ dominium esse translatum, eoque & summo iure processisse, quod gestum est. Vnde quod dicitur transactio esse imperfecta, ad effectum & exitum referri debet, non ad ius summum. Re & effectu ob dolum alterutrius imperfecta est: quia & actor deceptus de eadem re agere potest etiam prius reo acceptilatione liberato, & reus item deceptus data repetere. Sed actor noua actione de dolo, non vetere quæ exstincta est. *l. 4. ℑ.* reus autem condictione ob caussam dati caussa non secuta. Dedit enim ob trãsactionem. Hoc effectu nulla est, cum si obiiciatur ab actore exceptio transactionis, doli mali replicatione exceptio elidatur, vt hic dicitur. Et ideo non metuemus cum Bartolo, ne si hic dixerimus, transactionem ipso iure valere, non possit reus data repetere, quasi qui ante hæc data habuerit tantum exceptionem doli, quam odiosam ille vocat, odiosa autem exceptione tutus qui soluit, indebiti condictionem non habeat. *l. qui exceptionem. D. de cond. ind.* Nõ enim in proposito repetit reus datum, vt indebitum solutum, sed tanquam datum ob caussam transactionis, transactione non secuta. effectu enim secuta non est, quæ per exceptionem infirmatur. *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Et præterea falsum est exceptionem doli aut in factum esse odiosam aduersus eum, qui decepit: cum nihil sit æquius, quam ne cui decipienti dolus suus prosit per occasionem iuris ciuilis contra æquitatem naturalem: quæ huius exceptionis proponendæ caussa est *l. 1. D. de dol. ma. & met. exc.* Sane si reus acceptilatione liberatus non impleret promissa, esset aduersus eum actio præscriptis verbis vt impleret, *vt dixi ad l. 2. ℑ. ex l. cum mota. ℑ. eod.* Verum nihil hoc ad hũc locum, in quo impletis vltro his, quæ ex conuentione dari debuerant, actor amplius petit, quod ad iustum debitum deerat.

7 Sed an esset furti actio, † dubitatum est: quoniam traditũ est hanc de tabulis & instrumentis furto subtractis competere, nõ tantum pretii nomine, sed etiam eius, quod interfuit eas subtractas non esse. *l. qui tabulas. D. de fur.* In eo autem, quod interest, videri potest numerandum esse, quod creditor pecuniam debitam amisit. Quod non ita est. ante transactionem dici hoc potuit: post transactionem nõ potest. Amisit enim pecuniam creditor, non quia furtum ei factum est, sed quia reum acceptilatione liberauit. At enim propter furtum hæc secuta est acceptilatio, dicat aliquis. Ne hoc quidem verũ est. Propter inopiam enim probationum hæc secuta est, nõ propter furtum. Et quamuis concederetur per occasionem furti eam secutam esse: secuta est tamen ex furto non necessario: cum fuerit in potestate creditoris, aut desistere potius, aut etiam condemnationem subire. Non est autem, cur furto adscribamus eam amissionem, quam actor post furtum vitare potuerit. Huc pertinet illud vulgatum sumtum ex *l. neque, ℑ. de probat.* non probat hoc esse, quod ab hoc contingit, vt absit. Quid si dicamus cum Petro hoc modo, etsi debitum actori propter furtum hic amitteretur: tamen non eo minus locum habere de dolo actioné etiam ex edicto? Sic enim, cum alia actio est, non datur de dolo, si sit alia actio de eadem re. *l. 1 in pr. & §. ait. D. de dol.* At furti actio, si qua hic esset eius debiti nomine, quod tabulis continetur, & actio de dolo, quam hic esse volumus, de eadem re non competũt, actio enim furti pœnam petit legitimã; actio de dolo rem ipsam, id est debitum; neq; vna actio per aliam consumitur. *l. si pro §. 1. D. de cond. fur.* Sed videndum, ne actione furti de eo quod actoris interest, omnis alia actio de eadé re tollatur, præter rei vindicationem, & condictionem furtiuam. solæ enim hæ dantur extra furti actionem. *§. vlt. Inst. de ob. quæ ex del. §. sic itaque. Insti. de actio.* Quamobrem in superiore ratione manendum est. Nam illud nihil ad rem pertinet. Quod Bartolus ait hic agi de dolo, qui admissus est in celando & extorquendo transactionem, in eo autem furtum non fieri. Satis est, vt dixi, ad remouendam actionem de dolo, si id quod actori abest, ipse consequi possit actione furti, vndecumq; hæc actio de eodem instrumento nata sit. sic enim alia actio est de eadem re.

## L. 20. Non minorem.

Imper. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Antistiæ.

*Non minorem auctoritatem transactionũ quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit. Si quidem nihil ita fidei congruit humanæ, quam ea, quæ placuerãt, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullũ tempus sanæ mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet. S. IIII. Kal. Oct. ipsis AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Transactionem non magis quam res iudicatas obtentu instrumentorum postea repertorum retractari posse.*

2 *Transactionem inter eos, inter quos interposita est, solum valere: rem iudicatam nonnunquam inter omnes, inter quos eadem quæstio reuocabitur: id autem accidere in præiudiciis.*

3 *Ex re iudicata semper actio, ex transactionis pacto nudo nulla.*

4 *Transactio vera & perfecta, quæ.*

AVctoritas rerum iudicatarum hæc est, vt sententiæ, a qua appellatum non est, stari oporteat, siue is condemnatus sit, qui non debuit, siue absolutus, qui debuit: vt ne obtentu quidem instrumentorum postea repertorum possit sententia retractari. *l. cum prolatis. leg. Imperatores. l. post rem. D. de re indic.* Eadem auctoritas & vis transactionum. Conueniunt in hanc sententiam. *l. fratris. l. caussas. l. interpositas. l. sub prætextu. supra. l. siue apud. infra eodem.* Id consensus in transactione facit, vt hic scriptum est. Adde bonũ publicum. Hoc enim agitur transactione, vt sit aliquis litiũ finis. *l. vlt. D. pro soc.* Sed habet hæc definitio duas cautiones. Sic enim accipien-

da est, dum res agatur inter eos, inter quos trãsactum est, & transactio sit id, quod dicitur: nimirum vera, perfectaque transactio. Alioqui interdum maior auctoritas rei iudicatæ.

2 Nam † res iudicatæ quibusdã in caussis, vt in præiudiciis, non tantum valent inter eos, inter quos iudicatum est: sed etiam inter omnes ius faciũt, quandocumque de ea re quæretur, vt, si quis ingenuus pronunciatus sit, sententia faciet ingenuum, nõ tantum si postea patronus is agat, qui ante egerat, sed etiam si de hereditate ingenui, aut de liberis eius quæreretur inter alias quasuis personas: vti fieret si quis pronuntiatus esset alicuius filius. *l. 1. §. vlt. & ll. seqq. D. de ag. lib.* At his de rebus si transactum sit, aliis transactio non nocet. *l. ingenui. j. de ingen. ma.* Non aduersatur huius loci definitio. Hac enim conditione & lege accipienda est, dum agatur inter eas personas, inter quas res transacta, aut iudicata est. Nam quod initio dicitur obscurius, id ratione adiecta explicatur. Cur eadem sit auctoritas transactionum, redditur hæc ratio, quod transactio constet conuentione: quam custodiri in primis fidei humanæ congruat. Ex qua ratione facile intelligimus, vltra quam valet, & progreditur consensus, transactiones non valere. Porro certi iuris est, vt consensus duorum, est consensus: sic nullum pactum cum vna persona interpositum in alia persona nocere. *l. si vnus. §. ante omnia. D. de pac.*

3 Sed † & inter eos ipsos, inter quos actum est, videri potest auctoritas maior rei iudicatæ in eo, quod in omnem, qui condemnatus est, dum sententia valeat: nascitur ex sententia actio iudicati. *l. actor. j. de rebus cred. & iur. l. miles. §. vlti. D. de re iudic.* Quod non item seruatur in transactione; vbi si reus transactionis caussa pecuniam promiserit pacto, ex ea iure ciuili non oritur actio. *l. siue apud. j. eod.* Sed dicendum est, cum transactionem hic nominamus; veram & perfectam transactionem intelligi debere. Ex ea vero non minus creditori actio est, quam ex re iudicata.

4 Ea est autem † vera & perfecta transactio, qua ita creditor pactus est, se a lite discessurum, vt etiam re vera litem & actionem iure ciuili finiret; quod qui fecit, sine dubio ꝓmissam sibi eo nomine pecuniam recte petet. *l. cum mota. j. eod.* Quod si litem non finiuit, non habet is quidem petitionem pecuniæ pacto promissæ. *d. l. siue.* sed hoc eo fieri intelligetur, quod hic vere transactum non sit, non quod transactio ad actionem non valeat.

*L. 21. Cum ea.*

Imper. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Geminiano.

*Cum ea, quæ transactionis caussa dari aut retineri conuenit, velut emtorem eum, quem accipere placuerat, obtinere præscribitur: his, quæ simulate gerũtur, pro infectis habitis, frustra ficti pretii postulatur numeratio. S. V. Nonas Octob. ipsis AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Species facti obscurior explicatur.*

2 *Quod transactionis caussa vere pactum, datumue est, id tanquam ex caussa emtionis gestum valere non posse, etsi in instrumento emtionẽ esse scriptũ sit.*

1 QVi † fundum a possessore vindicabat, cum possessore transegit ita, vt fundũ apud possessorem relinqueret, id est, amplius de fundo nõ ageret, possessor vicissim transactionis nomine centum daret. Ex hoc pacto, vt supra dixi, non nascitur actio. *l. siue apud. infr. eod.* huic incommodo petitor occurrere cupiens obtinuit de sententia aduersarii, vt in instrumento, quod de ea transactione factum est, scriberetur, petitorem fundum illum, de quo dixi, vendidisse aduersario centum aureis: hoc consilio, vt centum aurei transactionis caussa promissi vtiliter peti possent. Constat enim, si emtio sit, hanc solo consensu contrahi, nascique ex ea actionem ex vendito ad pretium consequendum. *l. Iulianus. §. ex vendito. D. de act. em.* Re ita gesta, actor a possessore actione ex vendito centum promissa petit tanquam pretium emtionis inter ipsos contractæ. Negat possessor ea a se peti posse, quod ea transactionis caussa promiserit nudo pacto: ex quo actio non nascitur: emtionem contractam negat, etsi contra in instrumento perscriptum est. Quæstio, an efficere tantum debeat instrumenrum, vt cum emtionem contractam non esse constet, pro emtione tamen valere debeat, quia emtionem esse scriptum sit.

Rescriptũ est, † quæ simulate, id est, contra fidem 2 veri consulto geruntur in instrumento, pro infectis habenda esse: idcirco in proposito frustra peti numerationem ficti pretii, id est, eius quod pretium non est: cum nulla sit emtio. Idem dicendum est e cõuerso in eo, quod actori ex conuentione transactionis datum erit: vt puta, cũ reus actori transactionis caussa rem certam dare deberet, dedit: & dum cogitat aliquando a transactione discedere, si videatur, impetrauit ab aduersario, vt in instrumento perscriberetur, rem emtionis caussa traditã, & pretium certum adiiceretur. Sic enim fieret, vt si valeret, quod scriptum est, posset reus non quidem rem datam, at pretium petere. Id vero fieri posse itidem hic negatur eadem ratione, qua superius. Sententia est generalis ad vim omnis scripturæ pertinens, veritatem rerum scriptura non mutari; si quid gestum sit, & aliud scriptum, non quod scriptum est, inspici oportere, sed quod actum est. Item plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. *toto tit. j. plus valere, quod ag.*

*L. 22. Si maior.*

Imper. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Alexandro.

*Si maior transegisti, ad rescindendam transactionem de dolo contestatio non sufficit S. Kal. Decemb. ipsis AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Doli contestationem in transigendo interpositam, ad rescindendam transactionem non sufficere, & hoc quid sit.*

SI quis dolo † aduersarii inductus transegit, huic 1 transactio non nocet, quo minus de eadem re iterum recte agat. *l. sub prætextu. j. eod.* Sed vt dolus interueniat, exigimus: quod edicto de pactis expressum est. *l. iurisgentium. §. ait prætor. D. de pact.* Bene igitur hoc loco scriptum est, solam de dolo contestationem ad rescindendam transactionem non sufficere. Non enim si quis in transigendo dicit, & palam testatur, se ab aduersario decipi, seque ita cogi de suo iure remittere, idcirco decipitur, vt dicit.

L. 23. Nec intentio.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Tatiano.

*Nec intentio creditorum Archimedori, cui alios successisse profiteris, si obligatus pro eo non fuisti, tenere te potest: Sed hoc integro negotio tractari conuenerat. Nam cum iam quæstionem transactione decisam, & a te dari placitam, numeratā pecuniam proponas: huius indebiti soluti prætextu improbe tibi petitionem decerni postulas: cum etsi tantum in stipulationem fuißet deducta: indebiti promißi velamento defendi non poßes. Dat. VIII. Idus Mart. CC. Coß. 294*

SVMMARIA.

1 *Falsum heredem errore cum creditorib. hereditariis quasi heredem transigentem, quod eo nomine dedit, repetere non posse, quamuis eum postea heredem non esse constiterit: & quam hoc non iniquum.*

2 *Quam pecuniam transactionis caussa creditores hereditarii a falso herede acceperūt, eam lucro creditorum cedere, quos nihilominus a vero herede solidum exigere nihil prohibet.*

3 *Falsus heres si transactionis nomine cum creditoribus hereditariis interposita pecuniam his stipulantibus solum promiserit, etiam eam pecuniam ab eo exigi posse; quamuis ante petitionem eum heredem non esse constitisset: & cur.*

1 QVi heres non erat,† quasi heres conuentus dum se heredem putat, cum creditorib. hereditariis transegit & partem pecunię intulit hac lege, ne quid amplius a se peteretur. Tametsi postea euidenter constet hunc non fuisse heredem, eumque nihil plane debuisse hereditariis creditoribus: tamen quod dedit repetere non poterit. Non est hoc iniquum, tametsi res nulla media fuerit. Datur enim hæc pecunia ob caussam. Abunde magna caussa est, cur detur, quod a lite disceditur. *l. in summa, D. de condict. indeb.* At enim verum est ante transactionē pecuniam indebitam fuisse, quæ data est. quidni ergo tanquam indebitum solutum recte condicetur? Quia indebitum sic condicitur, si etiam solutum fuerit. Soluitur autem, quod tanquam debitum soluitur. quod non fit in ea pecunia, quæ datur transactionis caussa. Nemo enim hanc dat tanquam in præteritum debitam: sed ob caussam futuram, vt aliquid sequatur.

2 Quid ergo fiet † ea pecunia, quæ creditoribus data est? Cedetne ea lucro creditorum, vt nihilominus verum heredem in solidum conuenire possint: an proderit heredi, ne hactenus, quatenus illi acceperunt, iste conueniatur? Et placuit transactionem cum possessore hæreditatis interpositam non prodesse vero heredi: quia neque cum eo transegerint creditores, neque possessor heredis nomine quidquam tanquam debitum soluerit: sed suo dumtaxat, ne conueniretur. *l. 3. §. vltim. D. eodem.* Cedet igitur ea pecunia lucro creditorum, qui non prohibebuntur solidum, quod debetur, a vero herede exigere. Neque vero cum hoc facient, periculum erit, ne bis idem exigere videantur contra regulam iuris. *l. bona fides. D. de regul. iur.* Quod enim exigunt ab herede, id debetur. quod ante acceperunt a possessore, non tanquam debitum acceperunt, sed ob caussam, quod litem possessori remiserunt. Quod si ita est, consequens est possessorem nihil posse repetere eo nomine a vero herede, vtpote qui non liberetur, *l. si quid possessor. D. de pet. hered.* Atque ita eam pecuniam plane possessori perire.

Cum etsi tantum in stipulatione.] Adeo pecuniam ex suprascripta † caussa datā repetere aduersus transactionem possessor non potest, vt etsi nondum dederit, sed promiserit tantum, vtiliter pecunia ab eo peti possit, dum stipulanti promiserit, nec possit possessor, vt hic scriptum est, indebiti promissi velamento defendi. Si vt debita pecunia promissa esset, inhiberetur actio. Nam si datam vt indebitam repetere licet: multo magis vt indebitam aduersus petentem licet retinere per exceptionem. *l. 3. ͡J. de cond. indeb.* Sed iam effectum est, nō vt debitam hanc pecuniam dari, aut promitti: verum ob caussam, quæ & secuta est: vt hoc quidē nomine nulla sit exceptio aduersus petitionem. Sed nec dici potest hinc doli mali exceptionem esse posse, quasi aliter obligatus sit promissor, quam debuit, *iuxta l. si quis cum aliter. D. de verb. ob.* Non enim obligatur aliter, quam debuit, qui promittit transactionis caussa: quoniā hæc abunde dandi iusta caussa est, quod a lite disceditur. *l. in summa. 1. resp. D. de cond. ind.* Sed vt pecunia ex hac caussa peti possit, rescriptum exigit, vt sit in stipulatum deducta & recte, quia pacto tantum cauta, ne ex caussa quidem transactionis peti potest. *l. siue. ͡J. eod.* Additum autem posterius hoc est argumenti loco. Nam si creditor vltro petere potest ex hac caussa, quod promissum tantum, ac nondum datum est; vult intelligi rescriptum multo magis eum quod iam datum sit, retinere posse: quod prius responderat. sic regula iuris est: Cui damus actionē, ei multo magis exceptionem cōpetere quis dixerit. *l. inuitus. §. 1. D. de reg. iur.*

L. 24. Si quidem.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Victorino.

*Siquidem ex caussa transactionis, acceptis his quæ instrumento continentur, nihil amplius peti conuenit: aduersariam tuā exceptionis auxilio defendi perspicis. Sin vero certam quantitatem, quasi solam ab ea debitam, reddere se debere: sine litis decisione confeßa est: tam eam, quam residuam debiti partem petere minime prohiberis. S. V. Non. April. Sirmii CC. Coß. 294*

SVMMARIA.

1 *Qui partem debiti petit, aut accipit, aut reum de parte confitentem ignarus admittit, de reliquo non petendo nominatim nihil pactus, non ideo prohibetur reliquum petere.*

VIctorinus cui centum debebantur. sic facti speciem proposuerat: placuisse inter se & reum, vt reus quinquaginta, quæ se debere fatebatur, præstaret. quærebat, an superiore conuentione prohiberetur, quominus alia quinquaginta peteret, quæ sibi probaturus sit item deberi. Distinguitur, vt si quidem transactionis caussa placuit quinquaginta illa præstari, id est, in re dubia ita placuit, vt simul aperte conueniret, ne quid amplius peteret: solum quinquaginta petere possit, reliqua non possit obstante pacti exceptione. sin nihil amplius fuit, quam superior conuentio, nec quidquam de reliquis non petendis conuenit: nihil ea conuentio obstet, quominus Victorinus tam eam summam quam se debere reus fassus est, & se soluturū dixit, quam reliquā debiti quantitatem petat. Non enim potest ei aduersus reliquæ partis non solutæ petitionem quidquam 1

obesse, nisi quid de ea non petenda conuenerit. Qui autem de quinquaginta recipiendis consensit, non ideo de reliquis nō petendis pactus esse intelligitur: cum fieri potuerit, vt & quinquaginta sola putaret deberi fidem debitoris secutus. Nam ne illud quidem nocuerit creditori, partem pecuniæ sic accepisse, vt ea se in præsentia contentum esse ostenderet, si ideo accepit, quia sola ea quantitas debita esse a reo dicebatur. *l. si inter.* ꝟ. *de sol.* Qui enim reliquum non petit, quia sibi deberi non putat, aut certe quia dicitur non deberi: declarat se hoc animo esse, vt si esset debitum, peteret. neminem enim in eo, quod facere cogitur, liberalem dixeris. *l. rem legatam. D. de adi. leg.* Multo ergo magis idem de eo dixerimus, qui nihil accepit, sed debitore dicente se certam tātum quantitatem debere, quæ pars tantum erat summæ debitæ, confessionem eius admisit, ignorans forte quantum deberetur.

*L. 25. Si maiores.*

Imp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Marcellę & Quirillæ.

*Si maiores vigintiquinque annis, cum patruo siue auunculo vestro transegistis, vel ei debita donationis caussa sine aliqua conditione remisistis: non idcirco, quod hoc eius hereditatis captandæ caussa, id est, spe futuræ successionis vos fecisse proponatis, aliis ei succedentibus instaurari finita debent. S. II. Id. Ap. CC. Coss. 294.*

S V M M A R I A.

1 *Dati ob caussam vt me heredem facias, caussa nō expressa cessare repetitionem, quamuis caussa secuta non fuerit: caussa adiecta si secuta non sit, etiam hic repetitioni locum esse.*

1 NIhil prodest ob caussam dare, vt caussa non secuta quod datum est repetatur si caussa in dando nominatim adiecta non fuerit, cui sententię cōgruit. *l. si repetendi.* ꝟ. *de condict. ob caus. dat.* Sed cum in specie hic proposita remittendæ actionis caussa hæc fuerit creditricibus, vt heredes ab auunculo instituerentur, aut aliter eius hereditate potirentur: quid fiet, si nominatim hac caussa adiecta actionem remiserint, neque ea caussa secuta sit? puto tanquam caussa non secuta integram esse veterem actionem, vt fit in aliis caussis cum reus transactioni fidem non præstat. *l. siue* ꝟ. *eod. l. si instituta. D. de inoff. test.* de quo plura *ad l. cum donationis* ꝟ. *eod.*

*L. 26. Transactione matris.*

Imper. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Dionysiadæ.

*De transactione matris filios eius non posse seruos fieri, notissimi iuris est. S. Id Apr. CC. Coss. 294.*

S V M M A R I A.

1 *Transactione matris quemadmodum agatur, vt liberi eius serui fiant, & cur hæc transactio liberis non noceat.*

1 MVlier quædam petebatur in seruitutem ab eo, qui eam ancillam, & se dominum eius dicebat. in qua lite transegit deinde actor, pactus se mulieri nullam amplius libertatis controuersiam facturum: sed hac lege, vt illa filios quos susceperat, sibi in seruitutem traderet, aut vt iam erant, apud se relinqueret. quod & mulier fecit. Recte hic dicitur, huiusmodi transactione matris non posse filios eius seruos fieri, idque esse notissimi iuris: duabus de caussis: tum quod certis modis serui fiunt, in quibus non est conuentio sola. *§. penult. Instit. de iur. pet.* tum quod etsi fierent, tamen conuentio cum matre interposita aliis nocere non potest. *l. si vnus. §. pacta. ver. ante omnia. D. de pact.*

*L. 27. Sanum.*

Imper. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Catoni.

*Sanum mente, licet ægrum corpore, recte transigere, manifestum est, nec postulare debueras improbo desiderio, placita rescindi valetudinis corporis aduersa velamento. S. VII. Idus Maii. CC. Coss. 294.*

S V M M A R I A.

1 *Sanitas mentis sola, non etiam corporis cur in transactione requiratur.*

IN his,† quæ consensu geruntur, qualis est transactio, ab iis qui ea gerunt, integritas solum mentis, non corporis sanitas requirenda est. *leg. 2. D. qui test. fac. poss.* Quippe mente & animo consentimus, non corpore. 1

*L. 28. Siue.*

Imp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Sapparitæ.

*Siue apud acta rectoris prouinciæ, siue sine actis scriptura intercedente vel non transactio interposita est: hanc seruari conuenit. Sed quoniam vt certum quid acciperes, conuenisse te licet sine scriptura, proponis, nec huius rei caussa, stipulationem secutam esse: quamuis ex pacto non potuit nasci actio: tamē rerum vindicatione pendente, si exceptio pacti opposita fuerit doli mali vel in factum replicatione vsa poteris ad obsequium placitorum aduersarium tuum vrgere. Datum. III. Nonas Jul. CC. Coss. 294.*

S V M M A R I A.

1 *Retractandæ transactionis ratio aduersus reum, qui ipse transactioni non paret.*

2 *Doli replicatio, & in factum, quid sint, & quid inter se differant.*

EX placito trāsactionis, quo pecunia promissa est, actio non nascitur. qua de re dixi, *ad l. cum mota, supra.* Sed quod actor directa via consequi non potest a reo, id obliqua cōsequetur. Vetere enim actione expertus, si hæc sublata non est, consequetur, vt reus soluat, quæ petuntur, aut promissis stare cogatur. Vtrum possit facere, & quamdiu, dicā *ad l. si maior.* ꝟ. *eod.* 1

*Doli mali, vel in factū replicatione.* ] Dolus est. cum quis transactionis fidem sibi seruari vult, quam ipse aduersario ex eadem caussa non seruat. *l. cum proponas.* ꝟ. *de pact.* facit enim cōtra æquitatem naturalem, qua placet, vt quod quisque iuris in alium statuerit, ipse eodem vtatur. *l. 1. D. quod quis. iur.* ac quidquid per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem petitur, dolus est. *leg. 1. D. de dol. except.* Doli replicatio est, cum actor reum exceptione transactionis vtentem aperte dicit dolo facere. In factum est, cum in factum verba replicationis temperantur detracta doli mentione. *l. non debet. in fi. D. de dolo.* Vis vtriusque eadem: nisi quod altera apud graues & bonos viros infamiæ notam habet: altera nō habet. Hac aduersus parentes & patronos vtimur, dum his honorem

honorem & reuerentiam natura illis debitam exhibemus: illa nequaquam. *l. licet. D. de ob. a lib. l. 4. §. aduersus. D. de dol. ma. exc.*

*L. 29. Sub prætextu specierum.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Martiæ.

*Sub prætextu specierũ post repertarum: generali transactione finita, rescindi prohibent iura. Error autem circa proprietatem rei, apud aliũ extra personas transigentium tempore transactionis constituta, nihil potest nocere. S. IIII. Kal. Octob. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Generalis transactio quæ.*
2 *Generali transactione quæ finiantur.*
3 *Generali transactione finita quando videantur rescindi.*
4 *His verbis, sub prætextu specierũ postea repertarum, quid specierum verbo intelligere debeamus.*
5 *Summa: generali transactione interposita, non licere de vlla parte aut specie ad id genus pertinente agere, si ideo tantum agitur, quia species de qua agitur latuerit tempore transactionis, quæ deinde sit reperta.*
6 *Generali transactione non contineri speciem etiã quæ ex eo genere sit, si de certis tantum rebus actum sit, & liti generalis transactio subiecta.*
7 *Generalem transactionem etiam ad eas species non pertinere, quas actor iusto errore falsus non putauit esse ex eo genere aut vniuersitate de qua transegit: & hoc quomodo, & vbi accidat.*
8 *De hereditate petitor transigentem de omnibus rebus hereditariis sentire & transigere intelligi, quãuis quasdam esse in rerum natura omnino ignoret. aliter si quasdam esse sciens putauit non esse hereditarias.*
9 *Generali transactione semper exceptæ eæ species, quæ dolo aduersarii latuerunt.*

Aiunt Impp. *Sub prætextu specierum postea repertarũ generali transactione finita rescindi prohibet iura.*] Hoc breuiter dictum obscurius est. Quam sententiam habeat, sic videtur facile intelligi posse, si prius dixerimus distincte, quid sit generalis transactio: quæ finiantur generali transactione: quando hac transactione finita rescindi videantur: tum specierum verbum quid hic declaret.

1 Generalis trãsactio est, † cum aut infinite paciscitur creditor se nihil a reo petiturum, aut paciscitur finite quidem de re certa, sed ea, quæ verbo communi, vel generis, vel totius, res aut species, partes ve plures complectitur: veluti, si transactum sit de hereditate, de tutela, de negotiorum administratione.

2 Generali † transactione finitur lis & actio omnis, non tãtum quæ est de genere, & vniuerso, sed etiam quæ de singulis rebus est ad id genus pertinentibus: Etenim generali oratione species singulæ tam continentur, quã si specialiter essent expressę *l. si seruitus. D. de seruit. vrb præd. l. Mæuius. §. duorum. D. de leg. 2.*

3 Rescinduntur † hæc non solum tunc, cum de genere ipso, vt de tutela, de hereditate, de negotiorum administratione agitur: sed etiam cum agitur de specie aliqua, quæ eo genere continetur. Nam si species omnes generali oratione continentur, fit contra orationem, si qua species iterum petitur. Ergo cum hoc fieri prohibent iura, hoc prohibere intelliguntur, ne de vlla re, aut parte agatur, quæ sit ex eo genere. Id quod expressum est *in l. si vnus. §. si cum decem. D. de pact. l. si quis cum. in prin. D. de exc. rei iud.*

Inde apparet, † cum addunt Imperatores sub prætextu specierum, species hic intelligi oportere res, quæ pertineant ad id genus, de quo verbo generis & communi transactum est. Hæc si ita sunt, iam facile intelligitur, suprascriptis verbis exprimi hanc sententiam. 4

Generali † transactione interposita contineri res omnes, quæ sunt ex eo genere. Hinc fieri, vt quemadmodum de ipso genere iterum lis moueri nõ potest: sic nec possit de vlla parte, aut specie ad id genus pertinente: quia pariter fiat contra transactionem; nec ad rem pertinere, quod species, de qua agitur, postea reperta sit: id est, quod latuerit tẽpore transactionis. Quo innuitur, generali trãsactione omnes species contineri, siue notæ actori fuerint, siue ignotæ. Sed cũ dicerent Imperatores, ea quæ transactione finita sunt, rescindi non posse: cur addiderunt, *sub prætextu specierum postea repertarum*: cum constet ea quæ consensu finita sunt, neque hoc, neque alio vllo prætextu reuocari? *l. sub prætextu. l. non minorem. ʒ. eod.* Certum est hoc ab illis factum esse, non quo innuerent alio prætextu rescindi posse: sed dum volunt intelligi, ne hoc quidem prætextu posse rescindi, quod species, de quibus nunc agitur, tẽpore transactionis latuerint: quasi de hoc maior esset dubitatio. Bene autem dixerunt finita non posse rescindi. Ceterum rem aliquam petere, quæ ex eodem genere sit, nihil prohibet, dum trãsactio generalis non rescindatur. quod ita fit, si de ea specie, quæ petitur, non fuerit transactum. Non est autem transactum, si de ea cogitatum non est. Nam cum consensus animo constet, non verbis: generaliter probandũ est, quantumuis verbis generalis sit transactio aut conuentio; nunquam tamen contineri transactione aut cõuentione eas res, de quibus inter cõtrahentes sensum & cogitatum non fuit. *l. cum Aquiliana. l. qui cum tutoribus. §. 1. & §. vlt. D. eod.* Itaque ex generali transactione semper duo genera specierum etiam remoto dolo excipiuntur: de quibus proinde non obstante generali transactione vtiliter agi potest. 5

Vnum est earum, † de quibus actum non est, & ideo si actũ sit de re certa, vt fundo, & per occasionem huius litis transactum sit inter actorem & reum generalibus verbis ita, vt actor diceret se amplius nihil a reo petiturum: solum transactio in ea re, de qua actum est, obstabit: in ceteris omnibus non obstabit, *vt scriptum est in l. si de certa. ʒ. eod.* scilicet quia de iis actum non est. quamobrem nec de his potest transactum videri: cum transactio ad finiendam litem, quę fuit, pertineat. Huc facit. *l. emtor. §. 1. D. de pact.* 6

Alterum genus † est earum rerum, quas actor iusto errore non putauit esse ex eo genere, aut ea vniuersitate, de qua egit aut transegit. quæ exceptio est, quæ verbis sequentibus huius rescripti exprimi nobis videtur. 7

*Error autẽ,* aiunt Impp. *circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constituta nihil potest nocere.* Hoc sentiunt: si in aliqua re quæ ad generalitatem trãsactionis pertineat, erratũ sit ab actore ita, vt tempore transactionis non putaret eam esse suam ex eo genere, quod petit: non nocebit hic error transigenti, quo minus scilicet eam rem recte petat contra generalitatẽ transactio-

nis. Sic autem actor in proprietate eius rei errare potest, si res fuerit apud aliũ possessorẽ extra personas transigentiũ constituta, quo tempore trãsigebatur: vt per hoc putaret eam possessoris esse, nõ suam. Finge ita: Petitor hereditatem petiit. Fuerunt ex ea hereditate res quædam apud tertium quendam possessorem, quam ob caussam factum est, vt petitor eas possessoris esse existimaret: certe non putaret esse hereditarias. Petitor de hereditate transegit. Hoc dicimus, non impediri eum hac transactione, quo minus de suprascriptis rebus iterum recte agat. Quod non eo fit, quia hic liceat transactionem rescindere potius, quam in ceteris rebus: sed quia de illis cogitatum non sit, eoque nec transactum. Transegit enim de hereditate & rebus omnibus hereditariis. Et quidem hæ, de quibus quæritur, sunt hereditariæ: sed de his non sensit; quia hereditarias esse non putauit.

8 Sed † qui magis videtur petitor sensisse de iis, quas esse omnino ignorauit, quam de iis quas esse sciens, non putauit esse hereditarias? Non difficile hoc intellectu est. Nihil enim vetat eum, qui ignorat, quid sit in hereditariis rebus, transigere tamẽ de tota hereditate, & hoc animo esse, vt nolit, quæcumque res illæ erunt, & quæ occurrent postea, de illis amplius agere. Quod quoniam fieri potest: etiam illum, qui generaliter transegit, fecisse, & sensisse propter generalitatem verborum credendum est. In re enim dubia verbis stare oportet. *l.1.§.in re igitur. D. de exer. act. l. non aliter. D. de leg. 3.* At cum certum est, petitorem non putasse, quaidã res esse hereditarias, res dubitationem non habet, quin de illis nõ petendis non senserit: cum pactus sit solum de hereditariis; has autem hereditarias nõ crediderit. In voluntate porro, & re certa verbis hærere non oportet. *d. l. non aliter.* Sed hic exigitur, vt res istæ hereditariæ constitutæ sint apud alium extra personas trãsigentium. Recte: sic enim fit, vt in re aliena iuris alieni ignorantia sit probabilis *arg. l. qui in alterius. D. de reg. iur.* nec quidquam possit imputari actori, quod non inquisierit de conditione earum rerum, cum nullam caussam suspicandi habuerit res fuisse hereditarias, nec in re aliena etiã in his, de quibus merito suspicari aut metuere potuit, debuerit esse curiosus. *l. doli. in fin. D. de nou.* Quod si apud ipsum actorem res fuerint, nõ est probabilis eius error circa proprietatem: quia vnusquisque putatur scire vires & conditionem rei suæ, id est, qualis sit res, & quo iure habeatur. *arg. l. quisquis. C. de rei vend.* Si fuerint apud reũ: nihil dici potest, cur actor minus de his senserit, aut certe cognouerit, quam de reliquis hereditariis, quas a possessore hereditatis petebat. Ita semper in re dubia verbis transactionis stabitur. Et hæc de transactione bona fide interposita dicta sint.

9 In iis † quæ dolo malo fiunt, ius est perpetuum, non esse seruandum quod dolo malo factum sit, *l. 4. l. 19. C. eo.* Itaque quæcumque res de hereditate aduersario subtractæ erunt, in his transactio, quamuis generalis, non nocebit. *l. tres fratres. D. de pact.*

*L. 30. Transactione finita.*

Imp. Diocl. & Maxim. AA. & CC. Antonino.

*Transactione finita, cum ex partibus tuis magis dolum intercessisse, quam eorum contra quos preces fundis, confitearis: instaurari graue, nec non criminosum tibi est. S. V. Idus Octob. Crebro CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Transactionem dolo malo interpositam rescindi posse, sed ab eo qui deceptus dolo est, non ab eo qui decepit, & in eam rem accomodatum exemplum.*

2 *Decipienti quoque vt venire liceat contra transactionem dolo eius interpositam, verba edicti de pactis faciũt: repugnat sententia. Vnde hac intelligatur, & cur sequenda.*

Cautum est edicto, pacta dolo malo facta non esse seruanda. Edictum & ad transactiones pertinet. valent enim & hæ, vt sæpe iam dixi, ex consensu. *l. non minorem. C.* Igitur & transactio dolo malo interposita rescindi potest. *l. sub prætextu instrumenti. C.* Si postulet is, qui deceptus est, non dubium.

Etiamne si velit is, † qui decepit? Edictum enim 1 generaliter scriptum est, pacta dolo malo facta seruanda non esse. Propone ita: reus subtraxerat actori cautionem debiti. qua re consecutus est facile ab actore, vt ille parte debiti accepta trãsigeret. Re transacta reus, qui debitori successerat, quique ob id facile scire non posset, quid deberetur, & an aliquid solutum esset, necne, reperit apocham instrumentum solutionis: quo reperto pecuniam, quam transactionis nomine dederat, repetit, non prætextu instrumenti post reperti (nam hoc non potest. *d. l. sub prætextu. C.*) sed hac ratione, quod dicat dolo malo eam transactionem expressam esse, & rogatus, cuius dolo, suo respondet; quod cautionis tabulas actori subtraxisset. Hic verbis edicti nititur, & earum constitutionum, quibus cauetur, conuentiones & transactiones dolo malo factas nullius momenti esse, rescindi posse: neque distinguitur, quo postulãte id fieri velint. Rescriptum hoc loco est, neminem ob dolum suum consequi posse, vt transactio dolo malo facta inuito aduersario instauretur. Quod rescriptum id quod obscurius erat in edicto, & suprascripti constitutionibus, interpretatur. Ex quo colligimus, quoties negotium aliquod ob dolum admissum improbatur, id sic improbari si ille velit, qui dolum passus est: non si velit is qui admisit.

Verba quidem † suprascripta ab vtraque parte rescissionem admittunt: sed repugnat sententia. Cum 2 enim cauetur, vt pacta dolo malo facta nullam vim habeant, cauetur hoc decepti caussa, non decipientis. absurdum sit enim ius decipientibus fauere, ex quo est illud deceptis non decipientibus iura opitulari. *l. 2. §. 1. D. ad Velleian.* Hanc sentẽtiam sequemur. Nam cum in omni dicto & scripto, tum præcipue in legibus non quibus verbis, sed qua mente quidque dicatur, spectari oportet: & mentem sequi contemtis verbis. *l. penult. D. ad exhib.* Et generaliter non de dolo tantum, sed de omni caussa, propter quam placeat quid non valere, recte definiemus, quoties aut contractus, aut negotium aliquod ob aliquam caussam improbatur, semper animaduerti debere, cuius gratia id caueatur. cum id intelligitur, tum recte dici ipsum, si volet, eo iure vsurum esse: sin minus, inuito eo rem rescindi ab aduersario non posse. *l. non eo minus. C. de proc. l. si iudex, D. de minor.* Duæ autem rationes hic redduntur, cur decipienti non liceat ob suum dolum rescindere transactionem. vna, quod sit graue: id est, non ferendum, vt sunt toleratu ac ponderе grauia: & ideo non ferendum, quia aperte iniquum. nihil enim iniquius, quam dolum suum cuiquam prodesse. *l. 1. D. de dol.* quæ caussa facit, vt iure rescin-

rescindere non possit. Altera est, quod sit ei criminosum, id est, turpe, & probrosum. quæ res facit, vt etsi liceat iure vti hac defensione, tamen vtenti non expediat id facere, nec sit honestum.

### L. 31. Si de certa.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Proculo.

*Si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, nihil amplius peti: etsi non additum fuerat, eo nomine: de cæteris tamē quæstionibus integra permaneat actio. PP. IIII. Id. Oct. Byzantii CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *De re certa si actum est, generalem transactionem ei liti subiectam ad eam tantum rem, nō ad alias species pertinere, & quare.*

1 Semper † in omni oratione quid actum sit, considerandum est. id cum certum est, nihil amplius quæritur. *l. semper. D. de reg. iur.* Qui generaliter pactus est, nihil se amplius ab eo, qui cum agebat, petiturum, verbis omnem petitionem exclusit, quę cum illo posset esse non tantum de re, de qua actum erat, sed etiam de ceteris. Tamen transactionem non nisi ad eam rem, de qua actum est, pertinere volunt Imperatores: vt in illis verbis pacti, *nihil amplius peti,* subaudienda sint hæc verba, *eo nomine.* Cur? quia id agitur. idq; inde satis intelligitur. Interponitur enim pactio nomine transactionis. Nihil autem est transactio aliud, nisi litis decisio & remissio. Absurdū porro plus esse in remissione, quam fuit in re, seu lite.

### L. 32. Si caussa.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Cyrillo.

*Si caussa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est appellationis vel in integrum restitutionis solemnitate suspensa non est: super iudicato frustra transigi, nō est opinionis incertæ. Proinde si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, præses Prouinciæ vsitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit. S. VIII. Kal. Nouemb. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Post rem iudicatam transactionem interpositam nullius esse momenti; sed his conditionibus: Si sententia iure valuit, & cur, & nu. 2.*
2 *Si ab ea appellatum non est, & cur.*
3 *Si petita in integrum restitutione non est suspensa; & cur.*
4 *Si neque appellationis, neque in integrum restitutionis remedio attentari potest, & cur.*
5 *Si nec de horum aliquo sit controuersia, quin omnia ita se habeant, & quare.*
*Transactio post rem iudicatam, in qua superiora concurrunt, interposita cur nullius momenti. ibidem.*
6 *Nec inter eos, qui ita iudicatū sciant, post rem iudicatam transactionem interpositā valere, & quare.*
7 *Transactione post rem iudicatam interposita, ita hanc nullius esse momenti, vt etsi interuenerit acceptilatio transactionis caussa, nihilo tamē magis perempta sit prior iudicati actio; neque hoc rescriptum refragari.*
8 *Hæc verba rescripti, si non acceptilatione competentem tibi actionem peremisti, pro conditione accipienda non esse, sed pro ratione, quia non peremisti.*
9 *Si, pro quia sæpe apud nostros.*
10 *Si, cur hoc loco ita sit accipiendum, pluribus demonstratum.*
11 *Summa rescripti.*
12 *De his controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, non inspectis & cognitis verbis testamenti transigi non posse, & cur.*
13 *Relicta testamento etiam non inspectis verbis testamenti pacto & pro parte & in totum remitti posse.*
14 *De his quæ codicillis relicta sunt, ius idem.*

Constitutum est post rem iudicatam interpositam transactionem nullius esse momenti. *l. eleganter. §. si post. D. de cond. indeb. l. post rem. D. eod.* &, vt hic scriptum est, de iudicato frustra transigi. Quam hic rem iudicatam accipere debeamus, & quid efficiat hæc constitutio, si transactum sit, quæritur. Quorum posterius hoc rescripto potissimum explicatur: prius ex parte attingitur, non omnino definitur. 1

Et de re † iudicata sic habendum est: primum non esse iudicatum, vbi sententia non valet. *l. 4. §. condemnatum. D. de re iud.* Non mirum igitur, si superior constitutio sic accepta est, si sententia valeret. *d. l. eleganter. §. si post. D. de cond. ind.* Ex quo est, quod exigitur hoc loco exempli gratia, vt sententia prolata sit caussa cognita. aliter enim sententia non valet. *l. ex stipulatione. j. de sent. & inter.* 2

Sed † & si prolata sit iure sententia: si tamen ab ea appellatum sit, initio quidem res iudicata est, sed per appellationē eo deducitur, quasi nec iudicata esset. appellatione enim exstinguitur iudicis pronuntiatio. *l. 1. §. vlt. D. ad Turpil.* Quare & hoc bene existimatum est, superiorem constitutionem nec ad eam sententiam pertinere, a qua sit appellatum. *l. & post. D. eod.* 3

Iam vero † quod iure communi appellatio facit, id iure singulari valet in integrum restitutio in persona minorum. *toto tit. j. si aduer rem iud. l. nemo. D. de in integ. rest.* Proinde & hoc bene additum est in hoc rescripto, ita de iudicato inutilē esse transactionem, si non vt appellationis, sic in integrum restitutionis solennitate sententia suspensa sit. Quod si & sententia iure valeat, nec ab ea sit appellatum, aut aduersus eam in integrum restitutio postulata: dici potest rem vere esse iudicatā. Quod tum multo verius dici poterit, cum ne appellari quidem poterit iure, aut in integrum restitutio aduersus eam postulari. vt si verba tantum superioris constitutionis sequimur, consequens iam sit, cum res in ea caussa erit, quam modo dixi, tum de ea transigi non posse. Cui sententiæ suffragari videbitur prima frōte hoc rescriptum. in quo vt de iudicato transigi non possit, nihil amplius exigitur, quam vt sententia, quæ valeat iure, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate non sit suspensa. Sed quod deest huic loco, ex aliis locis clare scriptis sumendum est. 4

Placuit autem non tantum, † si appellatum sit, sed etiam si appellari possit, transigi de iudicato licere. *d. l. & post. D. eod.* & generaliter superiori constitutioni non aliter locum esse, quam si ea sit sententia, quæ nullo remedio, non dico attentata sit, sed possit attentari. *d. l. eleganter. §. si post.* 5

Longius † itum est. Nam si valeat sententia, nec iure attentari queat: si tamen quid eorum, quæ supra scripta sunt, in dubium vocetur, puta an iudicatum sit, an sentētia valeat, an ex ea appellari possit, necne: placet de iudicato posse transigi. *l. post rem. D. eo. d. § si* 6

K

cōclusio est post rē iudicata trāsactiō nō potest obstat [illegible]
2° et post rē iudicatā. in qua dicit q̄ potest fieri trāsactio si potest appellari
2° obstat l. post rē iudicatā in qua dicit q̄ si ignoret sententia valet trāsactio

post. Atqui res vere iudicata est, quæ non est infirmata: multoque magis si iure infirmari non possit, etsi homines aliter errore existimant. Qui fit igitur, vt ad hos casus existimetur superior constitutio non pertinere verbis repugnantibus? Sententia nimirum constitutionis spectata est. Ideo noluerunt Imperatores post rem iudicatam transigi, quia iam nulla lis esset. Lis enim rebus iudicatis tollitur. *l.1.D. de re iud.* Porro non transigitur, nisi de re dubia, & lite incerta. Cui rationi conueniens est, vt vbicunque lis subesse potest (quod fit superioribus in caussis) toties ex sententia constitutionis admitti debeat transactio. *d.l. post rem. D. eo.* Sed nullam esse transactionem fortasse quis concesserit, cũ is qui transigit rem iudicatam fuisse ignorat.

7 Quod † si iudicatum esse sciet, & transiget, quidni valeat, inquiet, transactio; cum liceat vnicuiq; paciscendo iuris sui persecutionem deteriorem constituere? *l. pactum. D. de pact.* Sed ex verbis huius rescripti facile intelligitur, nec inter eos, qui iudicatum esse sciant, tenere transactionem. quinimmo ad eos, qui sciant, rescriptum proprie pertinet. Negat enim de iudicato trãsigi posse. Nemo potest videri transigere de iudicato, nisi qui de re iudicatum sciat: propterea quod qui ignorat adhuc iudicatũ esse, is vtiq; opinione sua & verbis de lite, non de iudicato transigit. Licet quidem vnicuiq; paciscendo conditionem suam deteriorem facere: sed ita, si velit facere, & eo modo faciat, qui cum legib. non pugnet. At primum nemo, qui transigit, hoc animo est, vt quidquam remittat certum: cum transactio sit de re incerta. *l.1.D. eo.* Tum autem si quid remittere velit, paciscendo id facere potest, vbi rem certam liberalitate remittat. transigendo nõ potest: quia nulla pactio rata est, quę refragetur legibus. Repugnat auté natura, quo minus illic sit transactio, vbi nulla lis est. *d.l.1. D. eod.* Vtrum autem post rem iudicatam transactione quid remittatur, an pactione, verba conuentionis declarabunt. Finge re aliqua accepta dicere actorem se a lite desistere, se litem remittere, vel quo a lite discedatur, ad eam se decisionem venisse. Litis præcedentis remissio transactionis opinionem demonstrat. Et fieri potest, vt quis iuris ignarus, litem adhuc confectam non putet. Regulam habes iuris certi. quem habeat effectum subiiciunt Imperatores.

8 *Proinde si non Aquiliana.*] Sensus est: Si de iudicato frustra transigitur, atque ita inutilis transactio est: consequens est mansisse integram actionem actori, quæ post rem iudicatam cõpetiit. Ea est autem actio iudicati. *l. miles. §. vlt. D. de re iud.* Et quoniam mansit, fit hoc quoque, vt præses rebus pridem iudicatis effectũ adhibere, id est, res iudicatas exsequi debeat vsitato iure. quod fit pignoribus captis, & distractis. *l. 2. J. de exsec. rei iudi.* Sed adiicitur hæc conditio, *si non actor competentem sibi actionem peremerit Aquiliana primum stipulatione interposita, deinde acceptilatione secuta.* Quibus verbis declaratur, & post rem iudicatam, si transactum sit Aquiliana stipulatione, & acceptilatione secuta, peremtam esse actionem actori competentem. quod quale sit, diligẽter animaduertendum est. Nam actio primum actori competens post rem iudicatam, est iudicati. Hæc Aquiliana stipulatione sic perimitur, vt ex ea stipulatione nascatur noua, ex stipulatu. Hæc deinde acceptilatione tollitur sic, vt actori nulla maneat. In ea vero manifeste pugnantia loqui videntur Imperatores. Prius enim statuerũt de iudicato frustra transigi. Nunc hoc mutant, & dicũt de iudicato recte & vtiliter transigi, cum dicant Aquilianã stipulationẽ & acceptilationem de iudicato interpositã valere, & perimere iudicati actionem ita, vt iam res mandari exsecutioni non possit. An dicemus valere quidẽ transactionem & acceptilationẽ, sed quod per acceptilationẽm remissum est, tanquã ob caussam datum caussa non secuta condici posse: vt ab initio quidem transactio valeat; ceterum euentu inspecto sit inutilis? Et sane in *l. si mulier. & l. 4. D. de cond. caus. dat.* scriptum est, si creditor accepto tulit, ꝙ sibi debetur, ob caussam, quæ secuta non sit, posse eũ quod accepto tulit, condicere. Sed id ad eum actorem nihil pertinet, qui remisit actionẽ ob eam caussam, vt certam pecuniam acciperet, & accepit. Ideo enim quia accepit, quod cõuenerat, caussa secuta est. proinde cessabit dati repetitio. Sed etsi fateremur condici posse, quod accepto latum est: tamen verum esset acceptilatione peremtam iudicati actionem. quo admisso etiam valere transactionem fateremur. Multum enim interest, vtrũ maneat iudicati actio, an ea sublata noua actio competat. *l. minor annis 25. de minor.* Quid si dicamus post rem iudicatam non valere transactionem: sed ita, si pacto tantum transactum sit, non acceptilatione? Sed verba constitutionum repugnant. Ita enim illæ scriptæ sunt, vt simpliciter velint post rem iudicatã frustra transigi, siue transactionem nullius momenti esse. Et cur velint, perspicuum est. Scilicet ideo volunt, quia lis nulla amplius de re esse potest. Atqui non pacto tantum transigitur, sed multo etiam magis acceptilatione. *l. 2. D. eod.* Et si ideo pacto transigi non potest post rem iudicatã, quia lis iã nulla est: non est cur lite sublata magis valere putemus transactionẽ, in qua acceptilatio transactionis caussa interuenerit. Nunquam enim transactio esse potest de re certa & indubitata. *l.1. D. eo.* Quid restat igitur, nisi vt omnem transactionem post rem iudicatam interpositam fateamur nullius esse momenti, quocunque modo facta sit, eoque etsi interuenerit acceptilatio, non esse peremtam iudicati actionem, si acceptilatio transactionis caussa interuenit? Quod mihi plane consequens, & isto modo recipiendum videtur.

Sed † opponuntur nobis superiora verba rescripti, *si competentem tibi actionem non peremisti.* Et difficile est negare ea aduersari, si quis ea pro conditione posita accipiat. Quid enim aliud significatur ea conditione, quam actionem tibi competentẽ etiam post rem iudicatã a te perimi posse, & quidem transactione? Nam de transactione, vtrum post rem iudicatam valeat, omnis est in hoc rescripto quæstio: & ei, qui posuit super iudicato frustra trãsigi, nihil aliud relinquitur, quod hinc efficiat, nisi hoc, nempe si super iudicato transactum sit, nihilominus veterem manere actionem. Cum autem addit, si non hanc peremisti, nõ potest omnino aliter accipi hæc exceptio, quam vt eam & postquam transactum est, perimi posse, & peremtam amplius non manere intelligamus. Itaq; non puto audiendum esse Accursium, qui admissa superiore conditione, actionẽ posse perimi fatetur post rẽ iudicatam: sed ita, si a sciente liberalitatis caussa interposita acceptilatio, non itẽ si interposita sit nomine transactionis vt de re dubia. vt sit hic loci sensus: si non peremisti competentem tibi actionem (fieri enim potest, vt peremeris, puta 9

si accepto

si accepto tuleris donandi animo, non transigendi) iudicati actio mãsit integra. Per se hoc si dicatur, vere dici potest: sed huic rescripto non conuenit, vt est illatio ex iis, quæ erant proposita. Quid ergo est? Nego hæc verba, *si non acceptilatione competentem tibi actionem peremisti*: hæc, inquam, verba nego pro conditione esse accipienda, quasi de eo dubitarent Imperatores: sed ita, quasi dictum esset, si non peremisti; vt non peremisti, sicut ex prçcedẽtibus intelligis. vt sit videlicet hic conditio non dubitantium, sed argumentantium &, quod Grammatici dicunt, si, pro quia, qua significatione vti solemus cum re aliqua ꝓ certa posita volẽtes ex ea aliquid efficere, ita subiicimus: quod si ita est. Hoc enim intelligimus, ita esse scilicet: neque id addimus, quasi aut superius satis demonstratum non sit, aut etiam probatione indigeat.

10 Ineptus sim, † si hanc significationẽ & vsum particulæ, *si*, coner hoc loco demonstrare pluribus conquisitis in re aperta non necessariis testibus. Tantum ex innumeris locis non aliorum, sed nostrorũ vnum atque alterum proferam. Paulus *in l. si is, qui pro emtore. D. de vsucap. etsi vsucapio*, inquit, *reuerso ab hostibus non prodest, quemadmodum heredi eius proderit?* si reuerso non prodest, nihil aliud declarat, quam quia reuerso non prodest, vel, si nõ prodest, vt certe non prodest. VIpianus *in l. Pomponius. D. de acquiren. rer. dom.* bis hoc sensu, *si*, vsurpauit in versu, *si igitur desinit*. & in vers. *si igitur manet. Si desinit*, inquit, *meum esse, quod eius ex area, aut agro nostro sustulit: si fuerit ore bestiæ liberatum, occupantis erit*, si desinit, *pro*, quia desinit. Desinere enim prius dixerat. Et paulo post, *Si igitur manet*, eodẽ sensu, pro, *quia igitur manet*. Idem *in l. 1. §. pen. D. de verb. oblig. Nam si tot sunt stipulationes*, inquit, *quot sunt corpora: duæ sunt quodammodo stipulationes. Hoc sentit: si tot sunt stipulationes, vt sunt scilicet, id est, quia tot sunt stipulationes.*

11 Cum † hic vsus est particulæ, *si*, & significatio conditionis per, *si*, elatæ: tum vero eam vim & significationem esse hoc loco tria probant. Primum, vt alias, *si*, cum significat, quia, indicatiuo iũgitur: sic hoc loco indicatiuo iuncta est. dictum est enim, *si peremisti*, non autem, si peremeris. Deinde cum Imperatores statuunt de iudicato frustra transigi, hoc exprimunt, si de iudicato transactum sit, nullam esse transactionem, quocumq; modo transactum sit, siue acceptilatione, siue pacto. Ex quo bene ita infertur, proinde transactione de lite interposita si competentem tibi actionem non peremisti, id est, quia nõ peremisti: intelligere debes mãsisse iudicati executionem. Postremo obseruandum est, qualis sit hæc conditio, *si non peremisti acceptilatione actionem tibi competentem*, iuris, an facti. Et iuris est sine dubio, non facti. Ex iure enim non ex facto, an exstiterit, intelligitur. Si transactio valet, peremisti actionem: si non valet, non peremisti. Ius autem certum est, transactionem non valere. Cum sit iuris, hic videlicet ex iure. quomodo interpretanda sit, sumendum est. Atqui ius efficit, actionem non esse peremtam. igitur hoc sequemur.

12 Quare † sit huius rescripti hæc summa sententia: de re iudicata, de qua lis esse nõ possit, frustra transigi: proinde si transactum sit, quia nec acceptilatione sublata sit vetus actio, consequens esse integram eam manere actionẽ, ac proinde iudicati executionem, *l. 4. §. si ex consensu. D. de re iud.* Qua ratione constitutum est, vt de iudicato transigi non liceret, quia iam amplius lis nulla esset: eadem ratione probandum est in omnibus caussis, de quib nulla lis esse potest, transactionẽ interpositã nullius esse momenti.

Ac † nulla lis esse potest de iis controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, nisi inspectis & cognitis verbis testamenti, non magis, quam de iudicato. Bene igitur vt de iudicato, sic de iis controuersiis, quas dixi, hoc receptũ est, ne transigere liceat. *l. de iis controuersiis. D. eo.* Idq; ita ex *l. 1. D. testam. quem. ap.* sumtum *in d. l. de iis. D. eod.* translatum est, vt si non esset translatũ: tamen natura rei cogente debuerit transferri. Nam, vt bene inter omnes prope cõuenit, quæ lis tandem esse potest de his, quæ ex testamento nascuntur, vbi testamentum non cognoueris? vnde enim ista rescire possit aliunde, quam ex testamento? Atqui transactio, nisi de re dubia, & lite incerta esse non potest. *l. 1. D. eo.* 13

Quid ergo? † inquies: non poterit remittere legatarius, quod sibi testamento relictum est, etiam si quale sit, aut quantum, ignoret? Immo vero poterit & in totum, & pro parte. Licet enim vnicuique de re sua pacisci, & iuris sui persecutionem deteriorem constituere, *l. iurisgentium. §. si paciscar. l. pactum, D. de pact.* Et qui totum remittere potuit donationis caussa, cur parte debiti contentus esse non possit re adhuc incerta? Sed hoc ita est: donationis caussa id facere potest, non transactionis. Nam si sciẽs prudens ita remittit totũ, vt quãuis plus sit in debito, quam accipit in præsentia, constituat tamen in posterum nihil petere: id quod amplius est, donat. Si ideo accipit, quia heres non plus legatũ esse dicit: reliquum heredi non remittit, *l. si quidem. s. eod.* non transigit autem, qui a lite non discedit. Sic fit, vt neutrubi sit transactio. 14

De iis controuersiis, † quæ ex codicillis nascũtur, eadem ratio est. proinde idem ius statuendum est. In quam sententiam est, quod Scæuola respondit, *in l. 3. §. 1. D. eo.* Ergo conuentione transactionis caussa de legato aut fideicõmisso interposita si reperiatur postea testamentum, aut codicilli: quanto minus consecutus fuerit legatarius, quam ei legatum est, id consequi debebit. *d. l. 3. §. 1. D. eo.* Neque ideo periculum erit, ne prætextu instrumẽti post reperti rescindatur transactio, quæ nulla fuit, vt dixi ad leg. *sub prætextu. s.* 15

*L. 33. Si pro fundo.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. & CC. Euchrusio.

*Si pro fundo, quem petebas, prædium certis finibus liberum dari transactionis caussa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti: licet hoc prædium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatũ: instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane, si placita seruari secuta est: vel, si non intercesserit, præscriptis verbis actione ciuili subdita, apud rectorem prouinciæ agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quæstionẽ litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicauit, nihil petere potes. S. V. Id. Nouemb. Melantiade CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Species facti, & quæstio prioris partis rescripti propria, simul ambigendi caussa.*

2 *Transactione pacto interposita nõ licere actori de eadem re agere etiam aduersus eum, qui fidẽ transactioni non præstet, si aliam actionem habeat, quæ possit reum ad obsequium placitorum vrgere. hac illum contentum esse debere.*

3 *Qui fundum a se petitum suum manere voluit penes possessorem transactionis caussa, vt quid aliud acciperet, quamuis id non præstetur, nihilo tamen magis eum fundum aut vindicare posse ante translatum, aut condictione ob caussam repetere; sed vnam illi actionem esse ad ea de quibus conuenit, petenda.*

4 *Ex transactione quamuis pacto interposita, actori in proposito nihilominus actionem esse præscriptis verbis ad ea persequenda, de quibus præstandis conuenit: quia actor possessori fundum dedit; & vnde id intelligatur.*

5 *Species accommodata his verbis rescripti, si tamen res ipsas.*

6 *Qui ex conuentione transactionis fundum quem possidebat, actori restituit, liberari, quãuis is fundus alienus, atque adeo postea euictus fuerit.*

1 EVchrusius petebat fundum † quemdam suum. Eum cum cuperet retinere possessor, & de eo litigare paratus esset: placuit tandem inter ipsos, vt pro eo fundo aliud prædium reus dando, fundum controuersum retineret, itaque sibi haberet, vt amplius de eo non fieret ei controuersia. Nam cum hic dicatur transactio esse, intelligendum est rem ita esse gestam, vt ab omni lite, quæ de eo fundo esset, discederetur. Possessor prædium dedit, vt conuenerat: sed alienum, aut pignori obligatum. quamobrem veterem actionem repetere cogitat Euchrusius, & fundum quẽ petere instituerat, iudicio persequi. Non abs re, vt videtur. Litem enim remisit ille quidem: sed ob caussam, vt prædium sibi daretur. quæ caussa si secuta non sit, habet, quod obiiciat reo, si is pacti exceptione se tueatur. Dicet enim non esse ei concedendum transactione vti, qui ipse placita non impleuit. *l. cum proponas, 2.* ͂s. *de pact.* Quod si dicemus fundum in specie proposita datum esse possessori: tamen alia ratio condictionem eius fundi admittet. Quod enim ob caussam datum est, caussa non secuta repeti potest. *l. 1. D. de cond. ob tur. cauß. l. si militem. l. dictam. C. de cond. ob tur. cauß.* Iam vero hic caussa non est secuta. Prædium enim dari oportuit. Porro non est datum, quod ita datũ est, vt posset auferri. *l. qui decem §. qui hominem. D. de solut.* quale est alienum, aut pignori obligatum. Illud enim dominus auferre potest actione in rem, *l. officiũ. l. qui restituere. D. de rei vind.* hoc creditor hypothecaria actione. *l. si fundus. §. in vindicatione. D. de pig.* Ergo possitne Euchrusius de eodẽ fundo iterum agere, quæritur. Respondent Imperatores, si pro fundo prædium datum est, vt datũ est, instaurari decisam litem non posse.

2 Hoc sentiunt † obstare decisionẽ seu transactionem, quo minus de eadem re agatur. Immo si vetus actio extincta non sit, & fides placitis non præstetur, vetere actione agi posse ab iisdem Imperatoribus constitutum est *in l. siue apud.* ͂s. *eod.* Sed ibi solum id permittunt, vbi actor aliam actionem non habuit, qua reum ad obsequium placitorum vrgeret, vt loquuntur quam si haberet, satis innuunt ea contentum actorem esse debere: vtpote cui in hoc tantum veterem actionem dent, vt consequatur, quod transactionis caussa ei promissum est. Ita cum in proposita hypothesi habeat actor aliam actionem, qua promissa consequatur, vt subiiciunt, veterem actionem non instaurabit.

Est & hæc ratio, † cur is amplius fundũ non queat 3 vindicare. Nam si fundum hunc transtulit in possessorem (quod eum fecisse intelligimus, de quo mox) dominus fundi esse desiit, vt proinde iam amplius ei in rem actio non competat. Quid tamen, quod caussa secuta non est? an non est hæc idonea caussa, cur datum fundum actor condicat? Significant Imperatores ne condictione quidem hic locum esse. Quod quidem ita constitui oportuit. alia enim via litem instaurat, qui quauis actione fundum, de quo transactum est, persequitur. quod ius non concedit. *l. 5. D. de except. rei iud. l. in duobus. §. exceptio. D. de iureiur.* At enim ita ius est, quod ob caussam datum est, caussa non secuta condici posse. Dicendũ est, valere hoc ius in ceteris caussis omnibus: ceterum ad transactiones non pertinere. Hoc illud est nimirum, quod significare Imperatores voluerũt, cum dicunt decisam litem instaurari iura non permittere. Inest enim in his verbis, *decisam litem*, ratio, cur non possit actio instaurari: quia scilicet lis fuerit quæ & decisa est: vt intelligamus huic iuri locum esse in decisione litis, non etiam in ceteris rebus extra transactionem ob caussam datis. Quod bono publico in odium litium constitutũ videtur, vt esset aliquis litium finis, quam ob caussam & multa alia aduersus regulas communes iuris recepta sunt. *l. fratris.* ͂s. *l. quamuis.* ͂j. *l. vlt. D. pro suo. l. quidam. D. si cer. pet.*

Aiunt Imperatores, *Ex stipulatione sane, si placita seruari secuta est, vel, si non intercessit, præscriptis verbis actione ciuili subdita apud rectorem prouinciæ agere potes.*] Si † quidem hoc loco transactio hac conuen- 4
tione esset interposita, vt actor vindicationẽ omitteret tantum, siue amplius non ageret de fundo, ipsi autem pro ea remissione prędium, aut quid aliud daretur: non nasceretur ex hac conuentione vlla actio. Nasci iidẽ Imperatores in eadẽ specie vindicationis negãt, *in d. l. siue apud.* ͂s. & recte negant: cum certi iuris sit ex pacto actionem non nasci. Sed animaduertendum est, quid hic actum, gestumque sit. Proponitur id actũ, vt pro fundo, quem actor petebat, prædium ei daretur. Ex his verbis intelligimus actorem non pactum esse tantum, ne de fundo amplius ageret: sed fundum ipsum, de quo agebatur, transtulisse in possessorem prius: sic deinde conuenisse, vt pro eo prædium acciperet. Dicitur enim rem pro re dare, qui rem dat, & pro ea aliam accipit. vt accidit in permutatione. in qua cum res vtrinque detur, atq; ita permutetur, dicitur res pro re dari. vt bene dictum sit ab Alciato, hic permutationem esse contractam. Sic autem fit, vt actor fundum det, quem apud possessorẽ esse sinit, si possessore agnoscente ipsius fundum esse, id agatur tamen, vt eum tanquam ab actore acceptum retineat, sibique habeat. Nam & alias cum dominus rem, quę apud alium est, apud eum esse vult hoc animo, vt eius fiat, dominium transfert, *l. qua ratione, §. interdum. D. de acq. rer. dom. l. non statim. D. de pecul.* Quod si ita est, recte hoc loco Imperatores & citra stipulationem dant actori actionem præscriptis verbis de prædio, quod ex conuentione dari debuit. Non enim pactum hoc nudum est: sed dedit prius actor fundum, vt pro eo alium acciperet. in quo genere certi iuris est dari præscriptis verbis actionem. *l. naturalis. 1. resp. D. de præscr. verb. l. 1. in fi. D. de rer. permut.*

*Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quæstionẽ litis decisio intercessit, fiscus vel alius a te vind. ca- ... nihil*

5 *uit, nihil petere potes.*] Inuertitur † superior species hoc modo: Euchrusius de fundo, quem petebat, ita prius transigebat, vt eum apud possessorem esse pateretur, & prædium acciperet, quod datum non est. Nũc ita transigit, vt fundum, quem petebat, a possessore restitutũ accipiat, ipse pro eo fundo aliud prædium det: dat prædium idque suum, & fundum vicissim controuersum recipit: sed eum fiscus postea, vel alius euicit vel tanquam suum, vel tanquam sibi pignori obligatum. Quæstionis est, an vt in priore specie prædio alio, quod illi datum erat, euicto aduersus possessorem agere potest: sic in hac specie fundo eodem, quem petebat, illi restituto, & postea euicto possit agere, vt idem fundus sibi detur, quem constat datum non esse. Hanc speciem verba rescripti euidenter arguunt, *Si res apud te constitutas* (alloquuntur eumdem Euchrusium Imperatores) *ob quarum quæstionem litis decisio intercessit.* At hæ res sunt ille fundus, de quo quia controuersia erat, ob eum etiam decisio litis interuenit. Hæ res sic nunc post transactionem apud Euchrusium sunt constitutæ, si illi fundus sit a possessore restitutus. Ergo hic fundus postea ei euictus est.

6 Respondent † Imperatores hoc fundo euicto nihil Euchrusium a possessore petere posse. & merito. Non enim in hac specie conuenit, vt fundus petitus daretur Euchrusio, cum eum suũ esse diceret: sed vt ei restitueretur. In hoc inest, vt eo iure, eaque caussa restitueretur, quo iure, quave in caussa esset apud petitorem, si ab aduersario non possideretur. Id enim restituendi verbum significat. *l. restituere videtur. D. de verb. sig.* Itaq; etsi non fuit ante Euchrusii, aut pignori fuit obligatus: restitutus est tamen, si ita illi restitutus est, vt eum apud se haberet: proindeque nec si postea euincatur, vlla esse potest aduersus possessorem actio: vt qui id fecerit, quod promiserat. Diuersa caussa est eius, qui prædium dare debuit ex conuentione, & ita dedit, vt posset auferri. quod in priore specie factum est.

*L. 34. Cum Donationis.*

Imp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Cyrillo & Ptolomaidi.

*Cum donationis seu transactionis caussa administratæ tutelæ debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec vnquam volentibus dolus inferatur: frustra de dolo querimini: nec ad implendum promissum, hereditatis propriæ pollicitatione quisquã adstringitur. PP. VI. Idus Nouemb. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Species facti, quæstio, & quærendi caussa.*
2 *Sententia responsi, & ratio. & nu. 3.*
3 *Promissione hereditatis suæ alicui deferendæ neminem ad implẽdum promissum obstringi, nec si quid eo nomine acceperit.*
4 *Datum ob caussam animo dantis propositam, si caussa nominatim adiecta nõ est, repeti nõ posse, quamuis deluso dante caussa secuta non fuerit.*
5 *Remissa tibi actione nominatim ob hanc caussam, vt me heredem facias, quamuis me non institueris, nullam tamen esse dati repetitionem, quia ob turpem caussam datum sit. sed vetere actione manente posse adhuc agi aduersus eos, qui transactionem non seruent.*
6 *Remissum promissumue sub hac conditione, si me heredem feceris, vtiliter remissum, & promissum videri: vtpote sub conditione, quæ nec sit impossibilis, nec iure improbata.*

FRater, qui fratrum suorum Cyrilli & Ptolemaidis tutelã gesserat, finita tutela petiit a fratribus, vt sibi tutelæ actionem remittere vellent, pollicens se nullos alios, quam ipsos heredes habiturum. Illi hac pollicitatione inducti cum fratri fiderent, actionem ei remiserunt, vel donationis caussa, cum scirent quid deberetur, vel vt in re dubia nomine trãsactionis. Sed is postea aliis scriptis heredib. decessit. Quærũt fratres, *num contra transactionem & remissionem superiorem possint iterum de eadem re agere quasi decepti?* Nam transactio dolo malo facta nullius momenti est. Quod si hoc illis non cõceditur, quærunt, possintne agere aduersus heredes scriptos ex superiore pollicitatione in id, quod sua interest se fuisse institutos. 1

Rescriptum † est nihil hic proponi, cur existimari debeant fratres decepti actionem remisisse: cum scirent, quid remitterent, & quamobrem, & voluerint remittere. Quod ex regula iuris sumtum est, quã traditur, neminem videri fraudare eos, qui sciũt & consentiũt. *l. nemo videtur. D. de reg. iur.* Sed decepti sunt, dicet quispiam, falsa pollicitatione fratris, sine qua nihil illi remisissent. Primum non est hoc certum, illos actionem remisisse, quia pollicitationem fratris secuti sunt. potuerũt enim ideo remittere, vt fratrem beneficio suo ad se instituendos prouocarent. *arg. l. si repetendi. ʃ. de cond. ob cauſ. dat.* 2

Deinde † vt maxime propter hanc pollicitationem actionem remiserint: tamen scire debuerunt huiusmodi pollicitatione neminẽ obstringi, etiamsi nominatim actionem remittere se dicerent, vt heredes instituerentur a fratre. Est enim eiusmodi pactio contra bonos mores. *l. pactum, quod dotali. ʃ. de pact.* Quod scientes si remiserunt nihilominus, deceperunt ipsi se, nõ ab alio decepti sunt. Quod reliquum est, cum addunt Imperatores ad implẽdum promissum hereditatis propriæ pollicitatione neminem adstringi: illud alterum significant, de quo quæri dicebamus, fratres ex hac conuentione nullam habere actionem. 3

Præter hæc quæri potest, possintne fratres in hac specie condicere, quod remiserunt, tanquã ob caussam remissum caussa non secuta. Sed non est ob caussam datum, quod datum non est nominatim adiecta caussa, vt hoc aut illud sequatur, etiamsi is, qui dedit, eiusmodi caussam aliquam animo suo proposuerit. In eoque genere non esse repetitionem scriptum est *in d. l. si repetendi. ʃ. de cond. ob cauſ. dat.* 4

Quid ergo, † si fratres actionẽ remiserint nominatim ob hanc caussam, vt heredes instituerentur? Si actionem sustulerunt acceptilatione, neque actione vetere experiri possunt, quæ exstincta est, neq; condicere possunt remissum tanquã ob caussam datum, caussa non secuta: etsi acceptilatione remissum pro dato habetur. *l. 4. D de cond. cauſ. dat.* Quod enim ob turpem caussam datum est, repeti non potest, *l. 2. ʃ. de cond. ob tur. cauſ.* Turpis autem hæc caussa est, vt me heredem facias: quia hæc caussa nihil aliud est, quam conuẽtio id agens, vt me heredẽ instituas: ex qua eadem, si valeat, non minus mihi obligeris, quam ex stipulatione; cum hic non sit pactum nudum, sed prius tibi dederim, vt faceres. ex quo genere est actio ciuilis præscriptis verbis. *l. legem. ʃ. de pact. l. naturalis. §. 1.* 5

*D. de prosc. vend.* Constat autem omnes conuentiones atque adeo stipulationes ipsas vt turpes & bonis moribus contrarias improbari, quib. id agitur, vt me heredem facias. *l. stipulatio hoc modo. D. de ver. ob. l. ex eo. ȷ. de inut. stip. l. pactũ quod dotali. l. vlt. s. de pact.* Et hactenus puto cõstare Accursio & Bartolo rationem, cur hic superiore ratione negent esse dati condictionem. Sed hoc ita est, inquam, si transigenti per acceptilationem vetus actio exstincta est: vt tum non alia actio supersit, quam dati condictio. Quod si pacto tantum remissa est actio, quo casu constat adhuc veterem actionem manere, *l. 5. s. de pact.* non dubito, quin caussa non secuta possint fratres vetere actione experiri, vbi promissa his non præstantur. *iuxta l. siue apud. s. eo.* Nam si his obiicietur pacti exceptio, recte heredes fratris replicatione doli remouebuntur. aperte enim dolo faciunt, qui postulent ab aduersario pacto stari, vbi ipsi pactum nõ seruent, *l. cum proponas seruum 2. s. de pact.* Non moueor, quod ob turpem caussam datum condici non potest. Inter condictioné enim dati & veteré actionem multũ interest. In cõdictione hęc agendi caussa est, q̃ datũ sit ob caussam, quę caussa secuta non est, in qua cõtentione par vtriusq; caussa est & dãtis & accipientis. ambo enim turpiter fecerũt, ille dãdo, hic accipiendo. Porro in pari caussa placet potiorem caussam esse possidentis, & hac ratione condictioné cessare. *l. 3. D. de cond. ob turp. cau. l. 2. ȷ. eo. tit.* At in vetere actione agendi caussa est, quod debitum fuit, in qua controuersia nihil simile reus potest obiicere actori: vt hic dici non possit parem esse vtriusque conditionem, quę in pari caussa reum tueatur. Quin actor iure suo vtitur veterem actioné exercendo, quæ sublata non est: nec quisquam dolo facit, qui iure suo vtitur. *leg. nullus. D. de reg. iur.* Reus auté dolo facit, qui transactione aut pactione vti velit, quam aduersario non concedat.

6 Quid, † si fratres remiserint actionem sub conditione, si instituerentur heredes? vtrũ transactio, aut pactio non valebit, tanquam sub turpi & impossibili conditione interposita, vt est ius talium cõuentionum. *l. non solum. D. de obl. & act. §. impossibilis. Instit. de inut. stip.* an vero tanquam in non turpi conditione valebit? Sed conditio hæc, *si me heredem facias*, neque impossibilis est natura sua, neque turpis. Conuentio quidé, *vt me heredem facias*, turpis est: at non conditio, si feceris. eiusque differentiæ ratio manifesta est. nam conuentio, si valet, obligat promittentem, vnde spes certa stipulatori quæsita percipiendæ hereditatis promissæ. hinc deinde votum captandæ mortis eius, quo mortuo scias te statim hereditate eius potiturum. *l. de fideicommisso. s. eo.* Nulla eiusmodi spes, aut propter spem nullum eiusmodi votum captandæ mortis eius, cui actio remittitur: quia nulla eius obligatio ex cõditione, etiamsi maxime conditio vtiliter adiiciatur. conditio enim nihil statuit, nec obligat eum, cuius personæ adscribitur. *l. si quis sub. D. si quis om. caus. test.* Quapropter valebit huiusmodi remissio, vt alia quæuis conuentio sub alia qualibet conditione concepta: vt si fratres heredes non instituuntur, nihil intelligatur remissum: si instituuntur, valeat remissio. *l. a Titio. D. de verb. obl.*

*L. 35. Transactionem.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. & CC. Hammoni.

*Transactionem, quæ dominii translatione vel actione peracta, seu peremta finem accepit: cum ea amicis etiam interuenientib. reuera ostenditur processisse; metus velamento rescindi postulantis professio detegit improbitatem. S. IX. Kal. Decemb. Nicomediæ. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Transactio perfici quando intelligatur, vt dici possit eam rescindi non posse.*

Transactio perficitur, † non si conuenerit tantum, vt a lite discederetur, sed si aut dominium in actorem translatum sit, id est, si quid ei datum sit: aut sit actio ei parta, id est, si quid ei promissum sit, inde enim actio illi nascitur, aut si actio sit ei peremta, hoc est, si quid ei remissum sit, quod pro tradito habeatur. Quæ sententia aliis verbis expressa est *in leg. transactio 38. ȷ.* Perfecta si metu interposita est, rescindi potest *l. interpositas, s. eo.* Sed difficile est existimare eum metu coactũ transegisse, qui amicis præsentibus & interueniẽtibus transegit. quo fit, vt qui id fateatur, non sit audiendus. 1

*L. 36. Si maior.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Achillæ.

*Si maior annis viginti quinque transegisti: quamuis dari tibi placita, repræsentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conueniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, exceptionis proficit æquitas. S. VI. Id. Decemb. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Transactione decisam litẽ instaurari nõ posse, quamuis reus promissa nondũ præstiterit: si modo aut illa offerat, aut eo non offerente sit aliqua aduersus eum de eo quod promissum est, actio.*

2 *Reo nec promissa transactionis caussa offerente, nec de his vlla actione obstricto, posse quidem actorem veterem actionem instaurare, non tamen qua consequatur præcise quod illa actione petitur, sed aut hoc, aut illud saltem, vt huius metu reus promissa implere cogatur.*

3 *Exceptionis æquitatem, quæ hic nominatur, hoc efficere, vt reus veterem actionem ex caussa transactionis remissam recte remoueat exceptione, sed hac lege, dum ipse promissa impleat.*

4 *Summa disputationis.*

5 *Purgare moram post litem contestatã non licere, quomodo accipiendum.*

6 *Reum dum transactioni nõ paret vetere actione conuentũ, si promissa non implet, iure in id quod petitur condemnari, nec repugnare hoc rescriptum.*

Vnum argumentũ † est huius legis & sequentis, *& l. quamuis. infr. l. siue apud, l. si pro fundo. s. eod.* Omnium hæc summa sententia: litem transactione decisam instaurari non posse, ne si reus quidem ea non præstiterit, quæ transactionis caussa promisit. Sed multis modis accidit, vt reus nondum præstiterit, quod promisit. quorum in quibusdam maior est dubitatio: in aliis minor. Et aduersus vnumquamque dubitationem hæc rescripta comparata sunt. vnde illa varietas rescriptorum in eodem argumento. Ergo reus, qui promissa nondum impleuit, aut is est, qui offerat, quod promisit: aut is, qui non offerat quidem, sed a quo peti possit propria actione: aut is, qui ita non offerat, vt nec in eum sit eo nomine actio. Si reus paratus sit præstare, quod promisit: minus dubii est actorem audiendum non 1

esse,

esse, si ex pœnitentia velit litem instaurare. *l. quamuis.* 𝔍. Sed etsi recuset: tamen iam constitutum hoc est, si aliqua actio nata sit ex conuentione, qua actor persequi possit, quod promissum est, ea actione experiendum esse: litem decisam instaurari non posse. *l. si profundo.* 𝔖. Idem est, etsi pœna a reo promissa sit, nisi faceret, quod pactus est. Promissis, aiunt Imperatores *in l. sequenti*, transactionis caussa non impletis pœnam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigi posse constat. Nemo dubitat, quin pœna in stipulationem deducta peti possit, si stipulatori videatur. *§. de constituta. Instit. de actio.* Plus ergo intelligi volunt Imperatores, quam pœnam peti posse. nempe hoc volunt, sic pœnam posse exigi, vt non possit aliud, id est, vt quamuis promissa non impleantur, tamen de lite decisa amplius agi non possit, vt bene Accursius locum accepit. idque ita esse licet intelligere *ex d. l. si profundo.* 𝔖.

2 At † demus non habere actorem, quomodo id quod sibi promissum est, persequatur, neque id a reo offerri. Vetere actione hoc casu non agi, atque ita rem illi perire aperte iniquum est. An non igitur saltem hoc casu litem licebit instaurare? Hic constitutum est non licere. quamuis, aiunt Imperatores, placita repræsentata nec dum probentur, nec offerant ii, qui conueniuntur: ne quid amplius ab his exigi possit, exceptionis proficit æquitas. Quod non tantum iniquum esse videtur (quo ore enim postulet transactionis fidem sibi seruari, qui ipse transactioni fidem non præstet. *l. cum proponas.* 𝔖. *de pact.*) sed etiam duo hic statuuntur, quorum vtrumque videatur ex professo infirmari *in l. siue apud.* 𝔖. *eod.* Dicitur hic, nihil amplius exigi posse ab iis, qui transegerunt, quamuis promissa non offerant. Illic scriptum est, aduersus eum, qui id non faciat, paratam esse veterem actionem. Sed inutilem fortasse. Minime. nam illic additum est, exceptionem non proficere ei, qui se exceptione pacti tueatur, si non faciat, quod promisit. exceptionem enim replicatione doli infirmari. Hic contra dicitur, exceptionem eiusmodi reo proficere. Quæ sic explicanda sunt. Aduersus eum, qui non faciat, quod promisit, aduersus quem nulla ex pacto actio est, sine dubio vetere actione, quæ peremta non sit, experiri licet. *d. l. siue apud.* Id hoc loco non negatur: sed confirmatur potius. Dicitur enim, reum conueniri: huic conuento exceptionem dari, cuius æquitas ei proficiat. Quomodo conuenietur? actione vetere videlicet, quæ sola reliqua est. Deinde quid significat exceptio, nisi eum prius actione conueniri? Non est enim exceptio prodita, nisi ei, qui ipso iure recte conueniatur. *titu. de except. Instit.* Vetere ergo actione cum eo agi potest, vt vtrobique dicitur, & peti id de quo vetus est actio: sed peti dumtaxat. ceterum ab eo exigi, quod petitur, non potest, vt hic traditur: id est, non ita peti, vt actor, quod petit, consequatur. Id enim exigere significat. Ridiculum, *inquies*, proponere actionem, quæ sit inutilis. Est sane. Sed non ideo actio hoc casu inutilis, etiamsi id ipsum, quod petit actor, non consequatur. Consequetur enim hoc saltem, vt reus promissa impleat, dum metuet, ne eius rei nomine, quæ vetere actione petitur, condemnetur. alioqui iure, meritoque condemnationem patietur. Et hoc est, quod dicitur *in d. l. siue apud.* aduersus exceptionem pacti paratam esse doli mali replicationem, qua exceptio infirmetur: sed ad hoc solum profuturam, vt aduersarius ad obsequium placitorum vrgeatur. At enim hoc loco scriptum est, vtilem esse exceptionem pacti, quæ agenti opponitur, quæ *in d. l. siue*, dicitur replicatione elidi, vt *ex l. siue apud*, actio vetus, qua actor experitur, fit vtilis: ex hac autem lege fit inutilis, exceptione actionem efficaciter repellente. Esset hoc ita, si in hac lege diceretur, iis qui conueniuntur, proficere exceptionem.

Nunc † autem aiunt Imperatores, *iis qui conueniuntur, proficere non exceptionem, sed exceptionis æquitatem.* quibus verbis hoc exprimunt, sic proficere iis exceptionem pacti, si æqua sit. Erit autem æqua tam diu, quo ad reus promissa implebit. quibus non impletis merito, vt dixi, damnabitur. Necesse est enim eum, cum quo agitur, condemnari, nisi exceptionem aliquam aduersus actionem habeat. quam non habet, si doli replicatione exceptio eliditur. ac necesse est elidi, si is qui transactione vti velit, non patiatur eam transactionem in se valere. *d. l. cum proponas.* 𝔖. *de pact.* 3

Ex his † ita inter se collatis & compositis, licet hanc summam statuamus: cum reo, qui non faciat, quod promisit transactionis caussa, cum quo nulla actio sit eo nomine, vetere actione experiri licet, non qua id consequamur absolute quod petitur: sed qua deferatur reo hæc conditio, vt vel soluat, quod promisit, vel condemnationem subeat in ea re, qua de agitur. Itaque etiam post litis contestationem id præstando, quod promisit, condemnationem euitabit. Ad hoc enim proficit ea, quæ hic nominatur, exceptionis æquitas. 4

Neque † ei obstabit, quod dicitur post litem contestatam moram purgare non licere. *l. si insulam. ff. de verbo. obl. l. 1. ff. de penu leg.* Id enim sic accipiendum est, si id offeratur, quod non debetur. Namq; id præstando, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *titul. quibus mod. toll. obl. in princ.* In proposito autem id offertur quod debetur, dum offertur, quod promissum est. 5

Quod † si reus recusans soluere, quod promisit, condemnatur, non fit contra constitutiones quibus cautum est, transactiones bona fide finitas rescindi non posse. Nam primum non est transactio perfecta, in qua reus nihil dedit. *l. transactio.* 𝔍. *eo.* Deinde quamuis quis dederit esse perfectam: tamen cum reus velit perfectam non esse, neque valere, ipse sibi hanc legem dicit, vt quod ius in aduersarium statuit, eodem iure vti debeat. *l. 1. & toto tit. ff. quod quisque iuris.* 6

*L. Promissis. 37.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Basilissæ.

*Promissis transactionis caussa non impletis, pœnam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigi posse constat. S. XIII. Kal. Ian. Nicomediæ. CC. Coss. 294.*

Vide, quæ scripsi ad l. proximam. 𝔖.

*L. Transactio nullo. 38.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodotioni.

*Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit. S. VIII. Kal. Ian. Nicomediæ. CC. Coss. 294.*

SVMMARIVM.

1 *Transactio quibus rebus perficiatur, vt & in l. transactionem 33. supr.*

Ad transactionem non est satis litem fuisse dubiam, eamque pactione finitam: sed oportet eo nomine actori quid detur, aut, quod idem valeat, aliquid ei vel remittatur (quod pro eo est, ac si datum esset. *l. si mulier. ff. de condic. caus. dat.*) vel promittatur. Promittatur, *inquam*, efficaciter, id est, stipulatione. alioqui pacto promissum vt exigi non potest; sic non faciet, quo minus actor veterem litem recte instauret. de quo dixi *ad l. si maior.* §. *eod.* Hæc ad transactionem ideo exigimus, quia si reus totum dat, quod petitur; solutio est: & actor rursum si nihil accipit, donatio est. Quorum vtrumq; a decisione est alienum.

*L. Quamuis. 39.*

Impp. Dioclet. & Maximi. AA. & CC. Martianæ.

*Quamuis eum qui pactus est, statim pœniteat, transactio tamen rescindi, & lis instaurari non potest, & qui tibi suasit, intra certum tempus licere a transactione recedere: falsum adseuerauit. V. Kalend. Ian. Sirmii. CC. Coss. 294.*

Vide, quæ dixi *ad l. si maior.* §.

*L. Vbi pactum. 40.*

Imppp. Gratian. Valent. & Theod. AAA. Eutropio PP.

*Vbi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianæ stipulationis & acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est: aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus: aut pœna vna cum his, quæ data probantur, ante cognitionem caussæ (si aduersarius hoc maluerit) inferenda est. Dat. III. Non. Iun. Constantin. Eucherio & Syagrio Coss. 381.*

SVMMARIA.

1 *Species facti obscurius hic proposita explicatur. & numer. 2.*

2 *Aquiliana stipulatio & acceptilatio vincula iuris dicta, & cur.*

3 *Responsi verba obscuriora explicantur, in quo est rescripti sententia.*

4 *Ante cognitionem caussæ pro ante litis contestationem.*

5 *Difficultas huius rescripti duplex: & quod sublata vetere actione per acceptilationem iterum agi posse dicitur: & quod dicitur pœna inferenda antequam contra transactionem iudicio actum sit.*

6 *Vulgaris sententia de hoc rescripto refutata. & num. 7. 8. 9.*

7 *Agere non dici, cui aut iure nulla actio est, aut ea, quæ per actionem perpetuam remota sit.*

8 *Conditionem hanc pœnalis stipulationis, si amplius ages, de actu & conatu solo agendi tunc accipi debere, cum conuenit, vt actor nec amplius ageret, & si ageret, pœnam præstaret rato manente pacto. alioqui accipiendam de vera actione, & quæ sit cum effectu.*

9 *Nunquam aduersus eum qui iterum agit, & exceptionem simul locum habere, & pœnæ persecutionem, nisi nominatim ita conuenerit.*

10 *Pœnam ante litis contestationem inferendam, & inferendam tunc cum actore agente reus vltro suscipiet actionem, esse pugnantia: ideo hoc posterius rescripto non conuenire.*

11 *Vera sententia rescripti hæc: actorem vetere actione per acceptilationem sublata, posse nihilominus ex conuentione noua iterum agere: si tamen ante quam agat, reddat quod prius a reo acceperat, & pœnam a se promissam inferat: non aliter, & quare.*

Species † facti ab Imperatoribus initio sic describitur. 1 Pactum vel transactio scripta est, id est, pactus est actor se a reo nihil amplius petiturum vel donationis caussa, vt sit pactum tantum: vel vt quid acciperet tanquam in re dubia, vt sit transactio. *l. 1. ff. eo.* His rebus innexa est (non innixa) vt sit annexa & adiuncta, firmitas iuris. annexa, inquam, vinculis Aquilianæ stipulationis, & acceptilationis: id est, ita hæc firmata sunt, vt actor reum Aquiliana primum stipulatione interposita, post deinde acceptilatione secuta iure liberaret.

Aquilianam † stipulationem & acceptilationem 2 vocant vincula iuris: quod his rebus solis iure vinciatur fides. Fit enim his, vt quia actio iure sublata est, nihil amplius ne iure quidem possit peti, non idem efficitur pacto, vt dixi *ad l. 5.* §. *de pact.* Præter hæc promisit actor se nunquam de eadem re acturum, & si contra faceret, promisit pœnæ nomine centum. Veruntamen ipse contra, quam cauerat, agit, aut reo in ius vocato agere vult. De vi superioris transactionis quæritur.

Respondent † Imperatores eadem verborum 3 obscuritate & perplexitate, qua supra, aut actorem parere debere subsecutis, id est, iis quæ gesta sunt: quod declarat eum agere non debere: idque secundum leges, id est, vt leges iubent, quæ transactionem rescindi, & litem instaurari vetant: aut si parere non vult, id est, si agit, pœnam, quæ scilicet ab illo promissa est, vna cum his quæ transactionis caussa accepit, ab eo inferendam esse. & hoc, si reus id maluerit, id est, si admittat.

Idque † fiat ante cognitionem caussæ. sic vocant 4 litis contestationem: quia iudex per litis contestationem caussam cognoscere incipit. *l. 1.* §. *de litis contest.*

Quod † dicunt conuentis parendum esse, expeditum est. quod addunt; si contra fiat, id est, si actor 5 iterum agat, pœnam promissam ab eo inferendam esse, & quod accepit, ab eo restituendum, magnam habet quæstionem. Hoc enim ita dicunt, quasi actor qui reum acceptilatione liberauit, iterum possit agere. quod fieri non potest. Nemo enim potest experiri, qui actionem non habet. *l. si pupilli. §. vlt. ff. de neg. gest. l. quoties. §. item si. ff. de adm. tut.* Non habet autem is, qui reum acceptilatione liberauit. *§. item per. Inst. quib. mod. tol. obl.* Auxerunt difficultatem, cum dixerunt pœnam inferendam esse ante litis contestationem: quasi ante litis contestationem actor posset agere. quod secus est. Nam etsi is proponeretur, qui adhuc posset agere: tamen non diceretur egisse ante, quam litē esset cōtestatus. *l. amplius. ff. rem ratam hab.*

Rem † Azo sic expedire tentauit (cuius sententiam maxima pars interpretum secuta est) vt diceret 6 eum quidem, qui reum acceptilatione liberasset, iure contra transactionem agere non posse, dicique ei posse, tibi agere non licet, vt qui actionem tibi sustuleris: sed posse agere verbis tantum & conatu. Potest enim petere id, de quo transactum est, quamuis inutiliter. de hoc conatu sensisse transigentes. proinde ex eo commissam esse stipulationem pœnæ, & natam dati condictionem. Ita euenire eodem tempore, vt qui contra transactionem istam veniat, simul & ab agendo excludatur, & pœnam præstet nihilominus, & vna accepta restituat.

Quæ

7 Quæ † sententia defendi non potest. Est enim & contra significationem verborum, & contra sententiam contrahentium, & præterea innumeris auctoritatibus, & præcipue huius rescripti refellitur. Nam primum quod dicunt eum egisse contra transactionem, qui aduersarium in ius vocauit, & petiit id, de quo transactum est, faciunt contra verbi significationem. Agere enim hic voluit; re vera non egit, vt qui actionem non habuerit. Quid, si habuisset actionem iure ciuili, & exceptione perpetua remotus esset? Diceremus ne hunc quidem egisse videri, nec pœnam ab eo exigi posse. *l. eleganter. § penult. ff. de condict. ind.* scilicet quia nihil intersit, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem ea infirmetur. *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* Certe effectu non habet. verba autem cum effectu sunt accipienda. *l. 1. §. vlti. ff. quod quisq. iuris.*

8 At † enim de conatu solo & petitione senserunt contrahentes. alioqui inutilis esset pœnæ stipulatio, vt quæ ex proprietate verbi accepta nunquam posset committi. quod periculum quoties imminet, toties a verborum proprietate receditur, idq; agi præcipitur, vt res quæ geritur, sit in tuto. *l. non aliter. ff. de leg. 3. l. quoties in stipulationibus. ff. de verb. oblig.* Sed hoc tunc recte dici potest, cum conuenit, vt pœna peteretur rato nihilominus manente pacto. de qua re scripsi *ad l. cum proponas. s. eod.* At vbi nihil tale nominatim conuenit, vt simul & exceptioni locus esset, & pœnam liceret petere, vt hic non conuenit: non est stipulatio pœnæ inutilis, si ea non committitur. Imo tanto magis vtilis, & magis ex sententia ac voto stipulantis, si eius conditio non exsistit: propterea quod cum stipulor pœnam, si contra transactionem feceris, hoc solum ago vt contra stipulationem non facias, atque ita fiat, ne stipulatio pœnæ committatur. Ceterum in pœnali stipulatione verba conditionis de effectu, ac non de actu tantum accipienda esse, euidenter demonstratur argumento serui hac lege venditi, ne manumittatur: pœna promissa, si esset manumissus. de quo ita placet, quoniam iure manumitti contra dictam legem non potest: quamuis emtor quod in se est, eum manumiserit, pœnam ab eo exigi non posse. *l. eas quidem. j. si manc. ita fuer. alie. l. si venditor de ser. export* & additur ratio *in d. l. si venditor.* quia incredibile sit de actu manumittentis, ac non de effectu cogitatum. In quo Papinianus aperte probat, esse non ex verbis tantũ, sed etiã ex sententia contrahentiũ, vt in conditione pœnalis stipulationis verba cum effectu interpretemur.

9 Quod † autem dicunt, actore contra transactionem agente euenturum, vt & nulla sit ei actio, & pœna nihilominus ab eo possit exigi, pugnat non tantum *cum l. eleganter. §. penult. ff. de cond. indeb. l. cum proponas. supr. eo. l. rescriptum. §. 1. ff de pact.* sed maxime cum hoc rescripto: in quo non tribuitur reo coniunctim, vt promissa seruentur, & pœna exigatur: sed disiunctim, vt promissa seruentur, aut pœna inferatur. Ergo alterum satis est: vtrumque reus non consequetur. *l. si quis ita 129. ff. de verb. oblig.* præsertim cum rescriptum dicat pœnam esse inferendam, si reus hoc maluerit: id est, si maluerit pœnam sibi inferri, quam agentem remouere, & cogere pactis stare. Quapropter ita statuendum est, eum qui acceptilatione aduersarium liberauit, agere amplius non posse. Hinc consequens esse, vt quidquid petat postea, vel potius quidquid conetur petere, non faciat, quo magis exsistat conditio, sub qua pœna promissa est, aut qua data condici possunt. ita fieri, vt neque pœna ab eo exigi possit ob eam caussam, quod litem de re mouerit, neque data ei condici. At hic dicitur, si conuentis accommodatus non sit consensus, pœnam inferendam esse, id est, inferri oportere, vt intelligatur eam vel ab inuito posse exigi.

10 Sed † additur, si aduersarius hoc maluerit. quibus verbis motus quis facile dicturus sit fortasse, non posse quidem cum aduersario agi, si ipse nolit, atque eo non patiente secum agi, pœnam inferri ab actore non debere. At si aduersarius patiatur secum agi, vltroque suscipiat actiones: quo minus recte agatur cum eo, resque nouo iudicio transigatur, nihil prohibere. *arg. l. 2. supr. de pact.* Hoc vero cum factum erit, tum negari non potest, quin pœna ab actore inferenda sit, & accepta ab eo restituenda. Itaque hanc sententiam huius loci esse dicet, si aduersarius velit sibi pœnam inferri, esse in eius potestate id consequi, dum ipse agente actore secum agi patietur. Sed huic sententiæ aduersatur, quod rescriptum ait, pœnam inferendam esse hoc casu ante caussæ cognitionem. Nam secundum supra scriptam sententiam pœna quidem inferenda esset: sed post litis contestationem, non ante. Non enim ante posset peti, quam actor egisset, nec videtur egisse ante, quam litem sit contestatus. *d. l. amplius.*

11 Ita se † res habere videtur: Si hoc quæri putamus hoc rescripto, an agente eo, qui transegit, pœna ab eo possit exigi, rescriptum non consistet. Hoc enim ratum esse debet, illum agere non posse, aut si agat volente reo: non agere tamen ante, quam sit litem contestatus. Sed hoc quæritur, an qui reum acceptilatione liberauit, possit adhuc de eadem re agere, si hoc aduersario semel placuerit. Respondent Imperatores eum parere debere transactioni secundum leges, id est, eum agere non posse: aut si velit agere necesse illum habere pœnam inferre, & quę accepit restituere ante litis contestationem, & hoc, si aduersarius de eadem re agi velit. vt sit sensus: actorem posse de eadem re agere his concurrentibus duabus conditionibus: vna, si consentiat reus: altera, si actor reddat prius quæ accepit, & pœnam, quam promisit, pendat; quæ sententia expressa est *in l. si diuersa. supr. eod.* Exigitur, vt hæc ante litem contestatam fiant: quia, vt dixi *ad d. l. si diuersa*, conuentione sola transigentium vetus actio suscitari non potuit: sed hoc potuit effici, vt competeret noua præscriptis verbis, si pactum non sit nudum. Vt autem non sit nudum, ita fieri potest, si actor reddat reo pecuniã, & pœnã promissam inferat ea lege, vt sibi de eadẽ re iterum agere liceat.

*L. Si quis maior. 41.*

Impp. Arcad. & Honor. AA. Rufino Præfect. prætor.

*Si quis maior annis viginti quinque aduersus pacta vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio & voluntate confectas, putauerit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa: eas autem, inuocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidauerit: non solum notetur infamia, verum etiam actione priuatus restituta pœna, quæ pactis probatur inserta, & rerum proprietate careat, & emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus. itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura*

*seruauerint. Eos etiam huius legis vel iactura dignos esse iubemus, vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes salutem Principum confirmationem initarum iurauerint esse pactionum. Dat. V. Id. Octob. Constantinop. Olybrio & Probino. Coss. 395.*

SVMMARIA.

1 *Transactionem iuratam qui non seruat, aduersus eum incommoda quatuor, & quæ.*

2 *Infamia notari ipso iure, qui aduersus transactionem iuratam veniat: singulare.*

3 *Aduersus transactionem iuratam denegari actionem hoc loco, & nihilominus si quis contra iudicio agere conatus sit, quamuis frustra, pœnam ab eo exigi posse: item singulare.*

4 *Conatus agendi aduersus iuratam transactionem etiam in vocatione in ius.*

5 *Vocatio in ius, qualis olim.*

6 *Minores aduersus transactionem iuratam si veniant, huius constitutionis pœna non teneri, neque id contra auth. sacramenta. C. si adu. vend. aut contra id quod dicitur minoribus in delictis non subueniendum.*

7 *Reum quoque qui ex transactione iurata non impleuit promissa, teneri pœna huius constitutionis, & quando videatur non implesse.*

STATVVNTVR hac constitutione incommoda certa aduersus eum, qui facit contra transactionem, quam iureiurando firmauerat. Constitutio sic facile intelligetur, si capita duo in ea obseruabimus. Vnum, quænam ea incommoda sint, quæ diximus: alterum, in quem statuantur.

1 Incommoda † sunt quatuor. Iubet enim constitutio eum, qui contra venerit, infamia notari: actionem amittere, quam de re habuit: pœnam, si contra faceret, promissam pendere: postremo commodum, si quod cœpit ex ea transactione, restituere.

2 In quibus † duo animaduertenda sunt. Primum quod iubet eum, qui agit, notari infamia. quod sic interpretandum est, infamem esse, & quidem hac lege, non autem sententia iudicis notari: posteaquam actionem ei, qui contra pactionem faciat, denegando, id est, iudicium de ea re esse prohibendo, eadem opera constitutio sententiam aduersus eum ferri non permittat. Hocce obseruandum, quia iure communi non notatur, qui peierat. Nihil enim tale neq; in edicto de infamibus, quod exstat *in l. 1. ff. de iis, qui not. infam.* neque aliis in locis aduersus periuria constitutum legimus. Quinimo *in l. 2. ꝟ. de reb. cred.* scriptum est, contemtam religionem iurisiurandi satis Deum vltorem habere. quo significatur periurii pœnam non aliam esse iure ciuili, vt quidem tunc ius fuit, quam vltionem Dei. Vnde apparet nouum hoc genus pœnæ hac constitutione primum in hac specie inductum esse: quod & in hac ipsa solum specie factum obseruamus. de quo scripsi plura in argumento de iureiurando eam l. 2. interpretatus.

3 Alterum † etiam singulare in eo, quod cum Imperatores denegent actionem ei, qui transegit: tamen velint pœnam ab eo exigi posse, si vel contra transactionem facere conatus sit iudicio agendo. Sic enim ius publicum est in ceteris transactionibus, reum alterutro contentum esse debere, aut exceptione pacti, aut pœna. *l. cum proponas. ꝟ. eod. l. rescriptum. §. 1. ff. de pact. l. eleganter. §. si quis post. ff. de condict. indeb.* Nec abs re. neque enim exsistere potest pœnalis stipulationis conditio, nisi is, qui transegit, contra transactionem faciat, id est, iterum agat. quod is facere non potest, cui denegatur iure actio. Et sane ne hic quidem commissa esset pœnæ stipulatio, si effectum, non actum & conatum spectaremus. Sed apparet Imperatores hoc loco in periurio etiam conatum & malam mentem coercere voluisse, vt efficerentur homines ad peierandum tardiores. Nunc obseruetur, aduersus quos ista constituantur. Statuuntur aduersus eum actorem, qui maior annis viginti quinque transegit, nullo aut coactus metu, aut dolo circumuentus, iurauitque nihil se contra pacta, vel transactionem facturum, & fecit. Ergo constitutio eum coercet, qui contra transactionem venit.

At † quomodo contra transactionem facere interpretabimur eum, qui iure agere non potest? Conatum puniri iam diximus. Sed in quo est conatus? Id expresserunt Imperatores. Volunt enim eum contra transactionem venire, qui aut iudicem interpellauit, aut supplicauit Principi, quod vtrumque sic interpretari debemus, si aduersarium in ius vocauit. 4

Sciendum † est enim illis temporibus, quibus hæc constitutio edita est, in vsu fuisse duplicem vocationem in ius. Vno modo vocabatur aduersarius oblato ei libello per apparitorem iussu magistratus. Erat etiam hæc ratio, vt preces Imperatori offerrentur, quæ deinde subscriptæ ferebantur ad iudicem, ac per iudicem ad reum mittebantur. Vtriusque generis meminit Iustinianus *Nouel. 112. de litigio. §. 1.* Hoc volo intelligi, non sufficere interpellationem iudicis, aut preces Principi oblatas, vt quis in hanc constitutionem incidat, nisi & ista ad reum vsque peruenerint, vt in ius vocaretur. Nulla enim pœna esse debet, vbi nullum delictum est. *l. aliud est fraus. ff. de verb. sign.* Nihil autem delinquit, qui iudicem, aut Principem interpellat de re aliqua. si hic consistat, neque aduersario controuersiam iudicio faciat. *arg. l. libertus 2. ff. de in ius voc.* Adde, quod nihil fit contra hanc constitutionem, nisi contra transactionem veniatur. Non venitur autem, nisi aliquo modo iterum agatur: neque vero agitur vllo modo, si aduersarius in ius non vocetur: propterea quod omnium iudiciorum initium est in ius vocatio. *§. vlti. Inst. de pœn. tem. litig.* 5

Hæc † constitutio pertinet ad maiores. Itaque si minores contra transactionem iuratam venerint, hac constitutione non tenentur. Non est contraria lex Friderici, cuius initium est, *sacramenta. ꝟ. si aduers. vend.* Etsi enim ea lege comparantur cum maioribus minores ii, qui iurauerunt se contra venditionem aliumue contractum nihil facturos: tamen in eo comparantur tantum, quod exigitur ab iis, vt pariter fidem datam, quam iureiurando firmarint, seruent: non etiam, si quid contra fecerint, paribus pœnis subiiciuntur. At enim in delictis minoribus non fuit subueniendum. *tit. si aduer. delic. ꝟ. l. si ex caussa. §. nunc videndum. ff. de minor.* Sed aliud est subuenire, id est, efficere ne noceat id, in quo teneatis iure ciuili: aliud pœnam non statuere. Hanc aduersus peierantem non statuere liberum est. quod autem semel minor contraxerit, hoc aduersus iusiurandum illi remittere non licet. Hæc dicta sunt de actore, qui contra, quam cautum est, egerit. 6

Quæsitum † est, an constitutio etiam ad reum producenda sit, qui quid promiserit iureiurando, nec præstiterit. Non dubito, quin illa verba ad eum referan- 7

stantur, *vel non implendo promissa*: quæ sunt eiusmodi, vt in eum etiam tantum conueniant. Illa autem pariter ad vtrumque pertinent, *itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura seruauerint.* Proinde & reus quoque, qui non impleuit promissa, fiet infamis, & pœnam, si quam promisit, pendet. Sic autem videbitur non implesse promissa, si cum de his appellaretur iudicio, dixit se non impleturum, aut se promisisse negauit: non etiam si se debere fassus, ideo non impleuit, quia non potuit propter inopiam. Non enim delinquit, qui ideo non soluit, quia non potest. iam autem dixi nullam ibi debere esse pœnam, vbi nullum delictum est.

*L. Si ex falsis. pen.*

Impp. Leo & Anthe. AA. Acrochirio PP. P.

*Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initæ fuerint: quamuis iusiurandum de his interpositum sit: etiam ciuiliter falso reuelato, eas retractari præcipimus: ita demum, vt, si de pluribus caussis vel capitulis eædem pactiones seu transactiones initæ fuerint, illa tantummodo caussa vel pars retractetur, quæ ex falso instrumento conuicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controuersia orta decisa sopiatur. Dat. Kal. Iul. Constantino. Martiano & Zenone Coss. 469.*

SVMMARIA.

1 *Ex falsis instrumentis transactionem interpositam quamuis iuratam retractari posse, & quare.*

2 *Ex falsis instrumentis transigere, quid.*

3 *Transactionis ex falsis instrumentis interpositæ retractandæ via actori in integrum restitutio, siquidem reum acceptilatione liberauit: si transegit tantum pacto, vetus actio.*

4 *Reo aduersus transactionem ex falsis instrumentis interpositam [illegible]endo, possidenti exceptionem doli sufficere: repetenti quæ dedit, paratam esse condictionem sine caussa.*

5 *Transactionis ex falsis instrumentis interpositæ retractationem esse etiam aduersus eum, qui ignorans falsum protulit.*

6 *Transactio falsis testibus ab aduersario productis interposita, an similiter retractari possit.*

7 *Transactionem ex falsis instrumentis interpositam qui retractat, eum nihil facere aduersus iusiurandum: & qui retractare permittit, non confirmare periurium.*

8 *Iuratas aliis ex caussis conuentiones retractandi ius non esse.*

9 *De falso instrumento si postea transactum sit, non amplius transactionem ex eo instrumento interpositam retractari posse.*

1 QVæ † vis est rerum iudicatarum, eadem est & transactionum. Sententia ex falsis instrumentis lata retractari potest. *titul. si ex fals. instrument.* ꝯ. ergo & transactio itidem poterit, vt hic est constitutum. Quæ constitutio etiam propriam rationem habere videtur. Nam si is qui falso vsus est, falsum esse instrumentum sciuit, dolo fecit. nulla autem transactio rata habetur, quæ dolo est interposita. *l. sub prætextu instrumenti.* ꝯ. *eo.* Si ignorauit falsum esse, vel hoc ipsum declarat eum hoc instrumento aduersario nocere noluisse. Itaque transactio, quæ ex consensu tantum valet, *l. non minorem.* ꝯ. *eo.* in proposito aduersarium non tenebit, vbi is qui falsis vsus est, non fuit hoc animo, vt ex his vel ageret, vel transigeret.

Ex † falsis instrumentis transigere recte Accursius interpretatur eum, qui falsis instrumentis ab aduersario prolatis, horum metu inductus, transigit. Retractandæ transactionis potestas tam reo quam actori ex hac caussa. 2

Retractandi † via actori hæc. Actor si acceptilatione reum liberauit, vetere actione non aget, quam acceptilatione sustulit. *l. 4. l. vt responsum.* ꝯ. *eo.* Ne de dolo quidem actio ei esse potest aduersus eum, qui sine dolo malo instrumentum falsum ignorans protulit. Relinquitur igitur illi hoc casu sola in integrum restitutio, qua vtatur. quæ si remoto aduersarii dolo competit, etiam aduersarii dolo interueniente dabitur. proinde vtroque casu cessabit de dolo actio. *l. pen. ff. de in int. rest. l. 1. §. idem Pomponius. ff. de dol.* Erit autem restitutio in integrum ex illa clausula edicti de maioribus, Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituam. *l. 1. in fi. l. sed et si. §. vlt. ff. ex qui. cau. mai.* Quippe ex iustis caussis quæ in integrum restitutionem suadent, hæc est vna, de qua agitur. Iustam fecerunt constitutiones, quæ transactionem ex falsis instrumentis interpositam rescindi permittunt. Atque hactenus verum est, quod Accursius hic scripsit, huiusmodi transactiones in integrum restitutione petita retractari. Quod si actor litem pacto tantum remiserit, constituta via est iure ipso ad retractandam transactionem. Actio enim vetus iure mansit integra. *l. 5.* ꝯ. *de pact. l. sub prætextu instrumenti.* ꝯ. *eo.* Hac ille iure experietur. cui si opponetur pacti exceptio, parata est ei contra replicatio doli mali, qua exceptio elidatur. vt fieri videmus *in l. sub prætextu instrumenti. l. siue.* ꝯ. *eo.* Replicatio doli ex eo, quod dolo facit, quisquis petit ex caussa, quæ nulla est. Hoc de exceptione doli traditur *in l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. exc.* dictum igitur & de replicatione; quoniam replicatio est exceptio. *l. 2. §. 1. ff. de exc.* Hoc autem facit in proposito reus, qui exceptione vtitur ex ea caussa, quam constitutiones improbant. Hac actione ipso iure constituta, non desiderat actor in integrum restitutionem. *l. in caussæ 2. ff. de mi.* Sed & ipsa actio, cum sit illa vetus, quæ fuit ante transactionem, æque nunc, vt ante, perpetua est. De replicatione doli dubitari potest propter actionem de dolo; quæ est temporalis. *l. vlt.* ꝯ. *de dol.* Sed alia caussa est exceptionis doli, alia actionis de dolo. hæc temporalis est: illa perpetua ob eam caussam, quæ redditur *in l. pure. §. vlt. ff. de dol. mal. exc.* replicatio autem, vt iam dixi, exceptio est. 3

Ne † reus quidem deceptus falsis instrumentis ab actore prolatis, requiret restitutionem in integrum vel ad ea, quæ transactionis nomine promisit, non præstanda, vel ad data condicenda, iure ordinario ad vtramque rem munitus. Nam promissa si ab eo petuntur, habet exceptionem doli, qua se tueatur aduersus eum, qui ex nulla, seu ex iniusta caussa petit. *d. l. 2. §. circa. de dol. mal. exc.* Data si repetere vult, est condictio sine caussa, qua repetat datum ob eam caussam, quam postea iure non subesse apparuit. *l. 1. ff. de cond. si. cau.* Et exceptio doli ad defensionem, & condictio sine caussa ad agendum, vt ciuilis actio, perpetua est. *d. l. pure. §. vlt. de dol. exc. Inst. de per. & temp. act. in pr.* 4

Retractatio † ex hac caussa non tantum constituta aduersus eum, qui falsis dolo vsus est, sed & qui 5

ignorans falsum protulit. Caussa enim retractandi in eo, quod transactio ex falsis instrumentis inita fuerit. potest autem ex falsis instrumentis iniri & sine dolo malo eius, qui falsum profert. Sed etsi constitutio caueret de eo, qui falsum dolo protulisset, superuacuum fuisset de instrumentis falsis adiicere: quoniam & sine instrumentis falsis etiam transactio dolo malo interposita non valet. *l.4.l.sub prætextu instrumenti.* *s.eo.* Et iam supra rationem exposui, cur non valeat transactio interposita ex falsis instrumentis, etsi aduersarius falsum ignorasset.

6 Quæsitum est,† an quod de transactione ex falsis instrumentis interposita hic dicitur, dicendum sit & de ea, quæ interposita est falsis testibus ab aduersario productis. Vulgo putant. Putem & ipse, si probari posset falsos testes fuisse, qui producti sunt, vt de instrumento falso postea constare potest. Mihi autem non occurrit, quomodo recte falsi fuisse probentur, nisi probetur fuisse pecunia corruptos. Et de his solis agitur *in l.Diuus.ff.de re iud.* cuius loci argumento ad suæ sententiæ confirmationem vtuntur. At corruptos qui probat, magis ob dolum aduersarii transactionem impugnat, quam ob falsa testimonia: vt non per omnia huiusmodi transactiones recte comparentur. non tam quia ius deficiat, quam probatio, *vt dicitur in l. duo. ff. de test. tut.* Sed de eo plura ad *d. l. Diuus.* Adiicit hæc constitutio, adeo transactionem ex falsis instrumentis initam retractari posse, vt placeat posse, etsi iusiurandum interuenerit.

7 In quo † nihil constituitur aduersus iusiurandum, nec periurium confirmatur. Iurat enim is solum, qui quid affirmat & paciscitur: siquidem iusiurandum est affirmatio religiosa. Non affirmat autem, nec paciscitur quisquam, qui non consentit: nec consentit, qui errat. *l.2 ff. de iud.* Vnde qui decipiuntur, non dicuntur pacisci. *l. qui cum tutoribus.* §. *qui per.ff.eo.* Non ergo peierat, qui aduersus eum errorem, de his de quibus nesciuit, nec sensit, iterum agit.

8 Obseruandum † est hanc retractationem solum ei tribui, qui aduersarii facto, puta falsorum instrumentorum prolatione inductus est, vt iuraret de eo, quod quale esset, ignorabat. Non idem tribuitur iis, qui aut scientes iurant, aut ignorantes quidem, sed nullo aduersarii facto in errore inducti. Vt puta iurauit quis se aduersus venditionem non venturum: ne si minor quidem sit, in integrum restituetur, dum deceptus non sit ab emtore. *l.1.C.si adu.vend.* Similiter si minor se maiorem esse iurauerit; etsi aliunde aperte dolus eius non arguatur, placet tamen ei denegari in integrum restitutionem. *l.si alterius.C.si mi. se ma.dix.* Quod enim hic iurauit, totum ab eo natum est, non ab aduersario. Sed & hic proprie deneganda est ei restitutio: quia dolo facit, qui iurat se maiorem, cum non sit. Nam si sciebat, aperte peierat, & fallit: si nesciebat, hoc ipso in iureiurando dolus est, quod non debuit facilis esse ad temerariam affirmationem. *l. Iulianus.* §. *quod autem.ff. de act.em.*

9 Quæ † de transactione ex falsis instrumentis nata retractanda hic constitutum est, temperatur ad extremum hac exceptione, nisi & de quæstione ex falso instrumento mota transactum sit. quod & de transactione dolo malo facta traditum est *in l.4.s.eo.* Hæc quæstio mota erat in specie *l.illa.C.ad leg.Iul. de fal.* proinde nihil aduersus hunc locum, cum transactione in ea lite interposita de falso agi posse illic negatur.

## L. Iubemus. vlt.

### Imp. Anastasius A. Thomæ P.F.P. per Illyricum.

*Iubemus, in omnibus litigiis iam motis & pendentibus seu postea super seruili vel adscriptitia conditione mouendis, transactiones celebrandas vel iam celebratas (si non alio iuri cognito modo eas vacillare contigerit) vires suas obtinere, nec ob id videri tenorem earum titubare, quod pro conditione seruili vel adscriptitia confectæ sunt.* *Dat. XV. Kal. Decemb. Patricio & Hypatio. Coss.* 541.

SVMMARIVM.

1 *Transactionem de seruili conditione cum eo qui seruus dicebatur interpositam valere, si id agitur, vt is pro libero habeatur: sin vt transigentis seruus maneat, omnino non valere, & quare.*

ETIAM † de statu, re omnium maxima & pretiosissima transactio interposita valet. Non vt is, 1 cum quo tanquam cum seruo agebatur, & transactum est, liber fit: quod pactione effici non potest. *l. ingenui. C. de ing. manu.* sed vt ei, cum quo transactum est, amplius de libertate controuersia moueri non possit. Ergo etsi is qui se dominum dicebat, & transegit, vere dominus sit, tamen aduersus eum valebit transactio. Quid est igitur, quod dicitur *in l. interpositas. s. eo.* dominos cum seruis suis paciscentes ex placitis teneri non posse? Hoc sic accipiendum est, si constet dominos esse, qui dicuntur, aut cum dubitaretur, nulla res eos impediat, quo minus se tales esse probent. Hic autem neque constat eum dominum esse, qui transegit, cum aduersarius id neget, qui se liberum & ante fuisse, & nunc esse contendit; neque dominus de iure suo probare volens admittitur propter transactionem. Sed quoniam generaliter hic dicitur, transactionem super seruili conditione interpositam valere: quid fiet, si transactione id actum sit, vt qui seruus dicebatur, seruus maneret, nec amplius libertatis suæ controuersiam faceret? Bene Accursius respondit transactionem non valere: non tamen quia sit contra bonos mores: non enim turpe est eum, qui seruus est, in seruitute manere, & in quæstione de statu bonam fidem agnoscere: sed hac ratione, quam & ipse bene reddit, quod transactio nulla est, vbi pro eo quod quis a lite discedit, nihil ei datur. *l. transactio. s. eo.* Hic autem aut seruo nihil datur, aut si quid, pro non dato habetur, cum serui proprium nihil habeant, sed totum domino acquiratur. §. *Item vobis. Inst. per quas per.* Idque ipsum temperamentum satis significatur hac lege, cum iubetur valere transactio de seruili conditione, hac cōditione, si non alio modo contingat eam vacillare.

HVGO-

# HVGONIS DONELLI, IVRISCONSVLTI [redacted] NORICI QVONDAM PROFESSORIS, Commentarii,

## AD TIT. XXXVI. LIB. III. C. FAMILIÆ ERCISCVNdæ, Leg. Filium quem.

Impp. Diocles.& Maximianus AA. & CC. Socrati.

*Filium quem habentem fundum, portionem hereditatis, fratribus & quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, post eius euentum, hereditaria parte prædii in quartæ ratione retenta, compensato præterea quod a coheredibus vice mutua percepit, & si quid deest, in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo soluitur, supra quartam habens, reddere compellitur. Dat. K. Non. Ian. CC. Coss. 294.*

SVMMARIA.

1 *Species facti conueniens huic rescripto, quæ & sigillatim ex verbis adstruitur.*

2 *Proponi hic filium, non qui haberet fundum concessum in peculium a patre, aut donatum, cum rogabatur, sed qui rogatus sit restituere habens fundum, id est, habito prius, & præcepto sibi fundo.*

3 *De lectione, filium quem, & filius quem.*

4 *Quæstio rescripti & ambigendi caussa.*

5 *Sententia rescripti de proposita quæstione, quæ & sigillatim expositis verbis rescripti in singulis suis partibus confirmatur.*

6 *Prædii portio hereditaria hic, cuius prædii, & quæ intelligatur, & quid sit, eam in quartæ portione retineri.*

7 *Compensari in quartam hic dici ea, quæ vice mutua capiuntur ab herede: cur potius, quam imputari in quartam.*

8 *His verbis, Si quid deest, in supplementum deducto, quomodo fingi debeat ad quartam deesse, & vnde deducendum: tum quomodo locus interpungendus.*

9 *In his verbis, Quod a ceteris in eo fundo soluitur, ceterorum verbo intelligi ceteros coheredes: & soluti verbo, partes fundi prælegati, quæ a ceteris iure legati capiuntur.*

10 *Hæc verba, reddere compellitur, referri debere ad portionem hereditatis fideicommissæ reddendam, non ad id quod in fundo prælegato a ceteris soluitur.*

11 *In fideicommissariam hereditatis restitutionem venire fundi prælegati partem hereditariam: præterquam duobus casibus, & quibus.*

12 *In quartam Trebellianicam legatum imputari, cum res solida iure legati a coherede accipitur: in prælegato autem nihil amplius, quam quod capitur iure hereditario.*

13 *In prælegato non imputari in quartam eas partes, quæ iure legati capiuntur, ne aduersus eos quidem coheredes, a quibus vice mutua capiuntur.*

SPECIEM † facti rescripto conuenientem, de qua tantopere certatur inter omnes, initio sic accipe. Pater, qui filios tres habebat, Primum, Secundum, & Tertium, eos heredes instituit ex æquis partibus: A Primo petiit, vt portionem suam hereditatis restitueret fratribus suis, & aliis duobus quibusdam cognatis sub conditione, *si nauis ex Asia veniret*; deducto tamen prius, siue præcepto fundo hereditario, quem designauit; aut quod idem valet, fundum quemdam hereditarium ei prælegauit. coheredes damnauit, vt illi decem darent, aut rem aliquam suam dignam decem aureis. Hanc eamdem huius rescripti speciem Polito Senensi docto Iurisconsulto visam esse commemorat Alciatus *lib. 6. Parad. c. 5.* Nos & verbis expressam, & re aptissimam esse doceamus. Fingimus patrem habuisse tres filios cum minimum. Id hoc rescripto euidenter significatur, cum dicitur filius rogatus restituere portionem hereditatis fratribus, & fratres eius nominantur postea coheredes. Fingimus hunc filium Primum rogatum esse restituere portionem hereditatis. Id significant illa verba: *Sanxit testator verbis precariis filium restituere.* Nam verba precaria sunt verba fideicommissi. sic enim & hæc pro eodem accipiuntur *in l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vul. & pu. subst.* sic dicta, quod fideicommissa precibus constent, puta his verbis: Peto, rogo, fidei tuæ committo. *§. pen. Inst. de sing. reb. per fideicom. relic.*

Fingimus † rogatum esse filium restituere por-

tionem hereditatis deducto siue præcepto fundo, aut quod idem est, ei postea fundum prælegatum esse. Id significant illa verba rescripti: *Sanxit testator filium restituere habentem fundum.* Hoc enim perinde est, ac si diceretur: *Sanxit testator filium restituere portionem hereditatis; sed hac lege, vt sibi fundum prius haberet: quod fit eum sibi deducendo, præcipiendo: eumque ita habens, portionem restitueret.* quod nihil aliud est, quam filium iussum hereditatem restituere deducto aut præcepto fundo. vt non sit audiendus Alciatus, aut si qui sint alii, qui negent his verbis deductionem, retentionem, seu malumus, præceptionem huius fundi significari. Veteres, vt qui Bartolum antecesserunt, in quibus etiam est Bartolus, improbabant hanc interpretationem, moti hac ratione; quod hic diceretur filius habere fundum, non habiturus esse; vt hæc verba referre viderentur ad tempus, quo testator sanxit, vt filius portionem hereditatis restitueret. Sed errant in eo, quod verbum *habentem* putauerunt coniungi cum verbo *restituere* a parte anteriore, quasi ita diceretur: *Filius qui habet fundum, rogatus est restituere*: cum intelligi debeat verbum *habentem* coniungi cum verbo *restituere* a parte posteriore: vt sit sensus, qui latinæ orationi conuenit: *Filius iussus est portionem hereditatis restituere: sed restituere habens fundum*, id est, *ita, vt prius fundum haberet: quem nisi præceptum & deductum habere non potuit.* Et vero neque verbis huius rescripti, neque sententiæ responsi vllo modo conuenire potest, vt intelligatur filius qui haberet fundum, vel in peculium sibi a patre concessum, vel donatum a patre, rogatus esse restituere portionem hereditatis. Verbis quidem minime conuenit. Nihil enim amplius hic proponitur, quam filius habens fundum. Et an non potest his verbis intelligi filius emancipatus? in quem certe peculium non cadit. *l. vlt. §. de inoff. test. l. vlt. ff. quan. de pec. act. est an.* Esto, intelligatur filius tantum familias. An non potuit qui in potestate erat, fundum habere aliunde, quam a patre; & ea lege donatum, ne ad patrem perueniret? Sententia autem rescripti etiam vltro reclamat. Nam si fundus iste in peculium tantum datus fuit, hunc filius retinere non potuit mortuo patre. *l. certum. §. hoc tit.* contra quam tamen hic respondetur. Si donatus fuit, & proprium filii factum fuisse volunt, nulla pars eius in quartam imputari debuit, cum indicio defuncti non capiatur. *l. in quartam. ff. ad leg. Fal.* Atqui ista interpretatione reiecta, quam aperte & verba, & sententia rescripti repudiant, restat altera, vt intelligatur is fundus, quem dixi. Et vero locus, & iuris ratio ita accipi postulant: quo accepto cum per se vera sententia inducitur; tum vero fit, vt & interpretatio verbis conueniat, & inprimis congruat sententiæ. Quomodo Lancelotus Politus primus hunc locum recte accepit: in qua sententia cur quidquam mutaret Alciatus in eo paradoxo quod dixi, nihil caussæ fuisse reperiemus. Fingimus coheredes damnatos decem dare. Id his verbis significatur, *compensato præterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.* Nam hoc de fundo prælegato intelligi non potest, ex quo in quartam nihil imputatur, vt docebimus.

3 Lectio † in hac specie obseruanda. Alii enim legunt *filium, quem habentem.* alii *filius, quem.* Posterior lectio citra controuersiam recta est, vt sit hæc oratio, atque hic contextus, *Filius, quem testator iussit restituere portionem hereditatis, reddere eam portionem compellitur.* Prior etiam recte defendi potest, vt sit: *Filium quem*, pro *quem filium, testator sanxit portionem hereditatis restituere, is filius reddere compellitur.* eadem forma, qua a Virgilio dictum est, *Vrbem, quam statuo, vestra est*, pro, *quam vrbem.* Licet etiam interpretari hoc modo: *Testator sanxit, filium quem suum portionem hereditatis restituere:* vt sit, *quem*, positum pro *aliquem*.

Fideicommisso † ita constituto, exstitit fideicommissi conditio. Quæsitum est, non an filius portionem hereditatis restituere cogeretur ex fideicommisso (nam cogi eum certum est. *Inst. de fideicom. hered.*) sed quid retinere deberet, vt eo retento, quod reliquum est hereditatis, restitueret. Nascitur hinc controuersia. Voluntas testatoris hæc est, vt filius in proposito & fundum prælegatum habeat, & præterea quæ vice mutua ei a coheredibus data sunt. Ius autem etiam facit, vt quartam hereditatis, quam restituit, retinere debeat. *§. sed quia heredes. & §. seq. Inst. de fideicom. her.* Cum ergo dubitamus a quo hic, & de fundo prælegato dubitatio est, & de quarta. De fundo hereditario dubitatur, an etiam portionem eius fundi hereditariam, filius retinere possit, an contra ex caussa fideicommissi restituere debeat. Nam iussus est restituere portionem hereditatis. At portio fundi hereditaria ex ea portione est quam ex fideicommisso contineri videtur. De quarta autem dubitatur, non an eam retinere debeat; sed an eam habere debeat præter superiora illa, quæ filio legata & prælegata sunt; an vero superiora in quartam imputare. 4

De † his respondent Imperatores ad hanc sententiam: quod & ipsum Polito illi visum Alciatus refert: Filium totum fundum, quem deducere & præcipere iussus est, retinere debere ita, vt ne partem quidem eius fundi hereditariam restituere debeat. Quod vice mutua datum est, id etiam eum citra controuersiam habere. Quod ad quartam attinet, sic eum quartam habere, vt tamen ex iis quæ legata sunt, quædam in quartam imputet, quædam non imputet. Hæc imputat: fundi prælegati, de quo diximus, portionem hereditariam. Præterea quod vice mutua a coheredibus legatum est. Reliquas fundi prælegati partes, quas a coheredibus accipit, non imputat. Itaque si quid superioribus rebus imputatis etiam ad quartam deest, id de hereditate filius supplebit. Partes fundi, quas a coheredibus accipit, non solum in quartam non imputabit, vt diximus, sed etiam supra quartam habebit, id est, sibi retinebit. Tum superioribus ita imputatis deductisue, filius & quartam, & partes fundi non hereditarias ita habens, reddere compellitur portionem hereditatis, de qua quæritur. Cum innumerabiles in hunc locum scripserint, & tamen omnium ita sint dissentientes sententiæ, vt cum aliis sentiat nemo: operæ pretium est aduersus difficultatem loci nos in superiori interpretatione certo confirmari. Eam esse verissimam ita statuemus, si & verbis rescripti conueniat, & cum regulis iuris consentiat. Id expositis separatim verbis intelligetur.

Aiunt Imperatores: *hereditaria portione prædii in quartæ ratione retenta.* Prædium † intelligunt, quod prælegatum esse diximus. Huius portionem hereditariam cum nominant, significant, in hoc fundo quandam esse portionem hereditariam, ceteras non 6

esse

esse hereditarias. quod ex persona filii, cui hic fundus prælegatus est, recte dicitur. Nam is ex iudicio testatoris fundum totum habere debet. sed cum habeat, habet eum duplici iure, partim hereditario, partim legati. Partem tertiam fundi iure hereditario habet. nam pro tertia parte heres est, vt proposuimus. Reliquas duas duorum coheredum portiones non potest habere iure hereditario, cum pro illis partibus non sit heres; sed habet iure legati. idque ita in prælegato fieri & ius esse, scriptum est *in l. in fideicommissariam. in fin. ff. ad Trebel.* Hanc portionem hereditariam, de qua dixi, filius in quartæ ratione retinet. His verbis duæ sententiæ exprimuntur. Vna est, *Filium etiam hanc portionem hereditariam retinere.* vnde intelligimus eum totum fundum retinere. Nam de ceteris partibus, quas iure legati habet, non dubitatur, quin eas retineat. sunt enim ei legatæ; neque restituere eas iussus est, qui iussus est restituere portionem hereditatis. Hæ partes non sunt ex eius hereditate. De hereditaria fundi portione dubitari poterat, quoniam, vt dixi, ea est ex portione hereditatis. Nunc autem hic dicitur, filium etiam eam portionem retinere. quo fit, vt totum fundum retinere debere intelligatur. De hac sententia ne dubitemus, expressa est *in l. Titia. ff. ad leg. Falcid.* Ea significatur hoc rescripto in illis verbis: *Quod a ceteris in eo fundo soluitur, filius supra quartam habet.* Altera sententia hic diserte expressa est, *Eam portionem fundi hereditarii, quæ retinetur, in quartam Trebellianicam imputari.* Sententia iuris certi: nam quæcunque iure hereditario capiuntur ab herede, in quartam imputantur. *l. in quartam. ff. ad leg. Falcid.*

Aiunt: *Compensato præterea, quod a coheredibus vice mutua percepit.* His verbis, quod a coheredibus vice mutua percepit, non intelligimus partes fundi prælegati, quæ iure legati a coheredibus accipiuntur. Primum, quia verba non ferunt. Si enim de eo fundo Imperatores intelligerent, adiecissent: quod a coheredibus in eo fundo vice mutua percepit, quemadmodum fecerunt postea, cum hunc fundum intelligere voluerunt in his verbis, quod a ceteris in eo fundo soluitur. Deinde ius refragatur, quo minus de prælegato hoc dictum interpretemur. Nam cum coheredi quid prælegatum est, extra quartam est id, quod a coherede vice mutua accipitur in eo prælegato, vt mox dicemus in interpretatione eorum verborum: *Quod a ceteris in eo fundo.* Restat igitur, vt his verbis intelligamus pecuniam aut rem aliam non hereditariam, quam heredes damnati sunt vice mutua coheredi dare. Hoc genus legati in quartam Trebellianicam imputatur. *l. in quartam. vers. 2. ff. ad leg. Falcid.*

7 Dixerunt † autem Imperatores hæc compensari, non imputari, non quod non imputentur, sed quia sic imputentur, vt simul etiam compensentur. Nam compensatio est debiti & crediti inuicem contributio. *l. 1. ff. de compensat.* Hæc contributio in hanc imputationem cadit. Nam filio rogato restituere portionem hereditatis quarta debetur, & ita in quarta creditor est. Sed vicissim, quod vice mutua accipit, debet coheredibus. Debet enim in quartam imputare, aut restituere. Quare sic imputat, vt contribuat debitum cum credito, id est, compenset. Hoc autem quod ita vice mutua percipit a coheredibus filius, non tantum imputat tunc in quartam, cum quartam retinere vult a coheredibus, a quibus accipit; sed etiam cum retinere vult a ceteris fideicommissariis, a quibus nihil accipit. In totum enim placet res non hereditarias legatas ei in quartam Trebellianicam imputari. *l. acceptis. l. in quartam. ff. ad leg. Falcid.*

Aiunt: *Et si quid deest in supplementum deducto.* An aliquid † desit ad quartam filii in specie proposita, ex 8
quantitate patrimonii, & ex quantitate eorum, quæ prælegata & legata sunt, intelligetur hoc modo. Finge trecenta fuisse in bonis paternis. Cum sint tres heredes instituti, portio huius filii, de qua quæritur, sunt centum. Ex ea portione quartam habere debet. Ea sunt viginti quinque. In hanc quartam imputat tertiam portionem fundi prælegati. Finge fundum esse triginta aureorum. Portio hereditaria huius fundi est tertia, id est, decem. Hæc decem filius in quartam imputat. Præterea imputat, quæ vice mutua a coheredibus data sunt. Hæc posuimus esse decem. fiunt igitur viginti quæ in quartam imputantur. Desunt adhuc quinque, hæc in supplementum deducentur, nempe de hereditate non de fundo prælegato, aut re alia. Etsi enim hoc loco nihil adiicitur nominatim, vnde id quod deest, deduci debeat: tamen vis verbi id satis ostendit. Nam deducere dicimur, quod ex ea re, quam restituere debemus, detrahimus. *§ si quis vna. Inst. de fideicom. her.* Nihil autem est hic, quod restitui a filio debeat, nisi portio eius hereditatis. Non igitur aliunde quarta deduci potest quam ex hereditate. Vnde apparet vehementer errasse veteres, qui hunc locum vno contextu ita legerunt: *Et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo soluitur*; quasi hæc deductio fieri deberet ex fundo prælegato, aut, vt ipsi interpretabantur, ex fundo in peculium concesso, aut donato. Nam etsi concederemus fundum hunc filio in quartam imputari, quod secus est; tamen non recte diceretur, quartam ex eo fundo deduci. Nam filius fundum totum retineret. non potest autem deduci aliquid de eo, quod retinetur, nec restituitur. Quare sic locus interpungendus est, vt post illa verba, *in supplementum deducto*, sit finis prioris sententiæ: ab illis autem verbis, *quod a ceteris*, sit initium nouæ.

Aiunt: *Quod a ceteris in eo fundo soluitur.* Prius † de 9
portione huius fundi hereditarii dixerunt, hanc retineri a filio sed in quartam imputari. Hic dicunt de reliquis fundi eius partibus non hereditariis. Et hoc dicunt, filium has quoque partes retinere; sed in quartam non imputare, verum habere extra quartam. *Ceterorum* verbo coheredes intelligunt, quibus portio hereditatis restitui debet. Non enim potuit quidquam ex eo fundo solui, nisi ab iis, qui domini fundi essent pro iis partibus, quas soluunt. Non potuerunt autem esse domini fundi hereditarii, nisi heredes. hos igitur heredes intelligunt. Sed obstat, quod prius coheredes nominarunt. Vnde *ceterorum* verbo alii quam coheredes intelligi videntur. Dicendum est verbum, *ceteris*, non referri ad coheredes, qui prius sunt appellati; sed ad filium, cuius mentio tacite facta est in præcedente oratione. Nam cum Imperatores dixerunt, *si quid deest in supplementum deducto*, in hoc verbo *deducto* necessario intelligendum est, *deducto a filio.* Itaque cum postea *ceteros* nominant, ceteros intelligunt *alios a filio.* Hi autem sunt filii coheredes, eiusdemque fratres. Quod a ceteris in eo fundo soluitur, sunt eius

fundi prælegati reliquæ partes hereditariæ, quæ dicuntur a coheredibus solui, quia sunt legatæ. Soluitur enim & præstatur legatum omne ab eo herede, a quo relictum est. Est enim legatum donatio testamento relicta ab herede præstanda, id est, soluenda. *§.1. Inst. de legat.* Vnde hæ partes fundi prælegati dicuntur accipi a coheredibus. *l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. l. in fideicommissariam. §. vlt. ff. ad Trebel.* Has partes fundi hereditarii filius extra quartam habet, vt hic dicitur. quibus verbis duo significantur. Primum has partes a filio haberi & retineri, quemadmodum & portio eius fundi hereditaria retinetur. Deinde sic has partes a filio retineri, vt tamen in quartam non imputet. Ita fieri, vt & quartam habeat aliunde sumtam, & præter quartam has fundi prælegati portiones, quæ a coheredibus soluuntur siue accipiuntur. Quę sententia cum verbis huius loci optime congruat, ne hanc quoque verissimam esse dubitemus: vtraque pars diserte comprehensa est *in l. Titia. ff. ad leg. Falcid.*

10 Aiunt † Impp. *reddere compellitur.* Hoc sic accipe: filius quartam ita habens, vt supra diximus, & præterea habens extra quartam id, quod a coheredibus in fundo prælegato soluitur, reddere compellitur: intellige portionem hereditatis, siue quod reliquum est de hereditatis portione. Sed cur portionem hereditatis hic intelligimus potius, quam id, quod a coheredibus in eo fundo soluitur; cum neutrum hoc loco exprimatur, & de fundo prius locuti sint Imperatores? Quia responderunt illi conuenienter ad quæstionem. Quæstio autem posita erat de portione hereditatis restituenda, nempe de fideicommisso. Cum igitur respondent filium compelli reddere, intelligere debemus, compelli reddere portionem hereditatis. Fundum autem reddendum esse, intelligere non possumus. Primum quia ad quæstionem nihil pertinet. Deinde, quia certum ius est, quod fundum prælegatum a filio reddi vetat *d. l. Titia. ff. ad leg. Falcid.*

11 In † his duo præcipue in quæstionem vocantur de fundo isto hereditario prælegato. Prius illud, quod dicitur huius fundi portio hereditaria a filio retineri, id est, non restitui ex fideicommisso. Contrarium scriptum *in l. in fideicommissariam. §. vlt. ff. ad Trebel.* Et constat ratio, cur ea portio hereditaria restitui debeat. Nam quidquid verbis fideicommissi continetur, id in fideicommissi restitutionem venit, etiamsi sint prælegata. *l. 3. §. quidam. ff. ad Trebel.* At in proposito fundi huius portio hereditaria verbis fideicommissi continetur: nam iussus est filius restituere portionem hereditatis. Ex ea portione est portio fundi hereditaria. Quare etiam hæc portio fideicommisso continetur, vnaque cum reliqua hereditate restituenda est. Nihil ad solutionem facit, quod vulgo dicitur, satis hanc portionem fundi restitui hoc ipso, quod in quartam imputatur. Nam si imputatur, retinetur; si retinetur, non restituitur. Itaque manet semper eadem obiectio. Dicendum est, tamdiu prælegati portionem hereditariam in fideicommissum cadere, quoad non appareat aliud sensisse testatorem. Videtur autem testator duobus casibus totum prælegatum ex fideicommisso excepisse. Vno, cum Primum coheredem rogauit, vt portionem suam restitueret; deinde post fundum illi prælegauit; quæ species est *l. Titia. ff. ad leg. Falcid.* Nam cum posteriora derogent prioribus, posteriore prælegato videtur testator speciem prælegati ex genere fideicommissi excepisse, iuxta regulam iuris, in toto iure generi per speciem derogatur. *l. si peculium. in prin. ff. de manu test. l. in toto iure. ff. de reg. iur.* Alter casus est, in quo multo magis idem probandum esse dixeris, cum coheres rogatus est portionem hereditatis restituere, nominatim hoc adiecto, vt fundum prius deduceret, sibi haberet. quæ species est huius rescripti, vt initio ostendimus. Ergo tunc solum prælegati fundi portio hereditaria in fideicommissi restitutionem cadit, cum testator primo fundum prælegauit, deinde eum coheredem portionem hereditatis suæ restituere iubet, quæ species est *d. l. in fideicommissariam. §. vlt. ad Treb.*

Alterum hic præcipuam dubitationem habet, quod dicuntur fundi huius prælegati reliquæ partes non hereditariæ filio in quartam Trebellianicam non imputari. Huic sententiæ duo obstant. Primum illud, quod multis locis traditum est, in hanc quartam imputari, quæ iure legati capiuntur. traditum generaliter *in l. in quartam. ff. ad leg. Fal.* peculiariter autem in specie huius rescripti, in qua paulo ante scriptum est, compensari in quartam id, quod a coheredibus vice mutua percipitur. De his vero locis & similibus sic habendum est: quod in his dicitur in quartam fideicommissariæ hereditatis restitutionis imputari, quod legati iure accipitur, vel a coherede vel aliunde; id dici de re non hereditaria, siue de re, quæ tota legata a coherede accipitur: vt, si damnatus sit coheres pecuniam certam dare, aut rem aliquam suam, hoc genus legati vel fideicommissi in quartam imputabitur. Diuersa caussa est rei prælegatæ, id est, eius rei, quæ hereditaria est, & vni ex coheredibus legata, cuius pars hereditario iure accipitur ab eo, cui legata est, partes reliquæ iure legati. *l. deducta. §. acceptus. ff. ad Treb.* Nam huius legati hæc conditio est, vt ex eo nihil amplius in quartam imputetur, quam quod accipitur iure hereditario, vt expressum est *in l. in quartam. 2. resp. item in l. Titia. ff. ad leg. Falcid.* Differentiæ ratio in voluntate testatoris posita est: quæ alia in prælegato, alia in ceteris legatis aliud atque aliud ius de his postulat. Id autem sic mihi effici recte videtur. Nam cum res aliqua tota a coherede legatur, aut accipitur, nihil proponitur in voluntate testatoris, vnde appareat eum voluisse hoc legatum ei, cui relinquitur, præcipuum esse. Ideo seruamus in eo regulam iuris, vt totum in quartam imputetur, quia legatum est: quæ regula traditur *in d. l. in quartam.* At in re hereditaria prælegata apparet testatorem voluisse, vt hoc legatum esset ei, cui relinquitur, præcipuum. Inde enim prælegatum appellatur præceptio. *l. 3. §. quidam. ff. ad Trebel.* Præcipuum autem id est, non quod heres præ ceteris coheredibus capit solum, sed & quod præter portionem hereditariam præcipuum habet. Id ita præcipuum habere non potest, si in quartam hereditatis imputat. Quo fit vt ex voluntate testatoris in quartam imputare nihil debeat, præter id quod iure hereditario capitur. quod omni iure in quamuis partem imputatur. *d. l. in quartam. in prin. ff. ad leg. Falcid.*

Alterum † obstat superiori sententiæ, quod huiusmodi est. Nam si prælegatum imputari in quartam non debet aduersus eum, a quo vice mutua accipitur: at saltem tunc imputari debet, cum quarta desideratur aduersus eum, a quo vice mutua accipitur legatum, quod *in l. Nesennius, & in l. filio. ff. ad*

*ad leg. Falcid.* ſcriptum eſt de iis heredibus inſtitutis, quibus teſtator inuicem legata aut prælegata dederat, & ab vno tantum legauerat, vt eſſet Falcidiæ locus. placet enim hunc non poſſe quartam deſiderare ab eo, a quo prælegatum accipit. Hunc ſcopulum dum vitare volunt eruditi homines plerique, moti ſunt, vt ceteris rebus ſuperiorem interpretationem amplectentes, nonnihil in ſpecie facti mutandum putarent. Et Alciatus in eo loco quem initio dixi, id eſt, *lib. 6. Parad. c. 5.* id ſe adſequi poſſe putauit, ſi diceremus non filium iuſſum eſſe reſtituere portionem hereditatis deducto inde ſeu præcepto fundo: ſed ita iuſſum, vt ſeparatim legatus ſit ei hic fundus per vindicationem: quoniam huius legati verba hæc erant: *Titieum fundum tibi habeto, ſumito, vindicato.* Et hic dicitur filius iuſſus hereditatem reſtituere fundum habens. In hoc autem legato voluntatem teſtatoris hanc eſſe, vt fundum totum filius ſibi haberet. quatenus autem legati iure caperetur, eatenus in quartam nihil inde imputaret. At profecto his verbis declarauit Alciatus ſe non ſatis intelligere, quid eſſet olim legatum per vindicationem; & tamen iiſdem verbis ſuperiorem ſententiam maxime confirmauit. Nam legatum per vindicationem collatum in perſonam vnius ex heredibus, nihil aliud fuit, niſi legatum ei relictũ per præceptionem. Vtroq; enim genere pariter iubebatur legatarius fundum legatum capere, & ſibi habere. Hoc intererat inter vtrumque, quod legabatur res defuncti per vindicationem ei, qui heres non erat: vnde hic ſimpliciter iubebatur capere rem & ſibi habere. Per præceptionem autem ei qui heres erat, vt iuberetur idem ſibi ſumere, ſibi habere, ſed præ ceteris. vnde & præcipiendi, præceptionis, prælegati verba. Alii moti ſunt iiſdem locis, vt exiſtimarent quacumque de quarta ageretur, in eam etiam prælegata imputari, quæ vice mutua a coherede acciperentur. Quo adducti etiam nonnulli in hoc reſcripto finxerunt fratres huius filii, de quo agitur, fuiſſe heredes inſtitutos, & præter fratres etiam alios coheredes datos, a quibus omnibus ſit fundus filio de quo agitur, prælegatus, ſed filius rogatus tantum reſtituere portionem hereditatis fratribus, & quibuſdam aliis coheredibus, non etiam omnibus. Itaque cum filius portionem hereditatis coheredibus reſtituet, concedunt eum in quartam imputare debere, quod ex prælegato ab illis vice mutua accipit. Quod autem accipit a ceteris, quibus nihil reſtituit, volunt non debere imputari, ſed extra quartam futurum. Negari non poteſt hanc interpretationem quam optime verbis reſcripti conuenire; ſed ſententia vera non eſt. Hoc enim ratum eſſe debet, in prælegato imputari in quartam ſolum eam portionem fundi, quæ hereditaria eſt: ceteras non imputari, etiam aduerſus eos, a quibus vice mutua capiuntur. Quod quidem ſignificatur *in l. 4. verſic. 2. ff. ad leg. Falcid.* ſed prope diſerte expreſſum eſt *in l. Titia. ff. eo.* & quidem ita, vt conſulto eo loco ſpecies poſita eſſe videatur a Scæuola, quæ ad huius reſcripti enucleationem referretur. Quod cum ita eſſe conſtet, veram & certam ex eo loco ſententiam metu ſuperioris obiectionis omittere non debemus. Fateor parum idonea allata videri ab aliis, vt & a Poliro ipſo, quo horum locorum diſſimilitudo explicaretur. quæ ideo facilius fuit Alciato & aliis conuellere. Mihi in his locis ea diſſimilitudo factorum eſſe videtur, quæ recte expoſita non difficile ſeſe expediat. Animaduertendum puto *in l. Neſennius. & in l. antepen. ff. ad leg. Falcid.* heredibus inuicem legata & prælegata data eſſe. In ſpecie autem huius reſcripti, *& l. Titia. ff. ad leg. Falcid.* vni coheredi prelegatum datum, qui idem rogatus eſt aliis coheredibus portionem hereditatis reſtituere. Recte dicitur, cum inuicem prælegata coheredibus data ſunt, debere vnumquemque ex heredibus hæc in quartam imputare aduerſus coheredes ſuos, coniectura voluntatis ducta ex prælegatis. Nam cum inuicem prælegata data ſunt, factum id eſſe apparet a teſtatore coheredum exæquandorum cauſſa, quaſi teſtator inter eos diuiſionem hereditatis faceret. Itaque æquum eſſe, vt qui prælegatum vult ſibi a coherede integrum dari, is viciſſim & coheredi ſuo iudicium teſtatoris conſeruet, *vt declarat Papinianus in l. cum pater 77. §. euictis. ff. de legat. 2.* Contra vero cum vnus ex coheredibus iuſſus eſt portionem hereditatis reſtituere coheredibus, & ei ſoli prælegatum datum eſt, eadem voluntas teſtatoris facit, vt hoc prælegatum, quatenus a coheredibus accipitur, in quartam non imputetur, quia relictum id eſſe apparet, non vt exæquaretur hic heres cum ceteris, ſed vt hoc prælegato augeretur: ſiquidem voluntas teſtatoris eſt, vt prælegatum hoc præcipuum habeat, id eſt, vt capiat præ ceteris, & capiat præter portionem hereditatis. Ita coniectura voluntatis varia facit, vt varie hic reſpondeatur. Ex quibus intelligi puto, cum interpretatio a nobis poſita & verbis reſcripti congruat, & omnibus ſententiis iuris auctorum confirmetur; dubitari non debere, quin hoc loco admitti a nobis debeat.



# HVGONIS DONELLI, IVRISCONSVLTI [redacted] [redacted], NORICI QVONDAM PROFESSORIS,

## Commentarii.

### AD TIT. XXIII. LIB. IV. C. DE COMMODATO.

SVMMARIA.

1 *Continuatio tit. de commodato cum praecedentibus.*
2 *Commodare dictum est a commodo.*
3 *Commodare quid sit.*
4 *Explicatio singularum partium in definitione verbi commodare adhibitarum, & nu. 7.*
5 *Commodatum non perficitur consensu, sed re demum alicui tradita.*
6 *Commodatum quid differat a contractibus, qui consensu fiunt aut verbis.*
8 *Tenere & possidere rem quid differant.*
9 *Possidere rem quid.*
10 *Commodatum quid differat a contractibus, qui re fiunt, sc. deposito, pignore & mutuo.*
11 *Mutuum in quibus rebus consistat: Commodatum in quibus.*
12 *Commodatum a locatione quid differat: quid item a precario, nu. 13.*
14 *Actio commodati cui competat & in quem.*
15 *Actio commodati non datur in impuberem & furiosum.*
16 *Actio commodati tribus de rebus datur.*
17 *Actio commodati cur de re commodata eadem non alia restituenda competat.*
18 *Actio commodati non solum de re commodata restituenda, sed etiam de accessionibus, quae rem necessario secutae sunt, competit: item de omni fructu, qui ex re commodata ad commodatarium peruenit, num. 19.*
20 *Actio commodati an statim, semper, & quando competat.*
21 *Commodatario quibus de caussis actio commodati competat in commodantem.*
22 *Impensas in rem commodatam factas an a commodante repetere possit commodatarius.*
23 *Actionum commodatori in commodatarium, & commodatario in commodatorem competentium nomina propria. & nu. 24.*
24 *Directa commodati actio quae?*
25 *Contraria commodati actio quae? & cur ita dicatur? ibid.*
26 *Inscriptionis tituli de commod. & contra ratio.*

INTERMISSA † tractatione de contractibus, qui re fiunt, quae initio huius libri instituta erat; interseruerat Iustinianus tractationem, de probationibus & contractibus earum, qui locus ad hunc vsque locum pertinuit; hac de caussa, quia videretur hic contractus & ad ea, quae praecedunt, & quae sequuntur, pertinere, cum contractus omnes facti sint, non iuris, vt est *in l. consilio. in fin. ff. de cur. fur.* Facta autem si negentur indigeant probatione. Hoc tractatu proposito, redit Iustinianus ad institutam tractationem de eiusmodi generis contractibus, quo ex genere sunt maxime, Commodatum, Pignus, Depositum, de quibus deinceps tractat admixtis aliis rebus, ad mutuum maxime pertinentibus, eoque etiam pertinentibus ad contractus, qui re fiunt. Inprimis vero de commodato agit, vt mutua re contrahitur obligatio, de qua dictum est *sub tit. si cert. pet. infra.* Vt idem contrahitur re in illis conductionibus, de quibus infra dictum est, vt suis locis satis docuimus: sic contrahitur re & Commodatum. 1
Commodare † autem dictum est a Commodo, vt sit in verbo *commodum & vsum alicuius rei dare.* Atque haec verbi notatio est: Rei definitionem si quaerimus; 2
Commodare † est rem aliquam alicui vtendam dare gratis, certo vtendi praestituto fine aut modo. Est vtendum dare, *§. item is. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Est gratis dare, vt ibidem scriptum est *in fine §.* Certo praestituto fine vtendi aut modo, sumptum est *ex l. in commodato. §. sicut. ff. commodati.* Vis † harum partium nobis expendenda est, vt quid sit in ratione & vi commodati intelligatur. Commodare, est dare. 3
Ex quo statim intelligimus, Commodatum † contractum esse, qui consensu non perficitur, sed re demum alicui data & tradita. Vnde dicitur in cōmodato obligatio re cōtrahi, *d. §. item is.* Re, id est, re data & accepta. Ex quo colligimus, si cōuenerit inter nos, vt tuum equum mihi cōmodares Spiram vsq; nullā hic obligationem contrahi, nec te mihi, aut me tibi teneri, quoniam re mihi non tradita, Commodatum non est, ex definitione. Porro sine commodato nuda pactio est, nuda pactio iure ciuili obligationem 4 5

non

non parit. *l. iureiur. de pact. l. iurisgent. §. sed cum nulla.*
6 *D. de pact.* Hac ergo † nota statim distinguitur com-
modatum ab iis contractibus qui consensu fiunt aut
verbis, nulla re statim interueniente. Est vtendum
7 dare. Quibus † verbis intelligimus in commodato
aliquid transferri in accipientem, neque tamen o-
mnia transferuntur. In commodato enim rei com-
modatæ nos possessionem & proprietatem retinere
decet. Proprietatem certum est, quia hanc nō trans-
ferimus, sed solum vsum rei; de possessione dubitari
potest, quia in commodato res commodataria tra-
ditur vtenda, quā re vti nemo potest, nisi detineat.
8 Et hoc ita est; Sed † aliud est tenere, aliud possidere.
Commodatarius rem commodatam detinet, nec si-
ne detentione vti ea potest, sed non possidet, quia
9 non tenet animo dominantis. Possidere † est ita te-
nere, vt te dominum putes, aut dominus esse velis.
Exemplo sunt fructuarius & creditor, hi rem tenent,
sed neuter possidet, quia vterque intelligit se domi-
num non esse. *§. item placet, Instit. per quas person.*
*mand. l. sciendum. D. qui satisdar. cog.* vnde possessoris
definitio sumta Theophilo, & recte *in d. §. item plac.*
multo ergo minus commodatarius possidet. Hac
10 nota † distinguuntur a commodato ceteri contra-
ctus, qui re fiunt, quoniā in aliis nihil omnino trans-
fertur, in aliis transfertur vsus, sed & aliquid amplius.
Huius generis sunt, depositum, pignus, mutuum,
*Inst. quib. mod. re. cont.* In deposito res datur, sed custo-
dienda solum non vtenda, *l. 2. in pr. D. dep.* In pigno-
re, res pignori datur creditori, sed possidēda cautio-
nis loco, non vtenda, *§. item Seruiana, Instit. de actio. §.*
*vlt. Instit. quib. mod. re contrah.* In mutuo etiam res
vtēda datur, vnde promittere alicui, vt pecunia mea
vtatur, nihil aliud est, quam pecuniam mutuā ei da-
re, *l. certi. §. vlt. l. seq. & l. negasti, in pr. D. si certum pet.*
Sed in mutuo est aliquid amplius, quod eo diligen-
ter obseruandum est, ne similitudo vtriusque con-
tractus nos fallat, in quo multi iuris errore falluntur.
In mutuo res vtenda datur, itidem vt in commoda-
to. Præterea commodatum gratuitum est, vt mox
dicetur, & mutuum item gratuitum. Nam quod in-
terdum vsuræ interueniunt, id extra naturam mu-
tui est: Sed hoc interest, quod in commodato solum
res vtenda datur, nec præter vsum quicquam trans-
fertur In mutuo res datur vtenda. Sed hoc amplius
dominium etiam rei datæ in accipientem transfer-
tur, *Instit. quib. mod. re contr.* Id facit conditio earum
11 rerum, in quibus mutuum consistit: Id † consistit in
iis rebus, quæ pondere, numero, mensuraue con-
stant, *l. 2. §. 1. si cert. pet.* Hæ res vsu consumuntur, vt
experientia docet, & nominatim habetur *in §. consti-*
*tutum, Instit. de vsufr.* Proinde earum rerum condi-
tio facit, vt iis uti non possimus, nisi domini simus,
quoniam solius domini est, rem suam iure cōsume-
re. Commodatum est in iis rebus, quæ vsu non con-
sumuntur, idque ex verbo vtendi intelligitur, quia
vti & frui dicimur, cū rebus ita vtimur, vt post vsum
salua maneat rerum substantia, vt declaratur defini-
tione vsusfructus, *in l. 1. de vsufr.* quod contingit in
ceteris rebus, quæ pondere, numero, mēsuraue non
constant. Non est satis ad commodatum, aliquid da-
re, nam qui rem locatam tradit conductori, dat rem
vtendam, idque locationis proprium est, vt condu-
ctor re locata vtatur fruatur. *l. ex cōducto. l. si seruum.*
*D. de locat. cond.* Addendum est igitur, *gratis.* Hac
12 nota † commodatum separatur a locatione, nam lo-
catam rem tradere, est quidem vtendam dare, sed
mercede accepta vel constituta, commodatum au-
tem nullum nisi gratuitum; *hæc in d. §. item is, in fin.*
*Instit. quib. mod. re contr. obl.* Hinc dicitur commoda-
tum beneficii esse & liberalitatis *in l. in commodato, §.*
*sicut. D. eod.*

Nondum etiam satis, aliquid vtēdum dare gratis,
vt sit commodatum; Sunt enim hæc omnia commu-
nia commodato, cum precario. Nam † & precarium 13
est, quod precibus roganti vtendum conceditur seu
datur, *l. 1. de precar.* Nec ad rem pertinet. quod in de-
finitione precarii additur precibus, nam & in com-
modato, qui commodatum petit, suo iure non pē-
tit, sed precibus rogat. Addendum est igitur, quod
extremo posuimus, certo præstituto vtendi fine aut
modo. Hoc proprium esse commodati, docet Pau-
lus *in l. in commodato. §. sicut. D. eod.* his verbis: *Finem*
*vero modumque commodati præscribere, eius est, qui be-*
*neficium tribuit, quod cum fecit, id est, postquam com-*
*modauit, &c.* Apparet his verbis definiri, commoda-
re esse finem respicere, quo commodatum differt a
precario. Nam precarium est roganti vtendum dare
simpliciter nullo vtendi præstituto fine aut modo.
Exempli gratia, Dedi tibi vtendum equum meum,
sed nominatim in tres dies Spiram vsq;, commoda-
tum est: Dedi tibi roganti simpliciter, precarium est.
Item dedi tibi roganti vtendā trabem aliquam me-
am, sed nominatim ad ædes tuas faciendas, Com-
modatum est: tradidi vel dedi tibi eam vtēdam sim-
pliciter, id est, precario dedi. Vtrum autem fiat non
tantum in verbis & actionibus, quæ in vtroq; gene-
re diuersæ sunt, sed etiam in re, multū interest. Nam
precarium statim reuocare possum; vt si tibi cogi-
tanti Spiram, & simpliciter equum meum vtendum
roganti simpliciter, dederim, licebit equum eadem
hora repetere, nec tibi teneor, si aliquid tua inter-
sit, *l. 2. D. de precar.* At vbi commodato dedi, & præ-
scripsi vtendi finem aut modum, antequam ad eam
rem vsus sis, ad quam dedi, commodatum repetere
non possum, & si subtraxerim, & eo nomine aliquid
damni senseris, damnum tibi præstabo contraria a-
ctione, *hæc in d. l. in commodato, §. sicut, D. eod.* Com-
modatum cōtractus est, proinde ex eo obligatio na-
scitur, *§. vlt. Instit. de oblig.* Ex commodato non tan-
tum obligatur cōmodatarius, is qui commodatum
accepit, sed inter dantem & accipiētem mutuæ sunt
obligationes, & ex obligationibus mutuæ actiones
constitutæ, *l. in commodato. §. sicut. D. eod.* Ex actio-
ne obligatio eadem opera intelligitur, ex commo-
dato commodati actio est, *§. item is, Instit. quib. mod. re*
*contra. obl.* Hæc † cōmodati datur, nec interest quis
cōmodauerit, vtrū dominus, an is, qui rem alienam 14
commodauit, satis est, si quis commodauerit, vt hæc
actio commodatum repetat, vsque adeo vt compe-
tat hæc actio etiā furi & prædoni, qui rem oblatam
commodauerint, *l. commodare, & l. seq. D. eod.* Da-
tur aduersus eum qui commodatum accepit, *dict. §.*
*item is, Instit. quib. mod. re cont. obl.* Quod † sic intelli 15
gendum est, si modo is sit qui accipit, qui consensu
obligari potuerit, nam cum ceteris nullum commo-
datum consistit, veluti si impuberi res commodata
sit, sine tutoris auctoritate, *l. 1. §. vlt. D. eod.* Nam im-
puberes ex consensu non obligantur, sine tutorum
auctoritate, *§. pupillus. Instit. de inut. stip.* Eadem fu-
riosi ratio est, & similium personarum. Datur † hæc
actio tribus de rebus, primo de re commodata re-

16 stituenda, deinde de modis rei commodatæ, qui per caussam commodati, secuti sunt rem commodatam, postremo de fructu, quem commodatarius ex re cōmodata percipit, id est, de re commodati. *d. §. item is, & l. 2. 3. hoc tit.* Sed vnde hæc obligatio? nam nemo potest ex contractu obligari sine cōuentione, id est, nisi hoc ipsum agat vt obligetur, *l. 2. §. 1. D. de pact. l. non omnis, in pr. D. si cert. pet.* Porro in cōmodato nihil conuenit, vt res data restitueretur. Respons. Nō conuenit aperte, sed conuenit tacite. Tacita conuentio intelligitur ex verbis commodati. Nam commodare est vtendum dare. Cum res vtenda datur, hoc ipso, quod in accipientē nihil transfertur præter vsum rei, intelligimus hoc agi, ne quid ex ceteris reb. in eum transferatur, id est, ne quid ex possessione aut proprietate. Proinde hoc contra agi intelligitur, vt si quid cōmodatarius ex re commodata præter vsum habet, id restituat. Qui squis in re aliqua aliquid concedit, hoc ipso cetera adimere videtur, *l. maritus, ȷ. de proc.* Com-
17 petit autem † hæc actio, de re commodata restituenda eadem, non alia vt est *in d. §. item is,* Hoc ideo quia post vsum rei, res ipsa relinquitur. Iā vero dixi, commodato nihil transferri in accipiētem præter vsum, ita restat, vt res quæ manet, restituatur, aliter atque in mutuo, in quo aliter res reddi debet, eiusdem generis, non vero eadem, quæ accepta est, *l. 2. in pr. D. si cert. pet. Instit. quib. mod. re cont. in pr.* Hoc quoque ex conuentione tacita, quoniam mutuo ita res vtenda datur, vt consumere liceat, consumta reddi non potest eadem. Ita restat, vt si quid hic restituendum sit,
18 alia res restituenda sit, non eadem. Deinde † competit hæc actio de accessionibus, quæ rem commodatam necessario secutæ sunt, vtputa, equo commodato, etiam de pullo commodati actio dabitur, qui matrem est secutus, tametsi sic commodatus non sit, *l. 5. §. vsque adeo D. eod.* Item seruus commodatus est, & de vestimentis serui etiam commodati actio erit, tametsi seruus solus commodatur, non vestimenta, ideo quia hæc omnia per actionem commodati secuta sunt. *l. eum qui, §. non solum D. de furt.* Postremo
19 competit † & de omni fructu, qui ex re commodata ad commodatarium peruenit, veluti si seruum commodatum locauerit, & perceperit mercedē operarum, veluti si equa commodata apud eum pepererit, *l. is qui alias. l. si is qui §. 2. D eod. l. eum qui, §. non solum. D. de furt.* Sed rursum, vnde hæc actio de his rebus, cum neque de iis restituendis quidquam conuenerit, neque etiam hæc cōmodata fuerint, & sine conuentione nulla obligatio esse potest, vt iam dixi? Respons. His quoque de rebus actio est ex obligatione, & obligatione ex conuentione tacita, quæ ex natura commodati intelligitur, non obscure; Nam commodatum beneficium est: beneficii natura hæc est, vt in ea etiam tacite hæc conuentio inter omnes intelligatur, vt præterquam quod quis in alium collatum voluit, nulli sit officium suum damnosum, *l. si seruus, §. quod vero, D. de furt.* Proinde hoc ipsum in commodato agitur, vt si quid commodatori per occasionem commodati abest, quod ad commodata-
20 rium peruenerit, id illi restituatur. Hæc † actio non semper statim competit. nam cum dixerimus, commodatum præscribere vsum vtendi, aut certum tempus tunc hæc actio competit, cum is vsus finitus est, ad quem res vtenda data est, *l. 2. & l. penult. infr.* Nondum etiam finito, intempestiue commodatum repetitur, *d. l. in commodato, §. sicut.*

Non † tantum commodatarius cōmodati actione tenetur, sed etiam e cōuerso commodator, commodatario obligatur; eoq; nomine & commodatario mutua actio prodita est, aduersus eum qui cōmodauit. Competit hæc actio commodatario, tribus de causis. I. de damno, quod facto commodantis, per occasionem rei commodatæ commodatario datum est, vt puta, qui commodauerit trabem, ad insulam fabricandam, intempestiue trabem subtraxit, & insula ruit, hoc damnum præstabit cōmodatario, *l. in commodato. §. sicut in fin. D. eod.* Item qui commodantis rem commodatam, commodatario surripuit, & cum res repeteretur a commodatario, & nesciret quis surripuisset, æstimationem commodatori soluit, detecto postea furto, recte hanc æstimationem repetet a commodatore, *l. rem mihi. D. eod.* II. Caussa est, qua ratione hæc actio commodatario competit, si quid damni contigit commodatario ex vitio rei commodatæ, quod vitium commodator non ignorauit. Veluti si quis commodauerit sciens lignum vitiosum ad fabricandam insulam, & ob id facto ligno insula corruerit; aut si quis sciens commodauerit dolium vitiosum, & oleum vel vinum infusum, corruptum fusumve sit, *d. l. in commodato. §. sicut. D. eodem. l. in rebus. §. vltim. versic. item qui. D. eod.* III. Caussa est cuius nomine & mutua hęc actio competit, si quid commodatarius in rem commodatam impenderit, eius vel retinendæ vel cōseruandę caussa, veluti si quis impēsas fecerit eius serui persequendi caussa, cum sine culpa commodatarii fugisset. *d. l. in rebus. §. vltim. in princip. D. eod.* Sed † impensas sic intelligere debemus, quæ fiunt perpetuæ vtilitatis caussa, non temporalis. Perpetuæ autem vtilitatis caussa fieri intelliguntur, quibus factis res salua est, nec ad eā rem sæpius impensæ repetuntur. Temporalis vtilitas est impensarum, quæ quotidie repetendæ sunt, vt sunt, quæ conferuntur in cibaria & victum quotidianum. Has impensas commodatarius agnoscere debet, *d. §. vlt. l. in reb.* Quod sumtum est ex regula iuris & naturæ, qua efficitur, vt qui percipit commodum ex re aliqua, etiam eius adiunctum ferre debeat. *l. sciendum, de reg. iur. l. vn. §. in nouissimis. D. de cad. toll.* 21 22

Sed rursum in hac actione quærimus idem quod supra, cum non sit hæc actio nisi ex obligatione, nec possit obligatio ex contractu nasci, nisi ex conuentione, vbi hic conuentio est, qua intelligatur, de iis rebus conuenisse, vt a commodatore cōmodatario præstaretur? Respons. Et hic tacita conuentio non obscure intelligitur ex fine commodati. Commodatum datur beneficii caussa, ergo pro commodato nihil accipere debet commodator, & si quid acceperit, id restituere debet, alioqui beneficium, quod commodator constitutum voluit nō sit beneficium. Ob hanc caussam impensæ ob rem commodatam factæ ex hac conuentione recte repetuntur. Præterea, si commodatū beneficii caussa datur, consequens est ex natura beneficii, vt nos beneficio commodati adiuuemur, nam hic finis est omnis beneficii. Hinc intelligitur cōuentio ex consecutione repugnantium: ergo in cōmodato id agitur, vt ne in beneficio commodati lædamur, seu non lædamur in cōmodata re propter caussam cōmodati: sunt enim hæc repugnātia. Hoc significare voluit Paul. *in d. l. in cōmodato §. sicut,* his verbis: *Adiuuari quippe hoc beneficio, non decipi oportet,* q. d. adiuuari nos oportet, ergo non lædi,

non

non decipi, quia adiuuare & lædere repugnãtia sunt.

23 Quæ † actiones commodatori aduersus commodatarium, & commodatario aduersus commodatorem supra scriptis de reb. proditę sunt, eæ notatę sunt suis & propriis nominibus, quæ notanda sunt, vt genera a nobis animaduertantur. Quæ commodatori competit & de re cõmodata, & de rebus ceteris, quas dixi, interdum absolute dicitur actio commodati, *vt in l. ita, vt, D. eo. & in §. item is. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Quod per excellentiam nominis dictũ est, quia hæc actio sola, proprie competit de commodato. Eadem dicitur actio cõmodati directa, vt hoc modo opponatur contrariæ, *ex §. quibusdam, Inst. de pœn. tem litig.*

24 Directa † cõmodati dicitur, quia ad commodatum petẽdum dirigitur, id est, recta fertur, seu quod idem est, quia recta & principaliter commodatũ petit. Ideo enim qui commodauit hac actione vtetur aduersus commodatarium, quia rem commodatam petit, & quia commodauit, vnde eadem actio dicitur iudicium commodati, *in l. in reb. §. vlt. D. eo.* Simplex pro composito, Rectum pro Directo, vnde eadem actio dicitur principalis, *l. in cõmodato, §. contraria. D eo.* Nã vt dixi hæc actio non per cõsequentiam commodatum petit, sed recta & principaliter.

25 Quæ † autem actio mutua commodatario datur aduersus eum, qui commodauit, de iis reb. quas dixi, hæc quidem dicitur actio commodati, sed vnico adiuncto, commodati contraria, *d. l. in cõmodato. §. contraria, D. eo. d. §. ex quibusdam, Instit. de pœn. temp. litig.* contraria dicitur, quia datur commodatario contra, id est, vicissim, vt hic verbi interdũ vsus est apud bonos auctores, vt in Adelphis Mitio ita loquitur: *Ille item contrà vt se habeat, facio sedulo.* Vt commodati actio contraria nihil sit aliud, nisi actio commodati mutua, vt significatur *in d. l. in cõmodato §. sicut.* Dicitur non esse directa, *in d. §. ex quibusdam.* Optima ratione, quia commodatarius hac actionẽ petit, quod sibi abest, quod ipse non commodauit vnquam, ita reuera de commodato recta & principaliter nõ agit, vt quis possit dicere eum proprie agere commodati. Sed tamẽ dicitur commodati, quia de eo quod commodatario abest, sic agit hæc actio, vt agatur per consequens de commodato. Non enim hoc damnum repetitur, nisi quia contingit propter rem cõmodatam.

26 Ex † hac distinctione actionum, nata est inscriptio D. in hoc tit. *commodati* vel *contra*, vt sit sensus, de actione commodati, quæ per excellentiam ita dicitur, id est, de directa, tum de ea, quæ contra constituta est, id est, vicissim. Ea est autẽ actio commodati contraria.

*Ad L. vlt. prætextu.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. & CC. Faustinæ.

*Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. Dat. 12. Kal. Decemb. ipsis AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Commodatarius de cõmodata re restituenda tenetur, licet qui commodauit tantum debeat, quanti res commodata æstimata sit.*

2 *Commodatarium rem commodatam iure recompensationis retinere non posse.*

3 *Commendatum & commendare idem quod depositum & deponere.*

4 *Compensatio quando locum habeat in commodati actione.*

5 *Commodatarius prætextu eius quod sibi debetur non potest recusare rei restitutionem iure retentionis: potest tamen eam nomine impensarum iure quodam pignoris retinere. ibi. nu. 7. Ratio diuersitatis inter impensas & cetera debita.*

6 *Creditor, cui pecunia sine pignore debetur non potest rem debitoris retinere, pro eo quod sibi debetur.*

QVod dicitur commodatarium de re cõmodata restituenda teneri. *§. item, Inst. quib. mod. re contr. obl.* adeo verum est, vt † quamuis is, qui commodauit cõmodatario tantum debeat, quanti æstimata est res commodata, tamen commodatarius prætextu huius debiti restitutionem commodati recusare nõ possit, vt hic scriptum est. Vbi debitũ intelligere debemus id, quod a commodatore cõmodatario vicissim debetur. Generaliter autẽ hic dictum est, prætextu huius debiti commodatarium rei commodatæ restitutionem recusare non posse, vt intelligamus nõ posse eum hanc restitutionẽ compensare, neq; recompensationis iure, neq; retentionis. Primũ † ergo probandum est, eum iure recompẽsationis rem commodatam retinere non posse. Exempli caussa: commodaui tibi equum, qui dignus erat 20. aureis; is equus apud te exstat, & fateris tibi a me esse commodatum, eum a te repeto in iudicio, cũ non reddideris: Tu quia 20. aureos, aut plures tibi debebam, cõpensare vis apud iudicem 20 aureos, quos debeo, cum equo commodato, & ob id emtum retinere. Dicemus te nõ posse, & statim cogendum, equum mihi restituere, etiamsi quod tibi debeo, debitum liquidum sit, quoniam fateor me hoc debere. Nã recte dico: *Si quid tibi debeo, age aduersus me, nunc hoc redde quod constat te accepisse.* Hæc sententia manifestam rationem habet. Nam si liceat tibi, 20. aureos, quos tibi debeo, compensare cum equo, quem tibi cõmodaui, Ego cogor inuitus tibi equum meum vendere tot aureis, quod regulæ iuris aduersatur: nemo enim inuitus emere aut vẽdere cogitur. Nũc etsi vltro tu a me peteres 20. quos tibi debeo, non possem tecum compẽsare equum, quem a me cõmodatũ habes, etiamsi tanti valeret, quia alioqui ego cogerem, te emere equum meum, quod itidem regulæ iuris contrarium est. *l. nec emtor. ff. de re. de lib. l. sicut. ff. de ob. & act.* Sed & obiicitur hoc loco. *l. vti. ff. de compens.* vbi Iustin. vult in omnibus actionibus aduersus agentem admitti compensationẽ rei ab auctore debitæ; & solũ ex omnib. actionib. in personas excellere actionem depositi, vnde cõmodati alia in hoc genere esse non debet constitutio quã hoc loco rescriptum est. Hæc obiectio mouit quosdã, vt hunc locum emendarent, & pro commodati, restituerent cõmendati, & commendatũ † interpretantur depositum, vt intelligamus compensationẽ prohiberi hic in deposito, atq; ita conueniat locus cum Iustiniani constitutione Sed hanc emendationem multi repudiant, inprimis loquendi vsus. Nam etsi cõmendare, est deponere, tunc cũ rem aliquam traditã commendamus *l. commendare, de verb. sig. L. Lucius, de deposit.* tamen nusquam quod sciam apud iuris auctores legitur commodatũ pro deposito: Imperatores aũt hoc loco, vsitate locuti sunt, & vt iuris auctores loqui solẽt, vt intelligerẽtur. Repudiat præterea eandẽ emendationem & interpretationẽ, rescripti collocatio: Collocatum est enim sub tit. cõmodati, ex quo intelligere debemus de cõmodato scriptũ esse, nõ de deposito Postremo non tantũ non est necessaria hæc emẽdatio propter *l. vlt. C. de compens.* Sed etiã est ineptissima Nã vt esset hic locus scriptus de depositi restitutione, tamẽ incurreret in eandem obiectionem, *§. in*

*bona. Instit. de act.* vbi dicitur olim in hoc facto, iudicis compensationes ipso iure admitti solitas, ergo & in deposito, nam depositum ibi non excipitur, quem tamen contractum esse constat hoc facto. *§. actionum autem. Instit. eod.* Nec vitiatur hæc obiectio, si dicamus depositum esse exceptum *l. vlt. infr. de compensat.* nam hæc lex multo post secuta est, & temporibus huius rescripti eadem obiectio fuit in deposito, quæ hic in commodato. Denique non est quod mo-
4 ueamur *l. vlt. infr. de compensat.* Nam † ea lex admittit compensationem etiam in commodati actione, vt & in ceteris actionibus, sed hac lege, si res, quæ compensantur inuicem, admittāt compensationem, id est, vt vulgo recte receptum est, si vtrinque quantitas debeatur, vt quantitas cum quātitate compensetur: quo casu recte admittitur compensatio, cum in aliis omnibus, tum etiam in actione commodati, & non solum in depositi actione. Exempli causa: Si equum tibi commodatum culpa tua amisisses, iam inciperes mihi debere pro eo 20. aureos, quibus equus valuit. Hic si commodati tecum agerem, quia non iam equum deberes, propter æstimationem recte mecum compēsares 20. aureos, quos tibi debeo. Non idem facere licet, si equū apud te deposuissem, eumque dolo malo amisisses, tametsi hic quoque nihil amplius mihi deberes, quam æstimationem eius. Hic ergo, vt dixi, admittitur compensatio in omnib. actionibus, cum quantitas cum quantitate compensatur. Id enim aduersatur huic rescripto, vbi cōmodatarius rem commodatam haberet, sed eius rei restitutionem recusabat prætextu debiti. Non enim audiemus volentem quantitatem sibi a me debitam compensare cum specie, quam ab eo peto, id est, cogere me equum illum vēdere, quod iniquum est, & ius non patitur, de quo plura dicentur *infr. ad dict. leg. vlt. de compensat.*

Idem volumus responsum ad *l. in rebus. §. vlt. D. eo.* vbi dicitur, si commodatarius aliquis impetum fecerit in eius commodatum, posse eum eo impetu consequi iure compensationis. Dicimus hoc idem interpretandum esse, vt infra commodatum compensationem recipiat, quod tum fit cum equus perierit, aut malus factus est, culpa cōmodatarii, vt iam commodatarius eo nomine in restitutionem teneatur. Hocque casu est hæc sententia, cōmodatarium prætextu eius, quod sibi debetur a commodatore, non posse recusare restitutionem rei creditæ, quam habet iure compensationis. Sed nec † iure retentionis rem eandem recusare potest, prætextu eiusdem debiti. Generaliter enim tenendum est, creditorem,
6 cui † pecunia sine pignore debetur, non posse rem debitoris retinere pro eo quod sibi debetur, *l. vn. in fin.* vt verissimum sit in omnes partes, quod hic scriptum est, de recusatione rei commodatæ non concedenda commodatario prætextu illius debiti. Hoc tamen loco excipiendæ sunt impensæ, quas commodatarius in rem commodatam fecit. Nam etsi eas consequi non potest iure compensationis, vbi res commodata adhuc exstat, tamen retinere rem commodatam potest, donec sibi hæ impensæ præstentur iure quodam pignoris, *l. commodator, §. vltim. l. si is qui rem commodatam, D. de furt.* Differentiæ ratio est inter impensas & cetera debita, quod impensæ cum in rem commodatam fiant, tantum de re commodata detrahere videntur, quantum in eam rem impensum est.

## AD TIT. XXIV. DE PIGNOratitia Actione Commentarius.

### SVMMARIA.

1 *Obligatio mutua inter debitorem & creditorem quæ sit.*
2 *Actio pignoratitia directa quæ.*
3 *Actio pignoratitia contraria quæ.*
4 *Actionis pignoratitiæ directæ & contrariæ natura & potestas, & de quibus rebus debitori aduersus creditorem detur. & nu. 5.*
6 *Vtraque quibus conditionibus detur.*
7 *Actio pignoris vtrum in rem an in personā detur: & vtrum creditori aduersus debitorem, an debitori aduersus creditorem competat.*
8 *Actio Seruiana & quasi Seruiana: hypothecaria: & pignorati quæ. Quæ item vere pignoratitia. nu. 9.*
10 *Hypothecaria in rem actio, & pignoratitia in personam, cum pariter ex pignore nascantur, cur non vtraque hypothecaria dicitur, aut vtraque pignoratitia. & nu. 11.*
11 *Hypotheca & pignus quid differant.*

VT ex commodato mutua obligatio contrahitur 1
inter dantem & accipientem: Sic † pignore dato mutua quoq; obligatio nascitur inter debitorem dantem & creditorem pignus accipientem. Creditoris obligatio hæc est, vt pignus restituat debitori soluta pecunia, & præterea id etiā, quod ad eum peruenit, aut per eum factum est, quo minus apud eum esset. Debitoris obligatio hæc est, vt si quid non bona fide gessit, in pignore dādo, aliud pignus idoneum præstet, & si quid per caussam pignoris creditori abest, id creditori restituat. Hæc obligatio ex actione inter eos instituta intelligitur. Ergo vt ex commodato mutuæ sunt obligationes, sic pignore dato mutuę quoq; obligationes inter creditorem, & debitorem constitutæ. Vtraque † communi verbo pignoratitia 2
appellatur, sed alia est, quæ competit debitori aduersus creditorem, hæc enim dicitur per excellentiam nominis pignoratitia, *§. vlt. Instit. quib. mod. re cont. oblig. l. cum debitor. l. penult. infr. hoc tit.* Et quoniam hæc opponitur contrariæ, de qua mox, intelligimus inde hanc quoque directam esse, quoniam cōtrariis directæ opponūtur *§. ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. litig.* Quæ † creditori datur aduersus debitorem, hæc 3
dicitur pignoratitia contraria. *§. 1. D. eod.* quorum nominum rationē exposuimus sub titulo cōmodati.

Earum † natura & potestas in summa hæc est. Di- 4
recta debitori aduersus creditorem datur his de rebus, vt rem pignori datam creditor restituat. *§. penul. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Præterea de omnibus rebus, quæ ad creditorem ex pignore peruenerunt, vti mercedes operarū, pensiones ædium, agrorum fructus. Nec tātum quæ ad creditorum peruenerūt, sed etiam, quo minus apud eū essent, culpa eius factum est, quod declaratur *in leg. 1. & maxime in l. 2. hoc tit.* Contraria † creditori aduersus debitorē datur dua- 5
bus his de caussis. I. Si malitiose debitor rem alienam aut vitiosam, aut eam, quæ obligari non potuit, dederit creditori, & generaliter, si dolo malo debitor in pignore dando versatus sit, vt aliam rem idoneam pignori det. *l. tutor. §. 1. D. eod.* Altera caussa est, si quid creditor impendit, in res pignori obligatas, aut si quid aliud ei per caussam pignoris abest, id ei a de-

ei a debitore præstetur, *de quo in l. debitor, in fin. in-*
6 *fr. hoc tit.* Sed † competit pignoratitia actio his conditionibus, primo, si pignus interueniat, deinde, si pignus datũ sit. Item, si pecunia debita soluatur creditori, de quibus conditionibus dicetur suo loco, *ad l. penult.* ꝉ. Ex hac distinctione actionum nata est inscriptio huius tituli in D. de pignoratitia actione vel contra.

7 Sed † circa has actiones hæc dubitatio statim incidit. Nam cum pignoratitia actio vtraque ex obligatione nascatur, quæ obligatio contrahitur inter dantem & accipientem, constat vtrumq; esse in personis, vt est in actionibus, quæ ex obligationibus nascuntur, seu ex iis caussis, ex quibus cõtrahuntur obligationes, *§. 1. Insti. de obl. l. actionum. D. de oblig. & act.* Hoc vero falsum esse videbitur *ex l. pignoris,* ꝉ. *de pig.* quibus in locis traditur, pignoris persecutionem in rem parere actionem creditori, in quo duo contraria dicuntur iis, quæ supra dixi. I. Quod actio pignoris, dicitur esse in rem, nos in personam esse dicimus. II. Quod actio pignoris dicitur competere creditori: nos dicimus competere debitori aduersus creditorem. idq; expressum est *in §. vlt. Instit. quib. mod. re cont. oblig.* Respondeo: Nihil hic contrarii est. hæc enim dicuntur de diuersis actionibus, non de pignoratitia actione. quod vt intelligatur sciendum est, pignore dato, ex pignoris dati caussa, nasci duo genera actionum, vnum in rem, alterum in personam. In rem actio soli creditori datur pignoris persequendi caussa, quod illi constitutum, *dict. l. pignoris, D. de pign. & dict. l. pign. infr. de pignor.* Hæc vt in rem est, ita datur creditori non aduersus debitorem, sed aduersus possessorem rei pignore obligatæ, vt si debitor possidet, detur aduersus eum, sin alius quis, detur aduersus hunc, non aduersus debitorem, *l. si fundus, §. in vindicatione. D. de pign.* Hæc non dicitur pignoratitia, sed in vsu iuris ab auctore dicitur Seruia-
8 na † & quasi Seruiana, a re pignori data dicitur hypothecaria, *§. item Seruiana, Institu. de action.* Interdum tamen pignoratitia dicitur, *vt in l. rem alienam, D. de pignor. actio.* Sed hoc absurde, & nõ nisi admodum raro.

In personam actio, competit debitori aduersus creditorem, & creditori contraria aduersus debitorem, siue hi pignus possideant, siue non possideant, & datur earum rerum gratia quas dixi. Hæc non
9 dicitur † hypothecaria, sed pignoratitia, de ea hoc titulo agitur. Si quid ergo aliud dicitur de hypothecaria, sive de actione pignoris in rem, huc non pertinet, neque quicquam iis, quæ dixi, aduersatur.

10 Sed hic quæritur, cum † hypothecaria in rem actio, & pignoratitia actio in personam pariter, ex pignore nascantur, cur non vtraq; hypothecaria dicitur, aut vtraq; pignoratitia? Respondendum, primo quidem, vt res diuersæ suis nominib. distinguerẽtur, deinde vt maxime proprietas verborum in iis actio-
11 nibus exprimendo retineretur. Nam inter † hypothecam & pignus, cum de significatione verborum agitur, hoc interest, quod hypotheca generaliter dicitur res omnis pignori obligata, sive tradita sit creditori, sive non sit. Pignus autem proprie est res, de qua conuenit, vt pignori esset, & simul tradita est pignori creditori *d. §. item Seruiana. Inst. de act. l. si rem, §. pignus. D. de pignor. actio.* Nominis ratio est ex eo, quod pignus a pugno dictũ esse putant, vt sit pignus de iis rebus, quæ manu capiuntur, *l. plebis, §. pignus, D. de verb. sign.* Ex hac proprietate verborũ actio in rem dicta hypothecaria, vt in rem intelligeremus actionem competere creditori de pignore cõstituto, siue nuda conuẽtione de pignore cõuenerit, siue pignus illi traditum sit: contra actio in personam dicitur pignoratitia, vt intelligeremus nunquã pignoratitiam competere, nisi tum cũ debitor pignus creditori dederit. Nõ enim potest creditor pignus restituere nisi acceperit, pignoratitia autem actio competit de re pignori data restituenda.

Hæc vero proprie pignus dicitur. Sed huic appellationi & superiori distinctioni aduersantur ii loci, in quibus traditum est, inter pignus & hypothecam nihil interesse, nisi sonum. Item, pignus constitui nuda conuentione, etsi res tradita non sit creditori, *leg. res hypoth. §. vlt. D. de pignor. l. 1. in pr. D. de pignorat. act.* Quæ sibi ita contraria existimauit Valla *lib. 5. Eleg.* vt inde caussam arripuerit irridendi iuris auctores. Sed non sunt hæc contraria, si spectamus proprietatem & significationem verborum. Inter pignus & hypothecam hoc interest, quod supra dixi, quodque traditur *in d. §. Item Seruiana, Inst. de act. & d. l. si rem, §. 1. D. de pignor. actio.* Sed si ius spectamus, seu effectum, quem ius pignori & hypothecæ tribuit, nihil interest inter pignus & hypothecam. Nam si de pignore conuenit, & possessio tradita est creditori, res vere dicitur pignus, quia tradita est: dicitur etiã hypotheca, quia supposita est pignori & obligationi, id quod verbum illud significat. Quod si possessio creditori tradita non est, primo recte dicitur hypotheca, quia conuentioni supposita est obligatio, sed nihilominus etiam iure recte dicitur pignus, quia nuda obligatio est pignoris, quasi res tradita esset creditori, vt iure nihil amplius efficiat traditio quã sola conuentio. *d. l. 1. in prin. D. de pign. act.* Hunc effectum iuris spectamus, si de pignore constituto agitur, quia in pignore constituto id solum spectare oportet, quod ius tribuit. Cum autem de appellandis actionib. quæ ex pignore nascuntur agitur, hic proprietatem verborũ sequimur, nimirum docẽdi caussa, vt quoniam in iis actionibus res diuersæ sunt, nempe vna actio in rem, altera in personam, etiam res diuersis nominibus notetur & propriis, vt ex verbis res statim intelligatur.

*Ad L. 1. Fructus ex pignore, & L. 2.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. ad Metrodorum.

*L. 1. Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum; qui si sufficiunt ad totum debitum, soluitur actio, & redditur pignus. Si debitũ excedunt, qui supererunt redduntur, videlicet mota actione pignoratitia. Publicatum 7 id. Octob. Apro & Max. Coss. 208.*

Imp. Alexander. A. Demetrio.

*L. 2. Quod ex operis ancillæ, vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: debiti quantitatem releuabit. Datum Kal. Octobr. Antonino IV. & Alexandro Coss. 223.*

SVMMARIA.

1 *Commodum omne omnisque fructus ex re pignori data, ad debitorem, non ad creditorem pertinet.*

2 *Fructuum nomine non tantum fructus, qui natura percipiuntur, sed etiam merces operarum, pensiones domus, &c. continentur.*

3 *Sorte creditori soluta potest debitor omnes fructus a creditore exigere pignoratitia actione.*

4 *Fructus ex re pignorata percepti an cōpensentur cum debito eorum & debitum exonerent.*

QVod hic dicitur de fructib. rei pignoratæ, ducitur ex eo, quod de pignore transfertur in creditorem, pignore creditori constituto, atque etiam tradito, nihil tamen amplius in creditorem transfertur, quam nuda rei possessio, vt ei rem tenēti cautum sit de debito, *l. cum & sortis, §. vlt. D. de pign. act. §. vlt.*
1 *Inst. quib. mod. re contr. obl.* Proinde † quicquid commodi est ex re pignori data, ad debitorem, non ad creditorem pertinet, *l. si inter. §. 1. D. de pign.* quo nomine & fructus rei pignoratæ omnes ad debitorem pertinēt. sunt enim ii præcipuum emolumētum rei.
2 Atque † fructuum appellatione, nō tantum fructus, qui natura percipiūtur, sed etiam merces operarum, pensiones domus, &c. continentur. *l. mercedes. & l. seq. D. de pet. hered.* Sic fit, vt quicquid creditor fructuum ex agris pignori obligatis, mercedis ex operis mancipiorum aut iumentorum, quicquid pensionis ex locatione ædium pignori obligatarum, percipit, id ad debitorem pertineat.

3 Hinc duo consequentia sunt: vnum † vt si sors soluta sit creditori, possit debitor fructus omnes a creditore exigere pignoratitia actione, & quicquid est quod fructuum loco habeatur, vsque adeo vt nihil intersit vtrum debitor dominus fuerit rei pignoratę, an vero prædo, *l. si pignore. D. de pign. act.* Alterum est,
4 quod hoc loco † dicitur, vt si pecunia non est soluta creditori, fructus a creditore percepti, debitum releuent, id est, exonerent, quia debito imputatur, seu cum debito compensatur. Huic compensationi opponitur, *l. si conuenerit, D. eo.* vbi indicatur, si creditor aliquid consecutus sit ex pignore, veluti ex corpore sibi pignori obligato, si quidem consecutus sit pecuniam, eam compensare debeat cum eo, quod sibi debetur. Sin autē aliud consecutus sit corpus, id non compensari, sed incipere apud creditorem esse loco pignoris. Secundum quam sententiam de fructibus ex re pignorata perceptis dicendū videtur, quia hæc corpora sunt, ea non compēsari cum debito eorum, nec debitum exonerare, sed ita manere apud creditorem vt sunt, id est, tātum apud eum pignoris loco. Respondendum: Et hoc verum est, quam diu corpora fructuum exstabunt, *ex d. l. si conuenerit*. Huius rei rationem reddidi *infra ad l. vlt. prox. tit.* Quod ergo hic dicitur quod a creditore perceptum, id extenuare debitum, sic accipiendum est, si quod perceptum est, consumptum sit, ita vt res, de qua agitur, compensationem admittat, & re vera tum demum fructus percepti, plane retinētur a creditore, cum ab eo consumti sunt, vt sic res suas fecerit. Nam iis adhuc exstantibus magis videtur accepisse fructus, quam cepisse. Id enim capere dicimur, quod mansuetum est apud nos, *l. aliud est capere. D. de verb. sig.*

*Ad L. 3. Creditor.*

Idem A. Victorino.

*Creditor, qui prædium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti, computare necesse habet: & si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pignoratitia actione obligatur. PP. VI. Id. Decemb. Antonino IV. & Alexandro Coss. 223.*

SVMMARIA.

1 *Creditor non tantum de fructibus rei pignoratæ perceptis tenetur, sed etiam de percipiendis.*

2 *Creditor, si culpa eius res sit reddita deterior, tenetur de dolo, & culpa, & negligentia sua, & nu. 6.*

3 *Dolus & culpa, item diligentia & custodia in actione pignoratitia veniunt.*

5 *In pignore & creditoris & debitoris vtilitas versatur.*

CReditor † pignore accepto, non tantum tenetur 1
de fructibus inde perceptis, de quo dictū est ad legem 1. Sed etiam de nō perceptis, si percipere potuit. Et quod ad corpus rei pignoratæ attinet, non tantum restituere rem debet, qualis tum est, cum repetitur, sed etiam reddere non deteriorem, quam tunc fuit, cum data est. Quod si deterior † res consti- 2
tuta culpa eius, tam tenetur, quā si talis res exstaret, qualis ab initio fuit, cum data est, quæ summa est huius rescripti. Ducitur aūt hæc sententia ex hoc principio. In † actione pignoratitia venit dolus credito- 3
ris, venit & culpa, venit & diligētia & custodia, vt est in *l. si cum venderet, §. vlt. D. de pign. act.* Huius sententiæ hic sensus est, non tantum teneri creditorem, si quid apud eum est ex re pignori obligata, sed etiā si quid apud eum nō est, cum apud eum esse potuisset, quo minus autem factum esset, sit vel eius dolo, vel eius culpa, id est, culpa, quę in omittendo sit, & igitur teneri eum, vt præstet quicquid diligens paterfamilias in rebus suis facturus esset, aut non facturus pro commodato, & vtilitatem cuiusque rei, *l. ea igitur. D. de pign. act.*

Hinc † responderi potest ad omnes fructus rei pi- 4
gnoratæ, & ad rem ipsam pignori obligatam. In fructibus hoc respondetur facere, vt non tantum creditor fructus ex re pignorata perceptos restituere debeat, aut sorti imputare. Sed etiam non perceptos, si quos paterfamilias percepturus fuisset. Et hoc ideo, quia creditor, quos potuit, ita percipere debuit, secundum infra scriptum responsum. Ratio hæc est, quia † in pignore vtriusq; vtilitas versatur & debito- 5
ris & creditoris, *l. si vt certo, §. nunc videndum, & seqq. D. commodat. § vlt. Inst. quib. mod. re cont. ob.* Si igitur non percepit fructus creditor, aut tenetur restituere æstimationem debitori, si sors aliunde soluta est, aut si ea non soluta sit, in sortem imputabit, atque ita fiet vt fructus non percepti debitum extenuent, *vt hoc in loco dicitur.* In re autem pignori obligata superior responsio exigit, vt creditor rem diligenter obseruet, ex quo consequens est, vt si res deterior facta sit, eo 6
nomine † teneatur, siue dolo malo eius cōtigerit, vt quia arbores excidit, ædificium demolitus, &c. & sine culpa, vt quia male coluit, dum putat se bene colere: siue negligentia, dum ædificia ruinosa collabi patitur, aquæ ductus patitur corrumpi, agrum non proscindi, & quæ sunt similia, *l. creditor 69. l. si cuius rei, §. denique. D. de vsufr.*

*Ad L. 4. Pactum.*

Impp. Alexander Hermeo & Maximillæ.

*Pactum vulgare, quod proposuistis, vt, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypotheca data vendere liceret: non adimit debitori aduersus creditorem pignoratitiam actionem. PP. XII. Kal. Maii, Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMA-

SUMMARIA.

1 *Debitor quibus conditionibus habeat pignoratitiam actionem de pignore creditori dato.*
2 *Conuentio hæc, pecunia intra tot & tot dies nõ soluta licebit pignus vendere, an actionem pignoratitiam impediat & adimat. & nu. 4.*
3 *Pœna promissa sub conditione, ea non impleta, pœna committitur.*

1 DEbitor † de pignore creditori dato habet pignoratitiam actionem, qua pignus consequatur a creditore his conditionibus, si aut pecunia omnis soluta sit creditori, aut eo nomine creditori satisfactũ, aut quod idem valet, si pecunia in iudicio offeratur. *l. si rem, §. omnis, & §. vlt. D. eod.* Quæsitum † est 2 aũt, an hanc actionem impediat conuentio, quæ hic proponitur, si forte conuenit inter debitorẽ & creditorẽ, vt pecunia intra Kal. Mart. non soluta, liceret creditori pignus vendere, & pecunia intra Kal. Mar. soluta non sit, conuentio debitorẽ attulit, quæ videlicet seruãda fuisset, & ideo secundũ conuentionem licere deinde creditori post Kalen. Mart. vt libet pignus vendere. Rescriptum est, eam conuentionem non adimere debitori pignoratitiam actionem, quæ significatur, quamuis debitor intra Kalen. pecuniam non soluerit ex cõuentione, nihilominus tamen pignoratitiam actionem habere aduersus creditorem, si aut pecuniam soluat, aut eam tum in iudicio offerat, vt supra dixi.

Huic sententiæ duo obstabãt: Primo, ius de conuentione constitutum: conuentio ex edicto seruanda est. Et quidem hoc ius ratum est, omnem conuentionem, quamuis nudam, parere exceptionem. *l. in bon. infr. de pact. l. igitur, §. sed cum nulla, D. de pact.* Proinde pecunia intra Kal. non soluta, si debitor pignoratitia agat aduersus creditorem, recte creditor se tuebitur exceptione pacti, vt neget se pignus restituere, quia velit distrahere, secundum conuentionem. Respondendum, nihil facere propositum debitorem contra conuentionem, cum pignoratitia actione experitur. Nam quod dicitur hic eum habere actionem pignoratitiam integram, hoc continet, quod supra dixi, vt eam habeat sub conditione, si pecuniam creditori in iudicio offerat, *d. l. si rem, §. vlt D. eod.* Debitor enim cum pecuniam creditori offert in iudicio, non repetit rem suam contra conuentionem, sed maxime secundum conuentionem. Obseruandum est enim non conuenisse, vt pecunia intra Kalend Mart. non soluta, creditor simpliciter rem venderet, sed vt liceret ei vendere pignus, & ideo vt vendere ei liceret sub conditione, si res pignori esset. Hæc conditio deficit tunc, cum debitor aut pecuniam soluit, aut pecuniam offert in iudicio: nam solutione debiti pignus liberatur, *l. item. D. quibus mod. pign. vel hyp.* Pro solutione habetur oblatio pecuniæ, cum in iudicio offertur. Nam debitori prodita est actio pignoratitia sub conditione, si pecunia soluta esset. Hæc conditio exsistere intelligitur, cum per creditorem stat, quo minus pecunia ei soluatur. *l. in iure, de reg. iur. l. in iur. D. de cond. & dem.* II. obstat. *l. Celsus. in pr. D. de reg. iur. l. traiect. D. de obl. &* 3 *act.* Quib. locis traditur, si † pœna promissa sit, sub conditione, si pecunia intra certum diẽ soluta non esset euenire, vt pecunia eo diẽ nõ soluta pœna committatur, ita vt postea nulla obligatione noua euitari possit. At in pposita pœna, vt creditori pignus distrahere liceat, constituta est, conuentio sub hac conditione, *Si pecunia intra Calend. Marti. soluta non esset.* Ergo secundum sententiam supra scriptam pecunia intra eas Calend. non soluta, sic pœna committetur, vt quamuis pecuniam debitor postea offerat, tamen pœnam postea euitare non possit. Respondeo, fatendum est in conuẽtione proposita, potestatem alienandi pignoris esse constitutã sub sola conditione, *Si pecunia intra Kalend. Martias soluta non esset.* Nam hæc potestas constituta est, sed duab. conditionibus: Vna, *Si pecunia intra Kalen. Mart. soluta non esset.* altera, *Si res pignori oblata esset.* Prior quidem conditio exsistit, pecunia intra Kalend. Mart. non soluta, sed posterior cõditio deficit, cum debitor creditori in iudicio pecuniam offert. Hæc enim oblatio facit, vt pignus pro liberato esse incipiat, vt supra dixi. Proinde nec pœna hic committitur, eoque nec species hæc ad sententiam supra scriptam pertinet.

Sed † rursum nõ recte videtur dici absolute conuentionem hanc propositam de potestate pignoris distrahendi, posse adimere debitori pignoratitiam actionem. Nam duobus modis fieri potest, vt debitor pignoratitiam actionem non habeat. hac conuentione interposita. Primo, si pignoratitia agat, nec pecuniam creditori offerat, tum pignoratitiam actionem non habet. Secundo, si creditor ante actionem institutam sua lege vsus, pignus distraxerit. Nam antea potuit creditor pignus distrahere, quamuis illi pecuniam obtulerit, nisi oblatam obsignauerit, & deposuerit solemniter, *l. 1. §. D. de vend. pig. l. si prius. infr. de distract. pign.* Respondeo, hæc vera sunt, sed huic loco non aduersantur. Nam quod iis casibus debitor non habet actionem pignoratitiam, non eo fit, quia conuentio proposita ei adimat hanc actionem, sed quia eius cessio, & tempestiua, legitimaque alienatio, adimit ei actionem. Quod igitur hic dicitur, pecunia intra Kalend. non soluta ex conuentione debitorem nihilominus pignoratitiam actionem habere meminisse oportet, hoc ita dici, si nihil aliud impediat, quam superior cõuentio, quod ita fit, si cetera faciat debitor, propter quæ in tempore actionis pignus habet, & nihilominus creditor, se superiore conuentione tueri velit, vt sibi rem distrahere nec restituere liceat. 4

*Ad L. 6. Qui fortuitis.*

Imp. Alexander A Trophimæ.

*Quæ fortuitis casibus accidunt, cum præuideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei iudicio præstantur: & ideo creditor pignora, quæ huiusmodi casu interierint, præstare non compellitur: Nec a petitione debiti submouetur, nisi inter contrahentes placuerit, vt amissio pignorum liberet debitorem. PP. Idus April. Fusco & Dextro Coss. 226.*

SUMMARIA.

1 *Casus fortuitus quis.*
2 *Casus fortuitus cur dicatur vis maior, cur item fatum.*
3 *Vis maioris diuisio in externam & internam.*
4 *Interna, & eius subdiuisio.*
*Externa, & eius subdiuisio.*
6 *Furtum sit ne inter casus fortuitos numerandum.*
7 *Amittens rem, quam asseruandam accepit, an liberetur prætextu casus fortuiti.*
8 *Incendium an sit casus fortuitus.*

*Incendium sine culpa inhabitantium accidere potest tribus modis.*

9 *Incendium vt probetur casus esse fortuitus, nō est satis, docere in ædibus nostris obortum esse, sed probare oportet sine culpa nostra ortum esse.*

*Præsumtio onus probandi semper in eum confert, aduersus quam præsumtio facit.*

*Præsumtio quid. ibid.*

10 *Casus fortuiti nullo iudicio præstandi.*

11 *Casum fortuitum præstare: culpam, dolum præstare, diligentiam præstare: quid per hæc verba significetur, & in quo differant. & nu. 12.*

13 *Debitor quamuis casibus fortuitis omnia bona sua amiserit, nihilominus manet obligatus.*

14 *Incendium an ære alieno exuat.*

15 *Re debita peremta quando debitor liberetur.*

16 *Fortuito si casu mutuum perierit, an nihilominus debitor teneatur.*

17 *Mutuum qui accipit non tenetur de eadem re restituenda, sed aliam eiusdem generis debet.*

18 *Re æstimata commodato data, an commodatarius casum fortuitum præstet.*

19 *Æstimatio facit emtionem.*

*Rem æstimatam accipiens contrahit & rem emere intelligitur.*

20 *Res ex contractu stricti iuris debita, si casu fortuito perierit, an debitor casum præstet.*

21 *Contractuum bonæ fidei distinctio.*

22 *Officium suū nemini debet esse damnosum: & explicatur num. 25*

*Commodatarius an casus fortuitos præstet.*

23 *Impoßibilium nulla obligatio.*

24 *Culpa debitoris perpetuat obligationem.*

25 *Initium & caussa in rebus & contractibus spectanda.*

26 *Mors animalis, an & quando a debitore præstetur.*

27 *Re debita igni consumta, an & quando debitor liberetur.*

28 *Prædonum impetus & naufragia, an & quando, vt casus fortuiti præstentur.*

29 *Damnum iniuria oblatum, an & quando præstetur.*

30 *Inimicitiæ quas cum inimico habemus culpæ nostræ attribuuntur.*

31 *Re debita peremta post moram debitoris, cuius sit detrimentū, & an debitor non minus obligetur, quam antea.*

*Culpa & dolus non perpetuant obligationem.*

32 *Dolus & culpa in debitore morante non spectantur.*

33 *Moram facere intelligitur debitor, cum opportuno loco & tempore interpellatus non restituit, aut præstat rem quam debuit.*

34 *Debitor, an casus fortuitos præstare cogatur, si ita cōuenerit.*

35 *Pactio nuda ex interuallo interposita, etiam in bonæ fidei iudicio actionem non parit: parit tamen exceptionem, nu. 36.*

37 *Cōuentio de casu fortuito præstando duplex: & quid ea operetur, num. 34.*

38 *Conuentio specialis & generalis, an valeant, & numer. 40.*

39 *Appellatione generis continentur species omnes, non minus quam si simpliciter expressæ essent.*

*Idem in conuentione generali.*

40 *Conuentio generalis de casu præstando cur non valeat, caussa duplex.*

Vtilis regula hoc loco traditur de casibus fortuitis, non ad vnam speciem iudicii, sed ad omnes generaliter pertinēs, quam vt recte explicem, dicam primo de casibus fortuitis, deinde de iure, quod de hoc genere constitutum est. Casus † fortuitus, est 1
casus, qui humana diligentia prouideri non potest, aut cui prouiso resisti non potest. prius positum est in hac leg. posterius in *l. in rebus. D. commod. & l. rer. conducto, §. primo. D. locati.* Idem dicitur: Vis maior, *leg. si cum venderet, in fin. D. de pignor. actio. leg. 1. infr. commod.* vbi dicitur: Quia omnis casus est maioris rei impetus, vt vis definitur *in leg. 2. D. quod met. caus.* Maior † ideo, quia maior est, quam vt ei 2
resisti possit. Idem dicitur interdum fatum, quia vi occulta & ratione hoc contingit, *l. vtique, in pr. D. de rei vindic.* Vnde damna fatalia, quæ casibus fortuitis accidunt, *leg. cum duobus §. damna, D. pro socio.*

Vis hæc † omnis maior, aut interna aut externa 3
est. Interna † quæ in re ipsa nascitur, nulla re extrin- 4
secus se nobis aperte offerente. Externa † quæ ex- 5
trinsecus nascitur. Interna est, vt in animalibus mors, & morbi animalium, quod indicatur in *l. contractus, D. de regulis iuris. l. in rebus, D. commodati.* In rebus inanimatis, vitia naturalia, vt cum vinum acescit, frumentum putrescit, quæ indicantur ex *l. 9. conducto, D. locat.* In solo hiatus terræ, de quo in *leg. cum res, §. vlt. D. de legat. tertio.* Externa vis aut cœlitus immittitur, aut infertur a rebus inferioribus & nobis cognatis. Cœlitus, vt sunt tempestates pluuiarum, grandinum, fulminum vredines, solis exustiones, quæ indicantur *in dict. leg. ex conducto, §. 1. D. locat.* A rebus inferioribus vis infertur, partim in rebus inanimatis, quo in genere sunt hæc, incendia, naufragia, ruina, aquarum inundationes, quæ indicantur *in l. contractus, in fin. de regul. iur. l. in rebus. D. commod. §. item is qui. Institu. quibus mod. re contr. obl.* Partim ab animantibus brutis, quales sunt depastiones gracularum, sturnarum & locustarum, & similium animalium, quæ indicantur in *d. l. ex conducto, §. 1. D. de locat.* Partim ab hominibus, quo ex genere sunt hostium incursus, prædonum impetus & piratarum, qui indicantur in *dict. leg. contractus, D. de reg. iur. & d. l. in rebus. D. commod.* Adde his damna, etiam quę in priuatis dantur iniuria, nulla enim diligentia caueri potest, ne quis nobis damnum det iniuria, *l. ad eos, D. commod. l. si ea res, D. de act. emt. l. sed de damno. D. locati.*

In his quęsitum est de duobus, primo de furto, sitne † furtum inter casus fortuitos numerandū, si quis 6
forte rem commodatam aut pignori obligatam furto amiserit, nam furtum videtur dictū a prædonibus, iam autem dixi impetum prædonum esse fortuitum casum, sed placuit furtum inter casus fortuitos numerandum non esse. Proinde eum, qui solo casu fortuito liberatur, † non liberari, si rem quamuis, 7
quam accepit asseruandam, furto amiserit, *leg. cum duobus §. damna, D. pro socio, leg. quod si neque, §. 1. in fin. D. de peric. & commod. rei vendit.* Deinde quæsitum est in incendio, propter dissentientes in speciem de hoc genere locos. Nam † incendium aperte numeratur inter casus fortuitos, his locis, *l. contractus, in fin. D. de regulis iuris. l. si vt certo, §. quod*

vel

*vero senectute, l. in rebus, D. commodati, §. item is Insti. quibus modis re contr. oblig.* Sed dissentire videntur. *l. 3. §. 1. de off. præf. vrb. l. si vendita. D. de peric. & com. rei vend.* In prima scriptum est, incendia plerunque accidere culpa inhabitantium. Sed hæc sententia maxime confirmat incedium esse casum fortuitum, si non semper, at interdum. Et certum est incendium sine culpa inhabitantium accidere posse & solere, quod tribus modis fieri potest. Primo, Si quis ignem inferat, aut iniiciat in ædes. Deinde, si ædes fulmine tangantur, & ex fulmine ignẽ accipiant. Postremo, si incendium in alienis ædibus obortum occupet vicinas ædes. Recte ergo his casibus dicimus, incendium esse casum fortuitum. Difficultas maior est ex *leg. si vendita. D. de peric. & com. rei vend.* nam illic initio scriptum est, incendium non posse fieri nisi culpa inhabitantium. Sed illic obseruandum est. hoc verbum esse consultoris; sententiam autem hanc postea corrigi responso Alfeni. quod subiicitur. Is enim aperte respondet incendium accidere posse & sine culpa patrisfamilias, & sine culpa familiæ. Et vero sententiam falsam esse ex iis. quæ dixi apparet.

Interim ex iis locis diligenter notandum est, vt
9 probetur † incendium casum fortuitum esse, non esse satis docere incendium in ædibus nostris obortum esse, sed probare oportere, sine culpa nostra ortum esse propter vnam aliquam caussam ex his quas supra audiuimus. Id hic probatur: Nam præsumtio semper onus probandi confert in eum, aduersus quem præsumtio facit. *l. cum de indebito, §. si vero. D. de probat.* Præsumtio autem nihil aliud est, quam ratio sumta ex iis, quæ plerunque accidunt. Iam autem dixi sic existimari incendia plerunque accidere culpa inhabitantium, proinde hæc præsumtio onus probandi transfert in inhabitantes.

Deinde *in l. si vendita, D. de peric. & com. rei vend.* ædibus venditis incendio consumtis, dicitur, venditor ita non teneri si dicat, se diligentiam summam adhibuisse in igne obseruando, & ignem aliunde accidisse, cum venditore id dicente, consequẽter idem probare debeat, ex regula iuris, *leg. secunda, de probationibus.*

Atqui hi sunt casus, qui fortuiti appellantur. De hisce casibus hæc regula traditur. Quæ fortuitis ca-
10 sibus accidunt vel, vt alibi scriptum est; Casus † fortuiti, nullo iudicio bonæ fidei præstandi, siue a nemine præstantur. Exstat hæc regula hoc loco, & *in*
11 *l. contractus, in fin. D. de regulis iuris.* Casum † fortuitum præstari locutio est nostris vsitata, sed ad aliquid nouum, proinde & obseruanda est. Dicere solemus in commodato, in pignore, & in omnibus contractibus, in quibus vtriusque & creditoris & debitoris, aut solius debitoris vtilitas versatur, dolum & culpam præstandam esse, casum fortuitum præstandum non esse, *l. si vt certo, §. nunc videndum, D. commodati.* Hæc omnia vno sensu. Sed dicimus præterea in his omnibus diligentiam esse præstandam, *dict. l. si vt certo, §. nunc videndum, §. custodia. l. in rebus. D. commodati,* & aliis in rebus innumeris. Hoc vero ne erremus eodem sensu non dicitur. Diligentiam præstandam esse cum dicimus, significatur diligentiam esse adhibendam. hoc sic explicatur *in §. item is, vers. at si, & §. vlt Institut. quibus modis re cont. obliga.* Cum autem dicimus dolum, culpam, casum præstari, contrarium significatur. Nos non dicimus adhibendum esse dolum, adhibendam esse culpam, aut adhibendum casum, sed contra significatur, hæc omnia remouenda esse, & propter hæc debitorem teneri.

Quid ergo his verbis intelligimus? Respondeo Dolum, † culpam, casum fortuitum præstare locu- 12
tio est non propria, sed figurata, vbi caussa ponitur pro effectu, μετωνυμικῶς, dolus, pro damno dolo dato, culpa pro damno culpa dato, casus pro damno quod casu fortuito contigit. Itaq; hic sensus est: Culpa & dolus præstanda sunt, id est, damna & culpa dolo contingentia præstanda sunt. Item casus fortuitus præstandus non est, id est, damnũ casu fortuito contingens præstandum non est. Quamobrem pro casibus fortuitis hic dictum est, quæ casibus fortuitis accidunt, nempe damna: hæc vero non præstantur. Quare his verbis, *Casus fortuitos non præstari,* hæc sententia exprimitur, si res casu fortuito vel perimit, aut amissa vel deterior facta sit, detentione non teneri, sed eatenus liberari.

Hoc etsi simpliciter & absolute dicitur, tamen sic intelligendum est, si casus fortuitus in re debita contigerit; In re non debita si contingat, non eo magis debitor liberatur, nec eo minus casum præstat. & ideo cum dicimus, commodatarium casum fortuitum non præstare, sic intelligimus, commodatarium non teneri, si res commodata quam restituere debuit, casu perierit, vt est *in §. item is, Institut. quibus modis re contr. obl.* Similiter cum dicimus: Creditorem casum fortuitum non præstare pignoratitia actione, hoc sic intelligimus: Creditorem non teneri, si res pignorata, ad quam restituendam tenebatur, ipsa perierit, non alia, *§. vltim. Instit. eodem, leg. si creditor, infr. & l. si nulla, infr. hoc titul.* Ceterum si aliæ res non debitæ perierint, quamuis debitor† casibus for- 13
tuitis omnia bona sua amiserit, nihilominus obligatus manet. Et hoc est quod dicitur *in leg. incendium, infr. si cert. petat.* Incendium † ære alieno non exu- 14
ere debitorem. Est enim hic sensus, incendium, id est, hic casus fortuitus, & omnes alii similes fortuiti casus, quamis debitor omnia sua bona amiserit, tamen debitorem non liberat pecunia numerata, quam debuit. Et ratio est, quia hæc pecunia non periit: non enim debuit eam pecuniam, quam habuit in loculis, aut in bonis suis, sed generaliter & indefinite pecuniam, vbicunque ea esset, quam postea præstaret: hæc pecunia perire non potest, idque est quod vulgo dicitur, Genus perire non posse, *leg. in ratione, §. incerta, D. ad legem Falcidiam.* Et in summa ita statuendum est ne vllus sit error: Re † debi- 15
ta peremta, si sine culpa debitoris contigerit, debitorem liberari. Aliis rebus debitoris peremtis, nihilominus rem debitam manere, quæ deinde semper præstari debeat, *l. quod te. D. si cert. pet. l. si ext. de verb. oblig.*

Hæc ratio diligenter notanda est, propter duarum rerum periculum, quod in contractibus præstandum esse legimus, mutui nimirum, & rei, quæ æstimata data est. In mutuo, si id † quod debitor ac- 16
cepit mutuo, casu fortuito perierit, nihilominus tenetur, *§. item is. Instit. quibus mod. re cont.* Hæc prima ratio inique constitui videtur. nam si is qui commodatum accepit, eam rem casu fortuito amiserit, non tenetur, vt ibidem scriptum, de quo mox plura: & tamen mutuum non est officii minus & liberalitatis, quam commodatum, imo magis, vt par esse videatur idem de periculo in vtroque contractu sta-

tui. Sed differentia, ex superiori notione facile explicatur: Nam re commodata casu fortuito amissa, ideo commodatarius non tenetur, seu casum non præstat, quia periit res quam debuit: Fuit enim obligatus, vt eandem rem restitueret. Contra re mutuo data, casu amissa, debitor non liberatur, quia non pe-
17 riit res debita. Qui enim † mutuum accipit, non tenetur de eadem re restituenda, sed aliam debet eiusdem generis, *in prin. Institut. quibus modis re cont. & leg. secunda, in pr. D. si cert. petat.* Hæc autem alia res non periit. Item, de re æstimata idem traditur, si
18 res † æstimata commodato data sit, commodatarius casuum fortuitum præstat, *l. si vt certo, §. commodatum. D. comod.* Idemque in omnibus rebus, quæ æstimatæ datæ sunt, placuit, vt casus fortuiti periculum ad accipientem, eundemque debitorem pertineat.

Quoties de iure dubitatur, & tamen tot locis dicitur, neque in commodato, neque in vllis aliis contractibus casum fortuitum a debitore esse præstandum, *l. contractus, de regul. iur. l. si vt certo, §. quod vero. D. commod.* Sed & hoc superiore ratione cognita facilime explicatur, in commodato & ceteris contractibus, casus fortuitus non præstatur, nempe casus in re debita contingens, seu tunc cum res eo contractu debita casu fortuito periit, vt supra ostendimus. At vbi alia res periit quam quæ debita, nulla hic liberatio debitoris contingit. Id autem intelligendum est euenire, cum res æstimata debitori data sit.
19 Sciendum † est enim æstimationem, emtionem facere, id est, eum qui rem æstimatam accipit, contrahere & intelligere rem emere, quam non debeat, sed cuius nomine debeat æstimationem tanquam pretium, *leg. plerunque, §. penultim. D. de iur. dot. leg. 1. in fin. D. de æstimat. l. quoties, D. de iure dot.* Hoc si ita est, consequens est eum, qui rem æstimatam accipit: ea re casu amissa nihil minus obligatum manere, quia & res amissa est, quam non debuit: Cœperat enim habere pretium non rem, hoc pretium non periit.

Dicimus hos casus fortuitos nullo bonæ fidei iu-
20 dicio præstari. Quid ergo † si res ex contractu stricti iuris debita, casu fortuito perierit, an debitor casum præstabit, id est, an nihilominus re ita amissa debitor obligatus maneat? Respondeo, neque in contractibus stricti iuris, re debita casu amissa, debitor amplius tenetur, sed generaliter hæc regula vera est, quam supra dixi, siue ex commodato, exempli caussa, siue ex stipulatu rem certam mihi debeas, te non teneri si casu fortuito res debita perierit, quod sine culpa tua factum sit, *dict. leg. si ex legati caussa, de verborum obligat dict. leg. quod te, D. si certum petat.* & ideo *in l. contractus in fin. de reg. iur.* ita generaliter accepta est, *casus fortuitos a nullo præstari.* Cur igitur hic additum est, *nullo bonæ fidei iudicio*;
21 Hoc † eo additũ est, quia in bonæ fidei iudiciis quidam sunt contractus, in quibus solius creditoris vtilitas versatur, vt in deposito solius deponẽtis, in mandato solius domini. Quidam sunt, in quibus versatur vtriusque vtilitas & dantis & accipientis, creditoris & debitoris, vt in societate, emtione, venditione, locatione, cõductione, in pignore, in dote. Quidam sunt, in quibus versatur solius debitoris vtilitas, vt in commodato. In prioribus duobus generibus non inique statui videtur, vbi vtilitas solius creditoris aut debitoris versatur, debitorem casus fortuitos non præstare. At si solius debitoris vtilitas ageretur, æquum videri potuit, debitorem re amissa casum præstare debere, vt in commodato, ne creditori officium & liberalitas sua noceat. Vt ergo intelligeremus nec commodatum excipi, id est, nec excipi eos contractus, in quibus solius debitoris vtilitas versatur: Regula hoc loco ita concepta est: *Casus fortuitos neque prioribus generibus iudiciorũ, neque postremo genere iudiciorum bonæ fidei præstari.*

Quod si ita est, non modo iis verbis non excluduntur iudicia stricti iuris, vt stipulatio, sed maxime ea iudicia comprehenduntur. Nam si in vllo iudicio æquum est casum fortuitum a debitore præstari, æquum est in commodato, vbi res solius commodatarii agitur. Quod si in eo iudicio nec casus fortuitus præstatur a debitore, multo minus debitor, qui ex stipulatu debuit, casum præstare tenetur, cum in stipulatione solius stipulantis vtilitas versetur, non etiam promissoris.

Sed in commodato saltem iniquum esse videtur, & regulæ etiam iuris aduersum, in eo non præstare casum fortuitum a commodatario, vt videatur saltem hoc iudicium ab omnibus excipi debuisse. Nam naturalis ratio simul & ciuilis dictat, nulli † de- 22
bere officium suum damnosum esse. *leg. si seruus, §. quod vero, ad mandati, D. de furt. leg. sed si quid. D. quando testamentum aper.* Respondendum est, commodatarium casus fortuitos non præstare, & generaliter omnem debitorem re debita casu amissa liberari, non modo rectæ rationi & iuri ciuili non aduersatur, vt iis rebus duabus exigentibus ita statui non sit iuxta *d. ct. leg. quod de. D. si cert. pet. & leg. si ex legati caussa, D. de verborum obligatione.* Aut enim re casu amissa volumus commodatarium aut alium debitorem, rem debere, aut rei æstimationem. Rem debere non potest, quia cum non sit in rerum natura, amplius deberi non potest. Impossibilium † enim 23
nulla est obligatio, *l. impoß. de regul. iur. l. si stipulator, de verbor. obligat.* Æstimationem quidem per rerum naturam præstare potest, sed hanc ab initio non debuit, rem enim solam restituere debuit, non rei æstimationem, vt est obligatio commodati, *§. item is Instit. quibus mod. re contr. obl.*

Eadem conditio est omnium obligationum, in quas res aliqua deducta est certa, non eius rei æstimatio. Euentu quidẽ sciri potest, an re amissa commodatarius in æstimationem debere incipiat, veluti si dolo aut culpa eius res perierit, *l. si vt certo § nunc videndum, D. commod.* Sed hoc eo fit, quia † culpa 24
debitoris, secundum regulam iuris perpetuat obligationem, *l. si seruum, §. sequitur. de verb. oblig.* Nulla culpa est debitoris in casu fortuito, qui vitari nõ potest, proinde nihil est in casu fortuito, quod perpetuet obligationem rei prius debitæ: Ita æquum est, & rei & æstimationis obligatione remota, debitorem casu liberari, eumque casum fortuitũ non præstare, quoties res debita, casu periit.

Hæc ratio ad commodatum æque pertinet, vt ad res ceteras debitas, proinde & commodatum recte definitioni huius loci includitur, vt dicatur casus fortuitus nullo bonæ fidei iudicio præstari, proinde nec iudicio commodati. Nec obstat † quod 25
dicitur: *Nulli officium suum debere esse damnosum.* Hoc enim sic accipiendum esse apparet, nisi quis velit sibi damnosum esse. Nam licet vnicuique, & de opera sua, & de beneficio, & de rebus suis omnibus,

omnibus, vt vult statuere, igitur & de ipso cōmodato. Nam qui vestem commodat, non potest commodare, nisi vt vestis atteratur vsu, & qui equum cōmodat ad plures dies vsu equi carere cogitur, aut sæpe alium commodato rogare aut conducere; in quo damnum eum facere certū est, sed ideo facit quia vult. Porro qui simpliciter rem commodato dat neq; de casu fortuito quicquam paciscitur, hoc velle intelligitur, vt re casu amissa suum detrimētum sit, non accipientis, quia ita commodat, vt velit commodatarium solum ad rem ipsam restituendam obligari, & quamdiu eam habebit, illam bona fide seruare, & in ea facere, quod bonus paterfamilias faceret in re sua, *l. in omnibus, D. commod.* Cōtra hanc diligentiam & custodiam nihil facit cōmodatarius, si quid casu fortuito accidat. proinde nec commodator vult commodatario hoc damnosum esse, sed sibi.

Rata sit igitur hæc sententia: *Casus fortuitos in re debita incidentes nullo omnino iudicio, & a nullo debitore præstari*, vt sit sensus, *re omni debita, casu amissa, debitorem liberari ea amissione.* Hæc sententia tamdiu vera est, quamdiu nulla idonea caussa incidit; propter quam debitor casum præstet. Sed interdum eiusmodi caussæ incidunt, ideo & interdum casus fortuiti a debitore præstantur, vt ab eo ad quem res deposita est, cui commodata est, cui pignori obligata est. Id cōtingit aut propter culpam debitoris, qui casui fortuito caussam dederit, aut propter debitoris moram, aut propter conuentionem de casu fortuito præstando, intio interpositam.

Culpa debitoris facit, vt debitor casum præstet, seu re casu amissa nihilominus obligatus maneat, si culpa casui caussam præbuerit. Hic enim vt in con-
25 tractibus & aliis rebus, initium † & caussam spectamus, vt est in *d. l. si vt certo, in pr. D. commodat.* Exem-
26 pla hæc sunt: Dicimus † mortem animalium a debitore non præstari, vt fortuitum casum, hoc ita est, nisi culpa morti caussam præbuerit, vel quia debitor animal acceptum occidit, vel quia ægrotum nō curauit, *l. si vt certo, §. custodiam, §. commod. l. in rebus. D.*
27 *commodati.* Dicimus † re debita incensa, damnum nullo iudicio præstari, hoc ita est, nisi incēdium culpa inhabitantis contigerit, *l. si venditor. D. de per. &*
28 *com. rei vend.* Dicimus † prædonum impetus & naufragia, vt casus fortuitos non præstari. Hoc ita est, ni culpa sua debitor in hæc pericula se coniecerit, veluti si res ei commodata sit, vt domi haberet, ipse autem peregre profectus secum ferre maluit, deinde in latrones incidit, aut nauim ingressus naufragium fecit, *§. item is, Institut. quibus mod. re contrah.*
29 *obli.* Postremo dicimus † damnum iniuria oblatum a nullo præstari. Hoc ita est, nisi quis oborta rixa, cui rixæ caussam præbuit, rem debitam amiserit, *l. pen. in pr. D. sol. matr.*

In qua specie, singulare genus culpæ nobis notandum est Placuit enim veteribus, si quis inimicus noster nobis damnum iniuria dederit, hoc damnum nos præstare debere: veluti, si quis inimicus rē commodatam aufert, aut locatū, aut pignus datum quia
30 inimicitiæ, † quas cum illo exercemus, culpæ nostræ ascribuntur, *leg. si merces, §. culpa. D. locat.* Et merito ascribuntur: siue enim caussam inimicis præbuerimus aperte nostra culpa est, quod inimicitias exercemus: siue non præbuerimus, tamen hæc ipsa culpa est, quod inimicitiam exercemus, & non operam damus, vt res inter nos componatur. Aliud est, si quis a nobis nō læsus, aut inimicitiis quæ prius fuerant remissis, & reconciliatione secuta, odio tantum nostri, nobis damnum det, nulla enim hic culpa est, eoque damnum non præstare cogimur. *dict. l. pen. in pr. D. sol. matrim.*

Mora † quoque debitoris facit, vt si post moram 31
res perierit, eius detrimentum sit & non minus obligetur, quam antea, *l. quod te. D. si certum pet. l. si ex legati caussa, D. de verb. ob.* Idque est quod dicitur, culpam & moram, quę culpę species est, perpetuare obligationem, *l. si seruum, §. sequitur. de verb. obl.* id est, facere, vt obligatio quæ primo fuerat etiam re debita amissa, perpetua maneat, quasi res adhuc extaret *l. si rem, §. vlt. D. de verb. obl.* Et nihil † interest, quomo- 32
do post morā debitoris res pereat, vtrum dolo eius, an culpa, an vero casu fortuito, quem euitare non potuerit. *l. item si verberatum, §. vlt. D. de rei vindicat. l. cum res, § vltim. de legat. tertio.* Nec quisquam hic apud se reputet, iniquum esse debitorem præstare eum casum, cui obsistere non potuerit: aut creditorem id petere, quod habere non potuisset, etsi res restituta esset, quoniam apud creditorem æque erat peritura. Nā huic dubitationi recte occurritur a veteribus iuris auctoribus, optima ratione: quia si res sine mora restituta esset, potuisset creditor æstimationem rei habere, potuit enim vendere & pretium lucrari, quæ ratio prodita est in duobus locis a ma proxime citatis. Moram autem † regulariter facere 33
intelligitur, cum opportuno loco & tempore interpellatus non restituit, aut præstat rem quam debuit, *l. moram, D. de vsufru. l. si ex leg. caussa. de verb. ob.* De mora nihil excipi, *ad l. 1. supr. commod.* Sed solam culpam debitoris, propterea, quod generalis culpæ species est mora, *d. l. si seruum. § sequitur. D. de verb. oblig.* Sed huius generis species sunt duæ culpæ, quas hic nominatim comprehendimus.

Ad extremum † quoque conuentione fit, vt de- 34
bitor casus fortuitos pręstare debeat, si initio conuenerit, vt casus fortuitos præstaret, non solum si erit commodatarius aut creditor qui initio conuenerit de re pignorata, sed etiam si in deposito idem conuenerit, vt depositarius periculum omne præstaret, *l. 1. supr. commod hac l. & l. legitur. §. si paciscar. D. de pactis.* Hic opponitur natura horum contractuum, quę facit, vt casus fortuiti præstandi nōn sint vllo iudicio, *leg. contractus, de regul. iur. l. sicut certe. §. nunc videndum & seqq. D. commod.* Ad hoc diluendum veteres hac ratione vtuntur: Contractus ex conuentione legem accipiat, *leg. 1. §. si conuenerit. D. depos. dict. leg. contractus, de regul. iur.* Sensus est, nihil fieri contra naturam & formam contractuum hac conuentione, vt proinde consequens sit, vt si quid hic secundum conuentionem fiat, maxime videatur fieri secundum formam & naturam contractus. Sed diligenter hic notandum est, eiusmodi conuentione effici, vt casus præstentur si conuentio initio, id est, in re contrahenda interposita fuerit Hoc initio nominatim additum est, nam si postea, seu ex interuallo idem conuenerit, debitor casus fortuitos præstare non debebit Exempli caussa: Equum nominatim tibi commodaui ea lege vt si quo casu & fortuito amisisses, æstimationem mihi redderes. Dedi tibi res quasdam pignori, sed nominatim in dando, dedi ea lege, vt si res periisset, omne periculum ad te pertineret: ex hac conuentione periculum omne præstabis, sed si simpliciter tibi rem ab initio commodaui,

aut rem pignori dedi, deinde post vnum aut alterum diem conuenit, vt tu periculum omne præstares amissionis, sciamus conuentionem nihil egisse, quia non fuit interposita initio.

35 Hoc ex notis regulis iuris de pactis sumtum est: nam † nulla pactio nuda ex interuallo interposita etiam in bonæ fidei iudicio actionem parit. Hæc autem conuentio de casibus fortuitis præstandis eo spectat, vt re casu amissa agere nihil liceat, & æstimationem petere: id superiore nuda conuentione effici non potest. *l. igitur. §. quin iuri. D. de pactis. l. in bonæ, infr. de pact.* Sed si conuentio interposita erit, vt ex continenti seu ab initio, seu quod idem valet in re gerenda & contrahenda, conuentio contractus pars est, & ob hanc caussam, actio, vt ex contractu nascitur iisdem locis. Sed si in contractu conuenit, vt debitor minus præstaret, quam per naturam contractus debet præstare, veluti si in commodato, aut in pignore conuenerit, ne commodatarius aut creditor culpam præstaret, hæc quidem conuentio rata est, vt superior, *l. contractus, de regulis iuris.* Sed hoc interest, quod hæc posterior valet, etiamsi ex interuallo sit interposita: pertinet enim ad debitorem, non obligandum, sed liberandum. Nuda

36 pactio † obligationem non parit, sed parit exceptionem, quandocunque sit interposita, *l. in bonæ, infr. de pactis. l. igitur §. sed cum nulla, D. de pact.*

37 Conuentio † de casu fortuito præstando, duplex est. Generalis, cum generaliter & indefinite conuenit, vt debitor periculum omne præstaret, vel simpliciter, vt casum si fiat præstaret: Et specialis cum simpliciter species casuum expresse sunt, veluti cum conuenit vt commodatarius, si incursu hostium equum amisisset, æstimationem præstaret. Specialem conuentionem de casibus fortuitis præstandis valere inter omnes conuenit, *leg. 1. supr. commod. l.*

38 *4. §. quæsitum, Dig. si quis cautioni.* An † autem generalis valeat quæsitum est, propter *dict. leg. 4. §. quæsitum*, vbi scriptum est: Cum reus in ius vocatus promisit actori, se certo die iudicio staturum, si conuenerit, vt si reus non stetisset, ne vlla obiectio ab eo obiiceretur, id est, si generaliter renuntiauerit omnibus casibus fortitis, vel aliis, quibus fieri potuit, vt iudicio non sisteret, propter quos casus reus iuuari exceptione solet, scriptum est, inquam, in hac specie istiusmodi conuentionem generalem nullius momenti esse, sed ita valere conuentionem, si caussæ propter quas exceptio nascitur, nominatim expressæ sint. Quibus verbis aperte conuentio specialis de casibus fortuitis admittitur, generalis repudiatur.

Respondeo: De hoc loco dicam paulo post: Nunc quod ad contractus attinet, de quibus quæritur, ita statuendum est, sine hæsitatione, vt specialis conuentio de casibus certis præstandis valet, sic & generalem valere, vt si conuenerit, vt debitor casum præstaret, vel periculum omne, eueniet vt quocunque casu res perierit, is casum præstet ex conuentione, non minus quam si is casus qui incidit, simpliciter expressus esset. Exprimitur hæc sententia his locis, *leg. igitur. §. si pacisc. vers. Item si quis. D. de pact. leg. si quis domum, 9. §. Iulianus, alias, leg. si quis fundum, in pr. D. locat. & maxime hac l. in fine.* Hanc sententiam ratio euidens suadet. nam appellatione † generis, species continentur omnes, non mi-

39 nus, quam si simpliciter expressæ essent. *leg. Mæuius, §. duorum, D. de legatis secundo, leg. si seruitus. D. de seruit. vrb. præd.* Et generaliter placuit oratione & conuentione generali, omnes species tam contineri, quam si simpliciter expressæ essent. *leg. qui peculii. D. de pecul. l. iusiurand. quod ex. §. vltim. l. obligatione. de pignor. leg. prima, in pr. D. quod iussu.* Non obstat *lex 4. §. quæsitum. D. si quis cautioni, §. conueneramus.* Nam quod generalis conuentio, & enumeratio casuum fortuitorum illic repudiatur, fit singulari ratione, non propter iudicium tantum, sed propter conuentionem, quæ interponitur in cautione iudicii sistendi caussa facta.

Conuentio † generalis in hoc genere interposita, non valet duabus de caussis. Vna est, quia si quid 40
casu fortuito inciderit, cur Reus iudicio non sisteret, videtur de eo actor non sensisse, côiectura ducta ex fine huius conuentionis. Nam cum actor stipulatur, vt Reus iudicio sistat, & nisi sistat stipulatur pœnam, eamque stipulationem conuentione sequenti confirmat, hæc omnia non intelligitur facere, vt principaliter sibi actionem alicuius pecuniæ acquirat, sed vt metu pœnæ inhibeat tergiuersationem & frustrationem rei, seu faciat, vt is iudicio ad diem adsit, & faciat secum experiundi copiam. At nulla tergiuersatio aut frustratio est rei, vbi reus casu fortuito prohibitus non stitit. Proinde non est mens actoris, vt reus eo casu teneatur. Altera ratio est, quod etiamsi hæc mens sit creditoris, vt omni modo reus teneatur, vbi non stitit, tamen hoc incertum est, & de eo lis esse potest. Iam vero hæc conuentio interponitur litis iam constitutæ, promouendæ & citius finiendæ caussa, proinde conuentio, quæ ea gratia interponitur, certa esse debet, alioqui lis ex lite nascitur, & ex priore lite instituta, nascitur sequentis litis exordium. Hoc autem ius auersatur, *leg. si quis iusiurand. in fin. infra, de rebus credit. leg. quarta, §. ait prætor. D. de re iudic.* Vtraque hæc distinctio est in contractibus, nam cum creditor in contrahendo paciscatur generaliter, vt debitor periculum rei omne, aut casus fortuitos præstet, id agit aperte, vt sic acquirat rei amissæ æstimationem. Deinde, si lis de eo nasceretur, tamen hæc lis ex præcedente non sequitur, sed nascitur ex conuentione, de qua sola nunc lis est.

Regula superiore generaliter constituta, casus fortuitos nullo iudicio præstari, præterquam ob eas caussas, quas exposuimus, responsio aptatur ad creditorem in re pignorata amissa hoc rescripto. Et hinc colligitur re pignorata casu amissa creditorem ob casum non teneri, proinde detrimentum eius non esse, hinc consequens esse detrimentum debitoris, hinc rursus consequens, quod hic exprimitur, vt re pignorata casu amissa, nihilominus creditor integram actionem personæ habeat ad debitum suum petendum. Idem, *in lege pignus, infra.*

*Ad L. 9. Pignus*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Georgio.

*Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. Cum igitur adseueras in horreis pignora deposita: Consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (si tamen*

*tamen in horreis, quibus & alii solebant publice vti, res depositæ sint) personalem actionem debiti reposcendi caussa integram te habere. PP. 6. Nonas Maii. Mediolani. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Creditor, rebus mobilibus pignori acceptis incendio consumtis aut per effractionem horrei ablatis, an teneatur.*
2 *Res casu amissa creditori non perit.*
3 *Pignus si perierit culpa vel dolo creditoris, creditori perit, non debitori.*
4 *Oratio hæc, pignus debitori perit, generalis & indefinita est.*
5 *Falsum ex parte, totam enuntiationem falsam reddit.*
6 *Pignus perire proprie intelligitur, cum casu fortuito perit.*
7 *Culpa facit perpetuari obligationem.*
8 *Pignoris datio dominium & ius debitoris non mutat.*
9 *Pignus manet in bonis debitoris: etiam postquam datum est.*
10 *Res pignorata si perit, cui pereat, eine qui dominus, an qui non est.*
11 *Res promissa si casu fortuito sine culpa promissoris pereat, liberatur debitor.*
12 *Res legata si casu pereat, non perit heredi eidemque domino, sed legatario.*
13 *Res vendita si pereat, emtorine an venditori pereat.*
14 *Res debita si sine culpa debitoris pereat, semper debitor eo interitu liberatur.*
15 *Incommoda quem sequuntur, eundem & commoda sequi debent: & ordine converso.*
16 *Commodum rei cuiusque ad dominum pertinet.*
17 *Tutores, curatores, procuratores, &c. si pecunias, quas collocant, apud eos nummularios deposuerint, qui publice idonei habentur, non tenentur, si postea nummularii foro cedant.*

1 CREDITOR † rebus mobilibus pignori acceptis, vt eas pro diligentia, quam debet, recte asseruaret, deposuit in horreo publico, in quo & reliqui ciues sua asseruare consueuerant. Horreis incendio consumtis, res amissæ sunt; aut latrones horreis effractis, res abstulerunt. Quæsitum est, an eo casu creditor teneretur? Incendium casum fortuitum esse constat: Est & casus fortuitus effractura, quæ vim habet, vt dixi *ad l. fortuitis. supra.* Sed hos casus videtur culpa creditoris prouocasse, qui res pignori obligatas maluit in horreum publicum deponere, quam domi asseruare, quas si domo retinuisset, non periissent illo incendio, aut illa effractura, quæ interuenit.

De hac re consulti Imperatores respondent, primo generaliter de casu, deinde vero specialiter de culpa. De casu nihil aliud definiunt in summa, quam id quod apertius definitum est *in l. cum fortuitis. su-*
2 *pra.* nempe † rem casu amissam creditori non perire, sed creditorem casum fortuitum non præstare, ita euenire, vt res debita pereat. Sed hoc respondent nouis verbis & noua ratione reddita, vnde locus incidit in difficultatem. Verba & rationem expendamus. Sic definiunt, *pignus debitori perire*, si adiicerent conditionem, si pignus casu periisset, sublata esset omnis dubitatio, sed generaliter definiunt & simpliciter pignus debitori perire. Hæc sententia aperte falsa est. nam † si pignus perierit dolo vel culpa creditoris, 3
creditori perit non debitori, *l. si creditor. l. si nulla. supr. hoc tit. l. si cum venderet, §. vlt. ff. eod.*

Si dixerimus, intelligendam esse hanc conditionem, *si res casu perierit*, hoc responso non diluimus obiectionem, sed vitium sententiæ magis confirmamus. Nã † hæc oratio, *pignus debitori perit*, generalis 4
& indefinita est, quæ vim habet vniuersalitatis, *l. si plures. de legat. tertio. l. si ita relictum. in pr. & l. seq. de legat. secundo.* In † omni enuntiatione vniuersali, si 5
quid aliqua ex parte falsum est, totam enuntiationem falsam efficit, vt est Iuliani sententia sumta a Dialecticis *in l. si is qui ducenta. §. vtrum paulo post. ff. de reb. dub.* At non tantum aliqua ex parte falsum est pignus creditori perire, sed etiam maiori ex parte. Nam vno casu tantum pignus perit creditori, nempe si perierit, aut dolo eius aut culpa. Proinde etiam ex superiori responso hæc sententia tota falsa est, pignus perire debitori.

Respondendum; Nihilominus hæc sententia hac conditione accipienda est, si res casu fortuito perierit ex supra scriptis locis, & *l. quæ fortuitis. supr.* Neque ideo falsa aut vitiosa enuntiatio est, quod conditio superior non exprimitur. Etsi enim non exprimitur verbis, tamen ex verbis enuntiationis intelligitur. Hæc enim sententia: *Pignus debitori perit*, continet intra se hanc conditionem, perit debitori, si modo pignus pereat. At † proprie perire pignus intelligi- 6
tur, cum casu fortuito perit: nam vbi perit culpa aut dolo creditoris, prope est, vt nec videatur perire, sed adhuc exstare vt ante, quia † culpa ex regula iuris fa- 7
cit perpetuari obligationem, *l. si rem. §. vlt. l. si seruum. §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Ita verum est, quod initio dixi, hoc loco nihil aliud exprimi, quam creditorem casum fortuitum non præstare, si res pignori data casu perierit, vt sit eadem huius legis sententia *cum l. quæ fortuitis. s.*

Deinde ratio huius sententiæ expendenda est. Aiunt Imperatores, pignus debitori perire ideo, quia pignus in bonis debitoris maneat. Hic vero continetur sententia, quam videmus, & præterea ratio & consecutio præcedentis sententiæ. Sententia aperte vera est, pignus in bonis debitoris manere. Recte *manere*, quia in principio, cum pignus constituitur, est in bonis debitoris; nam aliter pignus esse non potest, *l. quia prædium. ff. si vlt. res pigno. data sit.* Postquam autem † pignus datum est, ea res dominium & ius 8
præcedentis debitoris non mutat. Pignus † enim 9
non proprietatem transfert in creditorem, sed solam & nudam possessionem, *l. cum & sortis. §. vlt. ff. de pignor. act.* manere igitur oportet, quod fuit, neque postea sublatum est. Recte *in bonis*, non vt Accurs. interpretatur in dominio. Nam vt pignus recte constituatur, necesse non est, rem, quæ pignori data est, esse in dominio debitoris; satis est si sit in bonis, non tantum, cuius domini sumus, sed etiam, in quam ius vectigalis & superficiei habemus, quam bona fide possidemus, aut quæ pignori data est. *l. bonorum. de verb. sig.* Quicquid horum iuris habebimus in re aliqua, eam recte pignori dederimus. *l. infra, quæ res pignor. dar. poss. & ll. si alter res.*

Sed ratio † qua Imperatores hic vtuntur & con- 10
secutio vitiosa est; Includit enim ratio hanc sententiam, vt necesse sit rem perire ei, qui eius dominus est, seu qui pro domino habetur, cuius in bonis res est. Nam plena argumentatio rescripti hæc est. Res

quoque domino suo perit, seu ei, cui in bonis est. Pignus creditori datum est in bonis debitoris, non creditoris, proinde si pereat, debitoris periculo perit, non creditoris. Optime concluditur si vera sunt, quæ sumuntur, & ex iis quæ sumuntur assumtio vera est, vt docuimus: sed propositio falsissima est, cum ita statuitur, rem domino suo perire, seu perire ei, cuius est in bonis. Hæc sententia falsa est, primo, quia si accipientis dolo aut culpa res debita perierit, semper perit accipienti, non autem domino qui dedit, vt accidit in re deposita amissa, in re commodata, in re pignori data, in re locata. Quæ omnes si dolo aut culpa accipientium perierint, pereunt non deponenti, non commodanti, non debitori, non locatori, qui omnes domini sunt, sed iis qui acceperunt, qui domini non fuerunt. Iam igitur videmus, quod hic dicitur, *Rem debitori, seu domino deberi*, sic accipiendum esse, si casu pereat, quia cum culpa, aut accipientium aut debitoris perit, magis sit, & videatur adhuc exstare, cum culpa perpetuam faciat obligationem.

Sed rursum etsi dixerimus, rem domino perire, si res casu fortuito amissa sit, nihilominus sententia aperte falsa est, vt probatur in re ex stipulatu debita, in re ex caussa legati debita, in re vendita. Si quis stipu-
11 lanti † rem suam promiserit & res promissa casu fortuito sine culpa promissoris perierit, liberatur debitor. *l. si ex legati caussa. de verb. obl. l. quod te, si cert. pet.* proinde res domino non perit, cum debitor sit idem dominus, sed perit stipulanti, qui dominus non est. Item si testator rem heredis Titio legauerit, nihilominus heres dominus manet, qui prius dominus fuerat, quoniam defunctus dominium transferre non
12 potuit, qui ipse dominus non fuit. Si deinde † casu res legata perierit, non perit heredi, eidemque domino, sed legatario, qui dominus non est, quoniam eo casu heres liberatur. *d. l. si ex mandati. ff. de verb. ob-*
13 *lig.* Similiter † cum quis rem suam vendidit, priusquam res tradita sit, venditor rei dominus manet, quin & dominus manet, etiamsi rem tradiderit emtori, nec dum ei pretium solutum sit, aut fidem habuerit de pretio, *§. venditæ. Instit. de rerum diu.* Et tamen si res vendita casu pereat, emtori perit, non etiam venditori. *§. cum autem. Instit. de emt. & vendit.* Non ergo res perit domino, sed ei qui dominus non est. Respondeo, hæc exempla nos admonent, ita se rem habere, vt non definiatur recte in vniuersum rem domino suo perire, sed recte definiatur hoc modo. Res domino suo periit, ei ve qui pro domino habetur, si idem est dominus & creditor in ea re, vt accidit in re deposita, commodata, locata, pignori obligata. In quibus omnibus dominus est rei, idemque & creditor est, id est, is, cui res restitui ex obligatione debet: in his omnibus recte dicitur; Si res debita casu pereat, eam perire domino, quia & idem creditor est, qui dominus. Exemplo est pignus, de quo nunc agitur. Si pignus casu fortuito perierit, perit debitori, quia debitor non solum dominus est, sed etiam in re pignorata repetenda creditor est. Debitor dicitur habita ratione sortis quam debet, sed cum pignoratitia excipitur de pignore, creditor est, & qui in sorte creditor erat, in pignore restituendo, debitor est: obligatur enim re, vt eandem rem restituat, *§. vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* At si idem rei venditæ dominus est & eius rei debitor, nunquam hæc res domino perit, sed semper aduersario, vt in illis speciebus patet, quas supra recensuimus.

Id autem † ex eo efficitur, quia regula est iuris per- 14
petui & certi; si res debita sine culpa debitoris perierit, semper debitorem eo interitu liberari. Ex quo euenit, vt periculum non sit debitoris, sed creditoris, *d. l. quod te. ff. si cert. pet. d. l. si ex legati, de verb. oblig.* secundum quam regulam eueniet, vt si is qui debitor est, dominus non sit, sed dominus sit creditor, tum recte dicamus rem domino perire, quia idem est creditor. Contra vero si debitor idem & dominus sit, commutatur ratio superior, & fit, vt res pereat, non domino sed creditori, quia dominus non est. Nam aduersatur hic locus. Non enim generaliter ex hoc rescripto colligitur rem perire domino, seu ei, cuius est in bonis. Sed hoc solum colligitur, rem perire domino; Si quis dominus sit talis, qualis est debitor in pignore, id est, si idem dominus sit & creditor, vt sit argumentatio huius loci: *Res perit ei cuius in bonis est, si idem in ea re creditor est. At pignus est in bonis debitoris, & ita in bonis, vt idem dominus sortis sit creditor in eo pignore repetendo,* ex quo efficitur, *pignus ei perire.*

Sed hic occurritur. Si res perit domino tantum ei, qui & idem creditor est, non debuit dici rem domino perire, sed perire creditori. Respondeo, vtrumque recte dicitur. Nam cum quis rei debitæ & dominus est & creditor, si res casu pereat, duabus de caussis ei perit, vna quæ necessaria est, altera quæ æquitatem continet magis quam necessitatem. Perit ei primo, quia creditor est, idque necessario: nam necesse est, res debita quæ periit, aut debitori pereat, aut creditori. Effectum est eam debitori non perire, quia casu liberatur, ex quo consequens est, necessario perire creditori. Sed præterea etiam periit ei hac ratione, quia dominus est. Quemadmodum enim secundum naturam est, vt † si incommoda alicuius rei ali- 15
quem sequuntur, eundem sequantur & commoda, *l. secundum. de reg. iur.* Ita ordine conuerso, accidit, vt si commoda alicuius rei ad aliquem pertineant, etiam periculum & incommodum rei eum sequantur. *l. vn. §. cumque, in fin. ff. de rei & verb. act. l. vnica. §. in nouissimo, infra de cad. toll.* Commodum † autem rei cu- 16
iusque & fructus ad dominum pertinent, *l. qui scit. in pr. §. 1. ff. de vsur.* Quo fit vt recte constituatur etiam periculum rei ad eum pertinere.

Hæc de casu. De culpa respondent Imperatores, culpam in proposito interuenisse non videri, tametsi creditor rem domi suæ non asseruarit, quia etsi deposuit rem in horrea aliena, tamen posuit vbi publice alii res suas asseruare solent. Non obstat quod dicitur *in §. item. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* commodatarium cui res commodata est, culpa videri fecisse, si maluit rem secum ferre peregre profectus & in latrones incidit, aut naufragio rem amisit. Nam aliud est rem suam ferre peregre proficiscentem, vbi nulla facta custodia est; aliud deponere in locum, qui publice tutus habeatur.

Hinc colligimus vtilem definitionem diligentiæ & custodiæ in rebus debitis asseruandis. Quicquid in rebus asseruandis publice homines diligentes facere solent, si a nobis factum sit, & recte & ex officio boni patrisfamilias factum videri, vt proinde si quid postea casu accidat, simus extra culpam, & casum non præstemus. Huc non incommode referri potest, *l. 3. in pr. ad Senatusconf. Mac.* Hunc † locum recte mo- 17
net Bart. notandum esse in constitutione quotidiana pro tutoribus, curatoribus, procuratoribus, qui pecunias, quas pro officio collocare debent, ne sint otiosæ,

tiosæ, collocant apud nummularios & argentarios, nam si apud eos nummularios deposuerint, qui publice idonei habentur, apud quos alii ciues publice suas pecunias collocant, recte & ex officio bonorum patrumfamilias pecunias collocatas videri, hinc consentaneum est eos non teneri, si quando nummularii foro cedant, vt iuris auctores loquuntur *in l. si hominem. §. quoties ff. depos.*

Re igitur pignorata ita pereunte, vt hic propositum est, consequens est, pignus debitori perire, vt est propositum. Huius interitus hic effectus est, qui subiicitur in fine rescripti, vt interitus hic sine vllo damno creditoris contingat, proinde simul creditor liberetur pignoratitia actione, & nihilominus, actionem debiti personalem aduersus debitorem integram habeat, quod comprehensum est *in d. l. qui fortuitis.* 5.

*Ad L. Nec creditores. 10.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Apollodoræ.

*Nec creditores, nec qui his successerunt, aduersus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata & consignata & deposita, longi temporis præscriptione muniri possunt. Vnde intelligis, quod, si originem rei probare potes, aduersario tenente vindicare dominium debes. vt autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti; vel si tu teneas per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: & tibi non erit difficilis, vel solutione, vel oblatione, atque solemni depositione pignoris liberatio. Dat. Nonis Maii ipsis CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Debitori quando de restituendo pignore agere liceat.*
2 *Pecunia tunc proprie soluta intelligitur, cum naturaliter numerata est creditori, liberationis caussa.*
3 *Compensatio vim habet solutionis.*
4 *Obsignatio & depositio pecuniæ in solutionem & liberationem cognoscuntur.*
5 *Depositio pecuniæ solemnis quæ sit.*
6 *Conditio, si pecunia soluta sit, pro impleta habetur, si a debitore pignoratitia agente, pecunia in iudicio offeratur, & per creditorem stet, quo minus accipiat.*
7 *Actio pignoratitia vt nascatur, pecunia omnis soluta esse debet.*
8 *Satisfacere est creditorem contentum reddere in eo, quod a nobis petit.*
9 *Satisfactionis capita duo.*
10 *De pignore quandiu agere liceat. & an actor præscriptione longi temporis submoueri possit.*
*Creditor cur non possit muniri aduersus debitorem res pignoratas repetentem, longi temporis præscriptione: cur nec eius successor possit. & nu. 17.*
11 *Præscriptio temporis, exceptio est.*
12 *Actiones personales omnes paucis quibusdam exceptis intra 30. annos dantur.*
13 *Ad præscriptionem longi temporis inducendam, quæ concurrere debeant.*
14 *Possidere in vsu iuris is dicitur, qui effectu & opinione domini tenet.*
15 *Iustus titulus in rebus acquirendis ea caussa est, ex qua dominium acquiri solet.*
16 *Titulus pignoris dominium non transfert, sed solam & nudam rei detentionem.*
18 *Heres seu vniuersi iuris successor in vitia auctoris sui succedit, & eodem iure vtitur.*
19 *Successores singulares vt successores præscriptione non vtuntur: ex persona sua vtuntur.*
20 *Longissima præscriptio hic quæ sit.*
21 *Vindicatio actionem in rem significat.*
22 *Originem rei probare quid denotet.*
23 *Actionem in rem quæ pariant.*
24 *Actio in rem non datur nisi aduersus possidentem, aut eum, qui pro possessore habetur.*
25 *Creditor pignus persequens aut dum possidet retinere volens, cogitur probare pecuniam sibi debitam esse, cuius nomine pignus constitutum est.*
26 *Pignus est res omnis pro debito obligata.*

HVIVS rescripti tria sunt capita. I. Quando debitori de pignore sibi restituendo aduersus creditorem & eius heredes agere liceat. II. Quamdiu liceat, & an præscriptione longi temporis remoueri debitor possit. III. Quæ sint in eam rem debitori actiones.

Primo : Constat creditorem re obligari debitori,
vt aliquando pignus reposcenti reddat, in eamque
rem comparata est pignoratitia actio. *l. pact. supr. §.*
*vlt. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Hoc † quia iuris certi 1
est, hic prætermissum est, & primo quæritur, quan-
do de pignore restituendo debitori agere liceat? Et
respondetur, agere licere cum pecunia soluta est a
debitore creditori. Item *in pr. l. penult. & vlt. infra.*
Sumtum est ex edicto prætoris *in l. si rem. §. omnis. ff.*
*de pig. act.* Soluta † pecunia proprie tunc intelligitur, 2
cum naturaliter numerata est creditori, liberationis
caussa, *l. solutum. ff. de solut.* Sed numeratæ huius vim
habet, si creditor quid ex pignore percepit, nam id
in sortem imputari debet, & cum debito compensa-
ri. Compensatio † autem solutionis vim habet, *l. 4.* 3
*de compens. infr.* Hinc est quod dicitur *in l. vlt. hic.* si
creditor fructus ex re pignorata percipit, fructus
primum in sortem computandos, deinde si reli-
quum soluatur, nasci liberationem pignoris. Hoc eo
dicitur, quia imputatio fructuum, compensatio so-
lutionis est, vt dixi. Sed etsi neque pecunia numerata
sit creditori, neque creditor vllam pecuniam debi-
tori vicissim debeat, tamen solutionis vim habet pe-
cuniæ debitæ oblatio, si modo hæc concurrant, vt
creditore pecuniam oblatam recusante, debitor pe-
cuniam sacculo aut alia re includat, inclusam obsi-
gnet, obsignatã deponat solemniter. Obsignatio &
depositio † in solutionem & liberationem cogno- 4
scuntur, *hac l. in pr. l. int. infr. l. accept. infr. de vsur. l. si pi-*
*gnus. infr. de distract. pig. l. 2. infr. rebus venditis.* Exigitur
pecuniæ depositio, non omnis aut quælibet, sed so-
lemnis, vt est in extremo huius rescripti. Solemnem
accipere † debemus, cum pecunia deponitur, vbi 5
pecuniæ more publico deponi solent, si quis talis a-
liquis sit locus, aut si deponitur in eum locum, in
quem idoneus magistratus iussit deponi. Hoc sic ex-
plicatur *in d. l. acceptam. infr. de vsur.*

Ergo recusante creditore, ad pignoris liberationem non est satis, pecuniam tantum obtulisse creditori, nisi superiora accesserint, hoc est, nisi pecunia a debitore pignoratitia agente, offeratur creditori in iudicio *l. si rem. §. vlt. ff. de pig. act.* Quod per interpretationem edicti ita effectum est: nam pignoratitia

6 proposita est edicto, sub conditione, si † pecunia sit soluta. Hæc conditio pro impleta habetur, si a debitore pignoratitia agente, pecunia in iudicio offeratur, & per creditorem stet, quo minus accipiat, *l. in*
7 *iure. de reg. iur.* Sed † pecunia omnis soluta esse debet, vt nascatur actio pignoratitia. *d. l. si rem. §. omnis. ff. de pig act.* Si vel tantillum superest ex debito, pignus in solidum obligatum manet, & totum retineri ac totum vendi potest. *l. quamdiu. infr. de distract. pign. l. vlt. infr. de vend. pig.*

Adiicitur in edicto & altera conditio, vt pignus liberetur non tantum, si pecunia omnis soluta erit, sed etiam si erit creditori eo nomine satisfactum. *d. l. si rem. §. omnis. ff. de pignor. act. l. item. ff. quib. mod. pig. vel*
8 *hypoth.* Satisfacere † est creditorē contentum reddere in eo, quod a nobis petit. *l. 1. ff. qui satisdare cog.* Ita-
9 que † satisfactionis duo sunt capita. Vnum, cum creditor sponte, sine solutione liberat debitorem, vel numeratione vel acceptilatione, vel pacto cōuento: Alterum caput est, cum principali obligatione integra manente, sponte discedit a pignore, vel paciscens ne amplius res sit pignori, vel pro pignore alias res accipiens, veluti alia pignora aut fideiussores. Hæc probantur *in d. l. si rem. §. omnis & 2. l. seqq. de pignor. act. l. soluitur, & l. item. ff. quibus mod. pig. vel hypoth.*

10 Secundum † caput esse dixi, quamdiu de pignore agere liceat, & an actor præscriptione longi temporis submoueri possit. Hic scriptum est in pr. pignore liberato, ita, vt supra dixi, creditor aduersus debitorem res pignoratas repetentem, nulla præscriptione longi temporis muniri potest, nec successor eius, nisi rem sine interpellatione iuste possedit. Præscri-
11 ptio † temporis, exceptio est *l. super, infr. de præscript. long. temp.* Nascitur hæc prescriptio ex ea possessione, quam dixi, *l. vlt. infr. de præscr. long. temp.* Longum ex vsu iuris hic intelligitur decem annorum. Interdum præscriptio viginti annis absoluitur, *l. pen. & vlt. infr. de præscript. longi temp.* Recte dicitur hac præscriptione, creditores muniri non posse aduersus debitores res pignoratas repetentes: aut enim debitor, pignoratitia aget, aut res pignoratas vt suas vindicabit. Pignoratitia si agat, pignoratitia remoueri non potest: nam pignoratitia actio, est actio in personam, puta ex obligatione, *§. vlt. Instit. quib. mod. re cont. obl. l. vlt.*
12 *infr. de distract. pig.* Omnes † actiones personales paucis quibusdam exceptis, intra triginta annos dantur. *l. 2. circa med. infr. de const. pœn.*

Quod si creditor res pignoratas vindicabit, id est, in rem actione aget, ideo creditor eum præscriptione longi temporis submouere non potest, quia vt res
13 præscriptione † longi temporis acquiratur aut retineatur, tria hæc concurrant oportet. Primo, vt qui præscriptione vtitur, rem possederit per tot annos, deinde, vt possederit iusto titulo, tum vt possidere cœperit bona fide. Possessio exigitur, *in l. 1.* Titulus, *in l. 4.* bona fides *in l. 2. infr. de præscrip. long. temp.* Et hęc omnia *in l. vn. infr. de vsur. transfer.* Creditor etsi bona fide res pignoratas tenet, tamen die illi desti-
14 nata primo, rem pignoratam non possidet; Is † enim possidere in vsu iuris dicitur, qui effectu & opinione domini tenet, *l. 2. ff. qui satisd. cog. §. item plac. Inst. per quas person.* At creditor non possidet rem pignoratam vt suam sed vt alienam. Ideo non possidet. Qua ratione dicitur rem pignoratam vsucapere non posse *in l. pignori. ff. de vsur. & vsucap.* Deinde creditor rem pignoratam nullo iusto titulo possidet; iustum enim † titulum in rebus acquirendis intelligimus 15
eam caussam, ex qua dominium acquiri solet, *Instit. de vsuc. in prin.* At † titulus pignoris dominium non 16
transfert, sed solam & nudam rei detentionem. *l. cum & sortis. §. vlt. ff. de pig. act.* Non est igitur hic iustus titulus. His de caussis præscriptione longi temporis creditor muniri non potest aduersus debitorem res pignoratas repetentem, quacunque actione debitor experiatur, siue in rem, siue in personam.

Additur in rescripto; Nec † successores creditoris 17
ea præscriptione muniri posse. Quod si de heredibus suis vniuersitatis successoribus dicitur, recte dicitur. Ita successio vniuersitatis, non est idoneus titulus, vt succeditur ei, qui ipse præscriptione acquirere non potuit, *l. 4. infr. de præscript. long. temp.* Ratio, rationis hæc est, quia † heres seu vniuersi iuris succes- 18
sor, in vitia auctoris sui succedit, & eodem iure vtitur. *l. qui in ius. de reg. iur. l. vitia. infr. de acquir. poss.* Sed successores singulares intelligimus, veluti eos, qui a creditoribus euenerunt aut ex donationis caussa, aut alia rem acceperunt. Idem quoque verum est, & recte dicitur hos præscriptione longi temporis muniri non posse si hac præscriptione vt successores vtantur. *l. an vitiū. ff. de long. temp. præscrip.* Hic enim de successoribus loquimur. Quod si singulares † successores 19
ex persona sua, numerant annos, & præscriptione vtantur, præscriptione vti non prohibentur. *d. l. an vitium.* Idque eo fit, quia ratio superior, qua vsi sumus, commutatur. nam qui incipiunt rem tenere pro sua, id est, possidere, & possidere ex iusta caussa, & simul bona fide, quæ omnia in præscriptione concurrunt, iis præscriptio longi temporis tribuitur, vt dixi. Quod tamen accipiendum est cum ea distinctione, quæ postea inducta est *in Auth. mala fid. infr. de præscript. long. temp.*

Recte autem dictum est, creditores non posse muniri præscriptione lōgi temporis: nam longissimi temporis præscriptione omnes & debitores, & possessores muniuntur. *l. sicut. infr. de præscript. long. temp.* Longissimam hic † vocamus 30. annorum spatium. 20
Ita in summa actio, quæ de pignore repetendo aduersus creditorem competit, siue ea sit pignoratitia, siue in rem, perpetuo competit, id est, vsque ad 30. annos.

Tertio proponitur actio, qua commodissime debitor possit experiri de pignore restituendo, idque in vers. *vnde intelligit.* Aiunt igitur Imperatores, debitorem dominium vindicare debere, id est, in rem agere debere, & rem repetere tanquam suam. Nam vindicatio † actionem in rem significat qua rem no- 21
stram esse intendimus, *§. appellamus. Instit. de act.* Volunt enim eum dominium vindicare duabus conditionibus. I. aduersario tenente, id est, si aduersarius res pignoratas teneat, possideat. Nam ablatiui absoluti resoluuntur in eiusmodi conditiones, *l. a testatorib. ff. de cond.* Altera conditio est, si debitor originem rei probare potest. Originem rei † sic accipere debe- 22
mus, vt originem dominii, vt sit sensus; Eum debere rem vindicare, si probare possit, se esse dominum, quod ita fit, si probat originem dominii, id est, vnde & a quibus ipse dominium acquisierit. Nam recte tantummodo dominia rerum iure acquiruntur, veluti si doceat se eas res emisse, aut ex alia iusta caussa accepisse ab eo, qui dominus erat, vt indicatur *in l. cum res. infr. de probat.* Itaque origine rei hic non intelligimus originem pignoris constituti, vt debitor

pro-

probet, se eas res, quas vindicat, pignori dedisse creditori. Nam hæc allegatio & probatio ad vindicationem nihil pertinet, quod natura vindicationis & actionis in rem declarabit.

23 Nam duæ res† actionem in rẽ pariunt actori. Vna est in psona eius, qui cõuenitur, ea est, vt is possideat,
24 vel dolo malo desierit possidere. Nam † actio in rem non datur, nisi aduersus possidentem, aut eum, qui pro possessore habetur, *l. qui petitor. ff. de rei vind. l. action. ff. de obl. & act.* vnde dictum est, possessorem in rem parere actionem aduersario, nempe ex parte rei. *l. vn. ℑ. de al. iud. ca.* Altera res & caussa huius actionis est in actore: ea est, vt is, qui rem vindicat, sit eius rei dominus, *l. in rem. ff. de rei vind. §. 1. §. sed in act. vers. namq. Insti. de act.* Itaque qui in rẽ actione experitur, iure ciuili se dominum intendere debet, & quia intendit, probare quoque debet, quod sit probata rei, id est, domini origine. Recte igitur rei originem, hic originẽ domini interpretamur, quo significatur, debitorẽ res a se pignoratas vindicantẽ, probare debere se dominũ esse, si creditor negetur esse dominus.

Hoc loco opponitur *l. si rem. §. is quoq. ff. de pig. act.* vbi scribitur, *pignoratitiam actionem ei competere, qui rem pignori dedit, etsi dederit alienam.* Quibus verbis significatur, debitori res pignoratitia actione repetenti, creditorem non posse referre quęstionẽ dominii, id est, non posse eũ dicere: *Tu non es dominus,* aut si dicat, debitorẽ hac exceptione nõ remoueri; quo fit vt nec debitor dominiũ rei necesse habeat probare. Respon. Hæc vera sunt, cũ pignoratitia agitur, de qua in infra scripto loco agitur: nam debitor nihilominus pignoratitia agit, etiãsi nihil amplius intendat, quã se rẽ pignori dedisse creditori. Hoc igitur solũ probare debet. Potuit autẽ etiam pignori dare rẽ alienam, & creditor quamcunq; acceperit ei obligatur, vt eã restituat pecunia soluta, *§. vlt. Inst. quib. mod. re cõtr.* Nos autem hic loquimur de eo debitore, qui rem pignoratitiam non pignoratitia actione repetit, sed qui eã vindicat. hic vt repetat suam, cum suam esse intendat, etiam probare debet, si negetur dominus esse, & nisi probet, fit locus regulæ iuris; actore non probante reum absolui, etiamsi possessor nihil pręstiterit, atque adeo nullam iustam tenendi caussam habeat, *l. vlt. ℑ. de rei vind.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur, creditorem dominii quæstionem referre non posse, quemadmodum ne vllus p. test; qui ad rem restituendam, quam acceperat, obligatur, *l. ita vt. ff. commodat.* Hoc enim recte dicitur, cum res repetitur vt data, idque actione in personam, aliud est cum repetitur vt nostra, in quo iudicio creditor non quæritur, vt creditor, sed vt possessor.

Sed sententia Imperatorum, vt concepta est illis verbis, *vnde intelligitur,* duo vitia manifesta videtur continere. Nam primo dicunt, debitorem vt res pignoratas ad se recuperet, debere dominium vindicare. Quo vocabulo necessitas vindicandi significatur, & hanc necessitatem colligunt ex præcedentibus: sic enim inferunt; *Vnde intelligitur, quod dominium vindicare debet.* Hoc vero male infertur ex præcedentibus: nam prius dixerunt, res pignori obligatas repeti posse, cum pecunia soluta sit, & creditorem aduersus hanc repetitionem, nulla præscriptione longi temporis muniri posse. Ex his recte colligitur, posse debitorem eas res vindicare, vel alio modo repetere actione intra 30. annos. Eum autem propterea rem domino vindicare, id est, nec habere id facere, id vero ex prioribus illis non efficitur. Nam quia actionem habet, experiri potest, si vult. Ceterum nemo agere debet, id est, nemo agere cogitur, *l. vn. ℑ.* vt rem vniuersam agendo accipiat. Respõdeo: Prima collectio ex præcedentibus est, debitorem intra 30. annos de re sua agere posse caussam vindicando. Secunda collectio est ea, quæ hic ponitur, vt id facere debeat, si sibi consultum vult: nam hoc si vult, necesse habet dominium vindicare, si modo dominiũ probare potest.

Sed hoc rursum incidit in aliud vitium: nam etiamsi debitor non habeat aliqua actione experiri, vt sibi consulat, tamen non debet dominium propterea vindicare. Nam potest rem repetere alia actione; nempe pignoratitia, quæ proprie de pignore repetendo competit, *l. pen. ℑ.* Et videtur ea non minus commode debitorem experiri posse, nam in ea non habet necesse probare se dominum, vt in vindicatione. Respondeo, tota hæc illatio accipi debet, vt ab Imperatoribus iis accipitur, qui responso suo debitori cauere volunt. Proinde sic tota illatio accipienda est; quasi dicant: Debitorem si maxime & optime sibi consultũ velit, debere non pignoratitia experiri, sed dominiũ vindicare, si modo pbare originem dominii possit. Hæc eo dicunt, quia si debitor originem dominii probare potest, consultius faciet, si dominiũ vindicet, quam si pignoratitia experiatur, & ad pignus probandum sequatur actionem in rem, cum hac actione debitore rem suam esse probante necesse habeat creditor, idemq; possessor statim rem restituere, si nulla exceptione vtatur. *l. efficitur. de rei vind.*

Sed & si aliqua exceptione vtatur, non potest alia, quam si dicat se pręscriptione longi temporis tutum esse. At hac exceptione defendi non potest. Nam vt defendatur, necesse est vt iusto titulo possederit, *l. 4. ℑ. de præscript. long. temp.* Creditor nullum alium titulum allegare potest, quam vt dicat res sibi pignori esse datas. Hic titulus iustus non est, vt supra ostendimus, proinde præscriptione longi temporis vti non potest. Accedit ad eam defensionem hoc incommodum creditori, quod si dicat, res sibi pignoratas probare debet se creditorem esse, & sibi pecuniam deberi, vt faceret, si ipse pignus sibi datũ aduersus possessores vindicaret, id est, peteret actione hypothecaria, quę actio in rem est. *l. pignoris. ff. de pig.* & ob id ipsum quoq; vindicatio pignoris appellatur, *l. si fundus. §. in vindicatione. ff. de pig.* Summa est: Sẽper † cre- 25
ditor pignus persequens, aut dum possidet retinere volens, cogetur probare sibi pecuniam debitam esse, cuius nomine pignus constitutum est. Id defenditur ex definitione pignoris: nam pignus † est res omnis 26
pro debito obligata, *§. item Seruiana. Inst. de act.* Qui igitur pignus sibi constitutum intendit, vel agendo vel excipiendo, non solum probare debet rem sibi obligatam ab eo, cuius in bonis fuit, *l. & contra non. §. 1. ff. de pig.* sed etiam probare rem esse obligatam pro debito, seu pro eo quod ipsi debetur, nam pignus principalis obligationis præcedentis accommodatio est, *l. res hypoth. ff. de pig.*

Quod si creditor pecuniam sibi debitam recusauerit, tamẽ debitor laborare nõ debet nec metuere, quo minus vindicando rem suam consequatur. Potest enim pecuniam creditori offerre, & ita pignus liberare. Hæc commoditas non eadem est in pignoratitia actione. Nã debitor ad pignus agens vltro cõfitetur, se pecuniam debuisse, aut certe pro debita habuisse, hoc ipso quod fatetur, se pignus dedisse. Nam

iam dixi, pignus continere vi sua obligationem principalem, præcedere pro quo obligatum est. Maior ergo vtilitas & commoditas suum consequendi cum sit in dominio rei vindicando, merito responderunt Imperatores, debitorem si optime sibi consultum vellet, & dominium probare posset, debere dominium vindicare, cum in ea actione non habeat necesse de debito confiteri. Notemus semper hoc dici sub conditione, si debitor originem dominii probare possit. Ceterum si non potest, tutius est hoc casu pignoratitia experiri, quam dominium vindicare. cum is qui vindicat, dominium probare debeat; is qui actione pignoratitia experitur, non debeat.

*Ad L. Pignoris. penult.*

*Pignoris caussa res obligatas, soluto debito restituere debere, pignoratitiæ actionis natura declarat. Quo iure, si titulo pignoris obligasti mancipia, per eandem actionem vti potes: nec creditor citra conuentionem vel præsidalem iussionem debiti caussa res debitoris arbitrio suo auferre potest. Dat. V. Kal. Ianuar. Sirmii, ipsis CC. & Coss.*

SVMMARIA.

1 *Pecunia a debitore soluta si creditor res pignoratas non restituat reposcenti debitori, an possit iure suo res creditori auferre.*
2 *Debitor rem pignori datam creditori aliter auferre non potest, quam pignoratitia actione agendo.*
3 *Creditor si abstulerit quippiam debitori suo, rem restituere & præterea eius rei æstimationem debet.*
4 *Creditori non licet rem suam auferre, nisi aut ita conuenerit, aut præsidiali iussione fiat.*
5 *Auferendi suum vna legitima & ordinaria via.*
6 *Conuentione quomodo creditor rem auferat: quomodo item per iussionem præsidialem. & nu. 9.*
7 *Creditor an propter conuentionem pignus auferre possit, ita vt non incidat in pœnam leg. Iul. de vi public. & priuat.*
8 *Possessio iniusta dicitur, qua quis ingreditur sine domini tradentis voluntate.*

1 PECVNIA † a debitore soluta, si creditor res pignoratas non restituat reposcenti debitori, consuluit debitor, an non possit iure suo res creditori auferre, cum sint eius, & pignus liberatum sit? Respondent Imperatores non posse, quæ summa est, ad quid hoc rescriptum referri debeat, atq; ita docent: Soluto debito pignoris actio iure constituta est ad pignus repetendum, de quo supra dixi *l. præcedent. in pr.* Hac actione, si debitor vult, vti potest. Quo significat Imperatores, legitimam & ordinariam viam pignoris consequend. hanc esse, vt actione pignoratitia experiatur. Ceterum alio modo, id est, sua auctoritate rem auferre non posse.

Id probant Imperatores argumento creditoris, in illis verbis, *Nec creditor, &c.* Quæ verba sic interpretanda sunt, vt noua sententia subiiciatur, non cohærens particula coniunctiua cum præcedentibus, sitque hic sensus: *Non creditor*, id est, *nec creditor quidem pignus sibi obligatum suo arbitrio auferre potest.* In quo inest argumentum a maiore. Nam creditor in pignore persequendo plus iuris habet, quam debitor, quamuis debitor sit dominus. Nam & aduersus debitorem ipsum, si creditor hypothecaria agat, res ei restitui debet. *l. si inter. §. vlt. ff. de pignor.* At creditor pignus auferre non potest propria auctoritate, sed hypothecaria actione tantum agendo. Proinde nec debitor † rem pignori creditori datam aliter auferre potest, quam pignoratitia actione agendo, aut rem vindicando, vt dictum est *s. in l præced.* 2

Hoc rescripto exprimitur ea sententia, quæ apertius comprehensa est, *in l. exstat. ff. quod metus caussa.* quæ est: Eum qui actionem habet ad rem petendam, actionibus suis apud iudicem experiri debere, non autem sibi ius in ea dicere, id est, eam rem sua auctoritate auferre. Si contra faciat, pœna hæc est: vt creditor id ius creditoris amittat. Noua etiam pœna addita est constitutioni, vt si debitor rem suam auferat creditori per vim, ablatum non solum creditori restituere debeat, sed etiam eius rei dominium amittat. Quod si is, qui abstulit, dominus non sit, veluti si creditor † abstulerit vi debitori suo, iubetur debitori eam rem restituere & præterea eius rei æstimationem, *l. si quis in tantum. ]. vnde vi.* 3

Sed adiiciunt † hic exceptiones, diligenter obseruandas, quibus fit potestas creditori rem suam auferendi. Cum enim dicitur eum non posse rem auferre, citra conuentionem & præsidialem iussionem, aperte declaratur eum posse auferre duobus hisce casibus, si aut conuentio interuenerit, vt auferre liceret, aut præsidiali iussione res aufertur. Cum creditor hypothecaria actione pignus persequitur apud iudicem, & per traditionem pignus aufert. Hæc enim † vna & legitima & ordinaria via est suum auferendi, *l. exstat. §. quod metus caussa.* Huius iudicii hic est exitus, iubet iudex debitorem aut possessorem pignoris pignus restituere creditori, si iussus non restituit, & pignus apud eum exstat, tunc interim res possessori aufertur, & ita creditor per iudicem rem aufert, *l. qui restituere. ff. de rei vind.* Si res apud eum non exstat, sed dolo desiit possideri, lis aduersus possessorem æstimatur iureiurando actoris, & in tantam æstimationem possessor condemnatur, *l. qui restituere. de rei vindic. l. si fructus. §. in vindicatione. ff. de pign.* Hoc periculum metuens possessor rem suo consilio vltro restituit actori, ita actor metu huius iudicii rem suam aufert, prius autem a iudice seu metu iussus. 4 5

Conuentione autem † rem aufert creditor, cum conuenit vt creditori pignus sua auctoritate sumere liceret, & creditor hac conuentione vsus pignus sua auctoritate aufert, si res mobilis est, aut sua auctoritate ingreditur, si res est soli, *l. 3. ]. de pig.* Quod dicitur per præsidialem iussionem pignus auferri posse eo modo, quo supra dictum est, certi iuris est. Quod autem † dicitur propter conuentionem superiorem pignus posse auferri, falsum esse videtur. Nam propter hanc conuentionem creditor vi pignus auferre non potest sed si abstulerit, incidit in pœnam, *l. si quis tantum infr. vnde vi. l. exstat. ff. quod metus caussa.* Quibus locis pœnæ statuuntur aduersus eos, qui vi res suas abstulerunt. Incidit enim debitor in pœnas Iulias, de vi publica & priuata, *§. item. l. Iulia de vi. Inst. de pub. iud.* Nec conuentio debitori patrocinabitur, nam hæc conuentio, vt vim facere liceat, seu quod creditor ob rem amotam non teneatur, est contra bonos mores, ideo perinde habetur, quasi interposita non esset, *l. illud ff. de pact. dot.* 6 7

Hæc vera sunt, si creditor vi pignus extorqueat. Quod igitur dicitur, *creditorem ex conuentione pignus auferre posse*, sic intelligendum est, si sine vi auferat, sua auctoritate, puta vel ignorante debitore, vel sciente quidem, sed annuente, non autem vi reluctante, tunc enim creditor conuentione ita defenditur,

vt

vt rem ita auferens non videatur vim facere, vt est *in l.3.supr.de pig.* Huius rei effectus hic est, vt quoniam vim non videtur facere, non incidat in pœnas, *l. extat. & l.si quis, vnde vi.* Et rursus etiam siue non vt creditor sua auctoritate ingredi posset, scriptum est, eum nihilominus per præsidem debere ingredi possessionem, quod verbum potestatis est & significat, si sine præside possessionem creditor nactus sit, impune non esse, quando quis ingressus sit secundum conuentionem. Docui *ad l.3.de pig.* & hoc quoque posterius verum esse, neque tamen inter sese hæc esse contraria. Sic autem conciliantur ista. Creditor secundum conuentionem sua auctoritate ingressus possessionem, vim non facit, & ad hoc conuentio illi profuit, vt illic scriptum est. Hæc res facit, ne teneatur supra scriptis pœnis, de quibus dixi. Et tamen idem sua auctoritate possessionem ingredi non debet, & si fecerit, pœna constituta est ingredienti. Sed hæc pœna est, vt non videatur vim fecisse, non vt teneatur superioribus pœnis aduersus vi ingredientes constitutis, sed vt videatur non iure possidere, seu vi-
8 deatur possessio † iniusta, quæ dicitur quoties quis eam ingreditur sine domini tradentis voluntate, *l.si ex stipulatione: l.fraud.ff.de acqu.poss.* de qua plura dixi *ad l.3.*

Sed rursum secundum hæc non recte dicunt Imperatores creditorem extra hos duos casus, id est, ex arbitrio suo. Nam verba aperte significant, si ex his casibus vnus interuenerit, saltem hoc casu creditorem posse auferre rem arbitrio suo, quod vt dixi aperte falsum est. Nam præsidiali iussione vtens, ipse rem non aufert, sed præses, & præses non arbitrio suo, sed tantum iure & legitimo ordine, de quo dixi. Sed etsi creditor conuentione vtatur, tamen nihilominus rem arbitrio suo potest auferre, nam vi auferre eum non posse, effectum est. Respondeo: Hoc quoque non verum est, si hæc verba (cōtra conuentionem & præsidialem iussionem arbitrio suo) si inquam hæc verba coniunctim legimus pro diuersis rebus. Aperte enim falsum est, creditorem possessionem suo arbitrio auferre, quamuis conuenerit, vt auferre liceret, aut quamuis præsidis iussus interuenerit. Sed hæc verba arbitrio suo intelligenda sunt ἐπεξηγητικῶς, vt interpretentur illa verba extra conuentionem seu præsidis iussionem, vt sensus huius loci sit, quasi ita scriptū esset: Nec creditor citra conuentionem aut præsidialem iussionem, id est, arbitrio suo, pignus potest auferre.

*Ad L. Quo minus. vlt.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. & CC. Herisco.

*Quo minus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quo minus solueretur, oblato, & cōsignato, & deposito pignora, quæ in eadem caussa durant, restituat debitori: nullo spatio longi temporis defenditur. Dat. XII Kal. Dec. CC. Conss.*

PLANE hic eadem sententia est, quæ comprehensa est *in l.nec creditores. in pr. supra.* vbi locus est expositus.

## AD TIT. XXV. C. DE EXERcitoria & Institoria actione.

SVMMARIA.

1 *Continuatio huius tituli cum superioribus nulla.*
2 *Ex contractu alterius an quis possit obligari, & conueniri.*
3 *Ex alterius contractu an cui poßit obligatio acquiri.*
4 *An quiuis ex suo contractu obligari & conueniri possit. Neg.*
5 *Quinam tituli ad hunc locum pertineant.*
6 *Eorum, quorum ex contractu alii obligari possunt, genera quatuor: & qui ex eorum contractibus obligentur.*
7 *Ex contractu magistri nauis tenetur exercitor, qui eum naui præposuit.*
8 *Exercitoria actio vnde dicta.*
9 *Magister nauis quis dicatur.*
10 *Exercitor nauis quis dicatur.*
11 *An ex omni contractu magistri nauis exercitor teneatur.*
12 *Ex contractu institoris quis teneatur.*
13 *Institoria actio vnde dicta.*
14 *Negotiatio quarum rerum proprie sit.*
15 *Institor proprie quis sit.*
16 *De quasi institoria actione.*
17 *Institoria ex qua caussa & qua conditione competat.*
18 *Permittens aliquid, videtur omnia permisisse, sine quibus id, quod permissum est, exerceri non potest.*
19 *Mulier si nauem exerceat aut tabernam, an teneatur ex contractu eorum, quos naui aut tabernæ præposuit.*
20 *Contractus facit locum exercitoriæ & institoriæ actioni, non persona eius qui contraxit, aut eius qui præposuit.*
21 *Actio institoria & exercitoria an recte ex contractu liberi hominis a prætore proposita sint.*
22 *Obligatio ex contractu liberi hominis alteri acquiri non potest.*
23 *Æquius est alterius conditionem facere meliorem, quam deteriorem.*
24 *Ex qua persona quis lucrum capit, eius & factum præstare debet.*
25 *De ordine & collocatione exercitoriæ & institoriæ actionis in Instit. & Cod. & vtra altera sit prior.*
26 *Prius est id, ex quo exemplum sumitur.*

TITVLI † quinque sequentes, vsque ad titulum *de non numerata pecunia*, cum proxime præcedentibus nullo modo cohærent, sed pertinent ad locos communes, qui partim ex professo tractantur, partim attinguntur in titulis, *Ne vxor pro marito, Ne filius pro patr.* & aliquot sequentibus ȷ. Primum † illic quæritur: *an ex contractu alterius, alius obligetur, & an conueniri possit?* Et placet non posse, *l.3. & t.t. Ne vxor p marito. l.1. & t.t.* ȷ. *Ne filius pro patre.* Hæc regula aliquot exceptiones habet. Hæ exceptiones a regula diuelli non possunt, si volumus vniuersum statuere, an ex alterius contractu aliquis obligari aut conueniri possit. Atq; hæ cōuentiones traduntur his duobus titulis, de *Institor.* & tit. seq. *Quod cum eo, &c.* 1 2

Deinde † ex hoc iure atq; ex his exceptionibus incidit hæc quæstio, *postquā ex alterius cōtractu, obligari quis ac teneri potest, an nō possit etiā ex alterius contractu alteri obligatio acquiri?* Et placet ex liberi hominis cōtractu non posse; ex eius contractu, qui in potestate sit, posse. Hinc locus subiicitur in tit. 3. *per quas personas.* Tertia quæstio ex eodem genere introducitur, *Si non † potest quis per regulam iuris ex contractu alterius obligari & conueniri, an non etiam quiuis ex suo contractu possit?* Et placet, quemq; ex suo contractu obligari, si modo is sit, qui præditus sit intelligentia & con- 3 4

ſenſu. Veruntamen ne hoc quidem perpetuum eſt: excipitur enim ſeruus Senatuſconſulto Maced. in mutua pecunia accepta. In ceteris contractibus idem excipitur in ea parte edicti, quæ refertur *in l. 2. §. quod cum eo.* Excipitur præterea mulier, quæ pro alio
5 interceſſit, idque Senatuſconſulto Vell. Hinc † hi tituli ſubiecti ad hunc locum pertinentes ad SC. Mac. item ad SC. Vell.

Habent igitur iſti tituli aliquid commune & coniunctum cum ſuperioribus illis principiis, in quibus quæritur, *An quis ex ſuo contractu obligari, an vero obligari poßit ex alieno; & ſi obligari poteſt, an ex alieno ſibi obligatio acquiri poßit?* Hæc ſcriptura ſunt diuulſa a compoſitoribus, ſed nihil refert, dum intelligentia a nobis ad ſuum locum & ordinem referantur.

Reſpondeo ad eos, quorum ex contractu alii obligari poſſunt, de quibus iis duobus primis titulis agetur.
6 Eorum, † quorum ex contractu alii obligari poſſunt, quatuor ſunt genera, neque plura: Magiſter nauis, qui naui præpoſitus eſt, inſtitor, ſeruus, & qui ſeruorum loco habentur, vt liberi homines bona fide poſſeſſi; item filiifamilias. Ex horum contractibus non quiuis alii obligantur, ſed certa ſunt item genera eorum, qui iis obligantur, & ex eorum contractibus tenentur. Hi ſunt ſcilicet: Ex contractu magiſtri tenetur exercitor, qui eum præpoſuit naui: Ex contractu inſtitoris, tenetur dominus, qui inſtitorem conſtituit: Ex contractu ſerui tenetur dominus, & qui eum in poteſtate habet: Ex contractu filiifamilias, pater, cuius in poteſtate eſt filius. Sed hi omnes non tenentur eadem conditione, ſeu eodem tempore, neque in eandem quantitatem, ſed in iis conditiones & quantitas actoris variatur. Ideo quæritur, quando ex prioribus contractibus poſteriores teneantur, & quatenus, quod his titulis duobus declaratur. De duobus prioribus agitur ex profeſſo in titulo ſequenti, *Quod cum eo, &c.* permixtim tamen agitur etiam in hoc titulo de Inſtit.

Hæc quæ quærimus propoſitis & expoſitis ſingulis generibus intelligentur, de quibus conſtitui breuiter & ſummarie dicere.
7 Ex † contractu magiſtri nauis tenetur exercitor, qui eum naui præpoſuit, propoſita eam in rem a prætore actione, quæ exercitoria appellatur *§. eadē Inſt. quod cum eo.* Hinc titulus in ff.
8 *de Exercitoria*, & hoc titulo ex parte. Nomen † ductum eſt ex perſona eius, aduerſus quem agitur.
9 Magiſter † nauis eſt is, cui totius nauis cura mandata eſt, ſeu cuius opera & adminiſtratione ad nauem exercendam ſeu quæſtum faciendum vtitur exercitor, id eſt, is, qui per magiſtrum nauem exercet, *l. 1. §. magi-*
10 *ſtrum. ff. de exercit.* Exercitor † nauis is dicitur, qui aut per ſe, aut per alium nauem exercet, ad quæſtum ſuum, ſeu is ad quem omnes obuentiones, & quotidianus quæſtus nauis pertinet, *l. 1. §. exercit. ff. de exercit. d. §. eadem Inſtit. quod cum eo.*
11 Sed non † ſtatim ex omni contractu magiſtri exercitor tenetur, ſed tenetur hac conditione, ſi cum magiſtro nauis contractum ſit, eius rei cauſſa, cui magiſter præpoſitus eſt, quod quale ſit explicatur *l. 1. §. non autem. ff. de exercit.* Comprehenſum hoc eſt *in d. §. eadem. Inſtit. quod cum eo.* Ex hac cauſſa tenetur exercitor in ſolidum, *eodem §. eadem.*
12 Ex contractu † quoque inſtitoris tenetur dominus, qui eum propoſuit. conſtituta item a prætore in eam rem actione, quæ inſtitoria appellatur. *d. §. eadem.* De qua item tractatur *in ff. de inſtit.* & hoc titulo ex parte. Sed † de nomine notandum eſt, inſtitoriam 13
dictam eſſe, ex perſona eius, non qui conuenitur, ſed ex perſona inſtitoris, de cuius contractu agitur, aliter atque exercitoria, vt ſupra dixi.

Cur hæc tam varie quærat aliquis? Reſpondeo. Veteres in hac re commoditatem loquendi ſecuti ſunt: nam exercitoria potuiſſet etiam appellari ex perſona magiſtri nauis, ſi modo ratio latini ſermonis hoc pateretur, ſed hoc non patitur; dicendum enim fuiſſet: Actio magiſtralis quod parum eſt latinum, inſtitor. eſt, *l. 3. l. cuicunque. ff. de inſtit. §. eadem. Inſtit. quod cum eo.* Negotiatio † eſt non omne negotium, 14
ex quo obligatio contrahitur, ſed negotium, quod rerum permutatione conſtat, vbi vnus dat, & viciſſim accipit, vt in emtione & locatione, conductione & rerum permutatione accidit. Ideo † proprie inſti- 15
tor eſt, qui his rebus præpoſitus eſt, vt declarant exempla *d. l. cuicunque. ff. de inſtit.* Proinde qui præpoſitus eſt pretiis mutuis accipiendis, proprie inſtitor non eſt, quia † in mutuo vnus tantum accipit, obli- 16
gatur, & quæſtum facit, & hic quæſtus ad dominum redit, niſi ipſe velit eum, qui ita præpoſitus eſt, vice inſtitoris eſſe. Qua ratione placuit, qui propoſuit, eū ad ſimilitudinem inſtitoriæ teneri. Sic explicatur *l. pen. in pr. ff. de inſtit.* Sic *l. pen. hoc tit.* In hoc exemplo Domitianus quidem Demetrio mandauerat, vt pecuniam mutuo acciperet ab aliquo. Demetrius accipit. Reſpondebimus: Domitianum inſtitoria non teneri, quia Demetrius negotio præpoſitus eſt, non negotiationi: & tamen quia eadem æquitas eſt in hoc negotio, quæ in negotiationibus veris, vt Domitianus teneatur, reſpondetur eum inſtar inſtitoriæ conueniri poſſe ab eo, qui pecuniam mutuauit.

Notandum eſt diligenter, quod dicitur: *Inſtitorem eſſe, qui alicui negotiationi præpoſitus eſt, puta mercibus vendendis*, ſic accipiendum eſſe, ſi principaliter præpoſitus ſit, diuerſum eſt, ſi præpoſitus ſit per conſequentiam alicuius contractus præcedentis. Vt exempla ſunt hæc: Præpoſitus eſt aliquis villicus villæ, vt fructus colligeret & aſſeruaret, non vt iis negotiaretur. Certum eſt hunc principaliter inſtitorē nō eſſe ex definitione ſuperiore. Quid ſi huic villico mandatum ſit, vt merces hortulanas vēderet? Placuit dominum ad ſimilitudinem inſtitoriæ conueniri poſſe, *l. ſi cum villico. ff. de inſtit.* Cur non directa inſtitoria? Quia villicus in his mercibus inſtitor non eſt. Cur non eſt inſtitor, cum dicatur inſtitor eſſe, qui mercibus vendendis præpoſitus eſt *in l. cuicunque. de inſtit.* Quia villicus mercibus vendendis principaliter præpoſitus non eſt, ſed per conſequentiam villicationis: nos autem in omni contractu initium contractus ſpectamus & cauſſam. Eiuſdem rei exemplū hoc eſt: Aliquis inſtituit rerum ſuarum procuratorem, & procuratori mandauit, vt litem quam emiſſet venderet. Placet dominum non teneri inſtitoria directa, ſed vtili, quia hic procurator non ſit inſtitor, *l. Iulianus. §. ſi procurator. ff. de act. emt.* Et vero inſtitor non eſt, quia quod de re vendita illi mandatum eſt, factum eſt propter conſequentiam prioris mandati.

Inſtitoria † cōpetit ex eadem cauſſa & eadē con- 17
ditione, qua exercitoria, nempe ſi cum inſtitore contractum ſit eius rei gratia, cui præpoſitus eſt, *§. eod. Inſtit. quod cum eo. l. 2. & 3. hoc tit.* Hinc eſt quod traditur *in l. 1. hoc tit.* Si inſtitor mutuam pecuniam acceperit, ſed permiſſum illi intelligitur, ſiue nominatim dominus permiſit, vt acciperet, ſiue inſtitor accepit

in

in vsum eius rei, cui præpositus est; idem quod & de magistro nauis, qui mutuam pecuniam accepit, dicendum est, veluti si institor præpositus sit mercibus emendis, & pecuniam acceperit ad reficiendam nauem, ad nautas conducendos & alendos, *l.1.§.non aut. vers. quid tamen. ff. de emt.* Hoc ideo dicitur, quia qui
18 permisit † aliquid, videtur omnia permisisse, sine quibus id, quod permissum est, exerceri non potest, *l.2. ff. de ll.* Competit Institoria & Exercitoria in solidum *l.2. hoc tit. §. eadem. Instit. quod cum eo.*

De persona eius, qui præposuit magistrum naui, aut institorem negotiorum, tenendum est, quod is sit, qui suo nomine ex consensu obligari possit, & i-
19 deo † etiamsi mulier nauem exerceat aut tabernam, tenebitur ex contractu eorum, quos naui aut tabernæ præposuit, *l. etsi. hoc tit. l.1. §. exercitorum, versic. parui. ff. de exerc. l. sed etsi quis. §. parui. ff. de instit.* Contra quoque nihil interest, quis magister naui præpositus sit, quis institor tabernæ, vt is teneatur, qui magistrum aut institorem præposuit.

Ex contractu serui institoris aut magistri, dominum teneri institoria aut exercitoria certum est. Sed idem iuris etiam est, etsi quis liberum hominem naui, tabernæ aut alicui alii negotiationi præposuerit, etiamsi is, qui præpositus est, non sit in cuiusquam
20 potestate, vt intelligamus, contractum † facere locum exercitoriæ & institoriæ actioni, non personam eius, qui contraxit, aut eius, qui præposuit, quod diligenter notandum est. Idem dicitur diserte *in §. eadem. in fin. Inst. quod cum eo. Idem in d.l.1. & in l. sed etsi quis. §.1. ff. de inst.* Quam ob caussam recte hic titulus de Instit. & Exercit. separatur a tit. sequenti, *Qui cum eo, &c.*

Hic quæsitum est, quam recte proposita sit hæc
21 actio † a prætore ex contractu liberi hominis: nam videtur actio & naturę & regulis iuris aduersari. Pre-
22 terea, quod ex † contractu liberi hominis obligatio alteri acquiri non potest, *l.1. ꝟ per quas pers.* Par est igitur, vt ex contractu liberi hominis alius non oblige-
23 tur, cum sit † æquius, vt alterius conditionem meliorem facere liceat, quam deteriorem, *l. soluendo, de neg. gest.* Huc accedit, quod si mandauerim alicui, vt cum alio contraheret, ego ex contractu liberi eius hominis non tenear, quod iussu solum, non qui iusserit, tenetur dominus aut pater, si iussu domini aut patris cum seruo aut filiofamilias contractum sit, *l.1. ff. quod iussu. §.1. Inst. quod cum eo.* Aduersus eas dubitationes ratione æquitatis hoc ius muniendum est. Propositę vero sunt hæ actiones duæ ex contractibus alterius, quamuis liberi hominis æquissime. Æquitas duas rationes habet. Quod contractum est voluntate eius domini, qui conuenitur, non est satis etiam iis, qui conuenti ex contractu magistri nauis aut institoris lucrum capiunt. Nam magister nauem, institor negotiationem, non sibi exercet, sed domino qui præ-
24 posuit. Regula iuris est ex natura ducta. Ex qua † persona quis lucrum capit: eius & factum præstare debet, intellige in ea re, ex qua lucrum capit, *l. ex qua. de reg. iur.* Et hac ratione defenditur ius hoc a prætore constitutum *in l.1. in pr. de inst.* Ex quo intelligimus, si quid cum alio contractum sit, quamuis iussu & mandato nostro, si tamen lucrum ad nos non pertineat, nullam ea ratione aduersus nos actionem esse ex contractu alterius.

25 De ordine † & collocatione harum actionum, obiter notandum est, in Instit. prius agi de Exercitoria, deinde de Institoria, *d. §. eadem. Instit. quod cum eo.* Idem seruatur in his actionibus proponendis. prius enim proponitur de Exercitoria, deinde de Institoria. Conuertitur hic ordo in hoc titulo, sic enim inscribitur: *De Instit. & Exercit. act.* Etsi hæc res non magni momenti est, tamen factum non caret ratione. In edicto prætoris, prius proposita est Exercitoria, deinde Institoria, totoque ordine scripturæ exercitoria prior est. Ceterum ordine intellectus prior videri potest Institoria. Nam traditur Exercitoriam propositam esse ad similitudinem Institoriæ, *l.4. h.t. l.1. in pr. ff. de exerc.* Nunc autem † prius est id, ex quo exem- 26
plum sumitur. Cetera huius tituli ex iis intelliguntur. L. vltima ad titulum sequentem pertinet: Est enim de actione quod iussu, &c.

## AD TITVL. XXVI. C. QVOD cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestũ umsse dicetur; vel de peculio quod iussu, seu de in rem vers.

SVMMARIA.

1 *Summa huius tituli.*
2 *Ex contractibus cum dicitur, etiam quasi contractus intelliguntur.*
3 *Dominus quibus conditionibus & in quantum ex contractu serui teneatur.*
4 *Iubente domino seruum contrahere, dominus sine exceptione in solidum & perpetuo tenetur, eo modo, quo iussit.*
5 *Voluntatem domini quis sequi intelligatur.*
6 *Actio quod iussu in solidum est, & habet hanc æquitatem, quod qui iubet, ipse contrahere videatur.*
7 *Actio Trib. & eius effectus, & vnde ita appellatur.*
8 *Actio Trib. & actio de peculio quid differant.*
9 *Domino neq; mandante, neq; iubente, neque sciente, nec consentiente, si cum seruo contractum sit, quomodo & quando dominus teneatur, & nu.10.*
10 *Versum in rem quando quid intelligatur.*
11 *Dominus etiamsi nominatim cum seruo contrahi vetuerit, an nihilominus inuitus teneatur de peculio.*
12 *Seruus nihil suum habere potest, sed quicquid habet, totum est domini.*
13 *Seruus si cum quopiã vetante domino cõtraxerit, cur non prius nihilominus quam dominus cõueniatur.*
14 *Seruus iudicio conueniri non potest.*
15 *Peculium serui quid sit.*
16 *Peculiũ serui quomodo permissu domini cõstituatur.*
17 *Id solum in peculio serui est, quod deducto ære domini in peculio superest.*
18 *Seruus ciuiliter obligari non potest, ne domino quidẽ.*
19 *Peculium quando esse desinat.*
20 *Voluntate domini nuda adimitur peculium.*
21 *Res peculii quomodo naturaliter & ciuiliter intereat.*
22 *Peculium quomodo esse desinat sublata persona, de cuius peculio agitur.*
23 *Patrisfamilias peculium esse non potest.*
24 *Peculio adeo quando dominus teneatur, quando nõ.*
25 *Dominus cur dum seruus viuit, & apud eum manet, de peculio perpetua, post mortem autem, manumissionem & alienationem, actione tẽporali teneatur.*
26 *Seruorum & filiorumfamilias in actione quod iussu communia & peculiaria. & nu.25.*
27 *Peculia filiorumfamil. & seruorum quid differant.*
28 *Peculium filiorumfamilias quid sit.*

29 *Peculii filiorumfam. duo genera.*
30 *Peculium militare quid.*
31 *Peculium paganum quid.*
32 *Militaris peculii diuisio in castrense aut quasi castrense.*
33 *Castrense quid.*
34 *Quasi castrense quid.*
35 *Aduocatorum & Professorum peculium quasi castrense & militare.*
36 *Peculii pagani diuisio in profectitium & aduentitiũ.*
37 *Profectitium quid.*
38 *Aduentitium quid.*
39 *Pater an teneatur ex contractu filiifamilias de peculio castrensi & quasi castrensi.*
40 *Pater cur mortuo filio teneatur de castrensi peculio, eodem viuo non teneatur: & quid si filiusfam. patrem heredẽ instituat: quid item si aliũ relinquat.*
41 *Seruus quicquid acquirit, id totum acquirit domino.*
42 *Peculium profectitium in totum acquiritur patri.*
43 *Pater viuo filio semper cõuenitur de peculio profectitio: mortuo & emancipato eo cõuenitur intra annũ.*
44 *Peculium profectitiũ patris est totum, potestq; pater de eo deducere idẽ, quod dominus de peculio serui.*
45 *Peculium aduentitium quoad proprietatem est filiorum, vsufructu vero patris.*
46 *De peculio aduentitio an pater ex contractibus filiifam. conueniri possit. & nũ. 47.*
48 *Pater conuentus de peculio aduentitio ex contractu filiifam. an possit deducere, quod sibi debetur.*
49 *Filio sui iuris effecto de peculio amplius pater conueniri non potest: & quid eo mortuo.*
50 *Filiifam. ad honores & munera publica aeque admittuntur ac patresfamilias.*
51 *Ex administratione Reipub. filiifam. quando & in quantum pater teneatur.*
52 *Ex tutela aut curatela filiifam. quando & in quantum pater teneatur.*
53 *Ius filiorum proprium in muneribus publicis, & n. 50.*
54 *Pater in omnibus contractibus si iussit tenetur in solidum ex contractu vel quasi filiifam.*
55 *Pater quando iussisse videatur.*
56 *Ratihabitio mandato aequiparatur.*
57 *Ratum id habere possumus, quod nostro nomine gestum est.*
58 *Seruus an res domini aut proprias, aut peculiares alienare possit: & quid iuris in filiofam. ib.*
59 *Peculium profectitium & aduentitium an acquirantur patri.*
60 *Magister nauis liber an ex cõtractu suo obligari possit.*
61 *Quid iuris in institore.*
62 *Quid iuris in seruis.*
63 *Quid in filiofamilias.*
64 *Filius fideiubens pro alio an ex ea caussa recte conueniatur in solidum, & an in solidum etiam conueniri possit eius pater.*
65 *Mutua pecunia fil. of. data an ex ea filius teneatur: an item pater.*
66 *Filiusf. si sui iuris esse cœperit, in quantum teneatur ex cõtractu suo: vbi multa de beneficio filiof. cõcesso.*
67 *Beneficium, quod filiusfam. sui iuris factus conueniatur solum in id, quod facere potest, cur potius tribuatur filiofam. debitori quam ceteris debitoribus.*
68 *Repente quae emergunt, auxilio indigere putantur.*
69 *Contrahens cum alio, nõ debet eius conditionis ignarus esse.*
70 *Facere posse quot modis quis dicatur.*
71 *Naturaliter facere posse quid.*
72 *Ciuiliter facere posse quid.*
73 *Beneficii filiofamil. contrahenti concessi denegandi caussae duae.*
74 *Deceptis, non decipientibus iura opitulantur.*
75 *Post multos annos & diu valent decem annos.*
76 *Filiusfam. cur post decem annos, denegato sibi edicti beneficio, in solidum conueniri possit.*

HIc titulus, dixi, agit de contractu seruorum & filiorum. Et hoc quaeritur, quando † ex iis & qua- 1 tenus teneatur dominus aut pater. Adiicitur etiam tractatio propria filiifam. in qua ostenditur, ipsi filiif. ex suis contractibus, an & quando, & quatenus teneantur. De his ordine agemus, & summatim quemadmodũ res postulabit. Et quoniã cum quaeritur, an ex cõtractu seruorũ & filiorumf. teneatur dominus aut pater, & quatenus, de eo fere idẽ ius est & in seruis & in filiisf. ideo ita incipitur in pr. tit. *Quod cũ eo, Instit.* Vt ne verbosa sumatur disputatio, disputationẽ conferamus in personam serui & domini, idem intellecturi in persona patris & filiifamilias. Si quid proprie in filiisfamilias seruatur, de eo separatim dicemus.

Ergo ex contractibus serui, iure praetorio dominus tenetur, eo modo, quem postea ostendemus. Ex contractibus † cum dicimus, etiam quasi contractus 2 intelligere debemus, veluti si seruus aliena negotia administrauit; nam & hoc nomine dominus tenebitur, quod in filiif. persona traditur *in l. 1. h. t.* Sed tenetur dominus varie, id est, diuersis conditionibus, & in diuersa quantitate, prout cum seruo contractum erit aut volente, aut ignorante domino. De eo ex hac distinctione statuendum est. Cum † ex contractu serui 3 conuenitur dominus, ante omnia videndum est, an domino mandante siue iubente cum seruo contractum sit an non. Si iubente † domino contractum 4 est, dominus sine exceptione in solidum & perpetuo eo modo tenetur, quo iussit, *l. si mandat. h. t.* Et huc referri debet species *l. vlt. § tit. prox.* vbi ita scribitur: *Si quis voluntatem domini secutus cum seruo contraxerit, dominum conueniri posse in solidum, ad instar institoriae actionis.* Is † voluntatem domini secutus intelligitur 5 in contrahendo, qui contraxit, dum aut dominus contrahenti mandat vt contrahat, aut iussit seruum cum eo contrahere dominus.

In hac specie dicitur, teneri ad similitudinem Institoriae, non quia tenetur vtili Institoria ex facto, eam speciem ad priorem tractationem referimus, sed quia tenetur in solidum, vt si institoria ageretur. Nã actio † quod iussu, in solidum est, & habet hanc ae- 6 quitatem, quod qui iubet, ipse contrahere videatur, *d. l. 1. in pr. ff. quod iussu.* Est autem hic titulus, *Quod iussu*, natus ex principio edicti, quo haec actio proposita est. Eius edicti initium hoc erat; *Quod iussu contractum erit.* Itaque actio quod iussu, est actio a praetore proposita de eo, quod iussu domini aut patris cõtractum est, cuius edicti initiũ est, *Quod iussu.*

Quod si neque mandante, neque iubente domino cum seruo contractum erit, proximum est, vt videamus, an saltem contractum sit domino sciente: si sciente domino contractum est, hic peculiaris actio constituta est, quae appellatur † Tribut. cuius potẽtia 7 & effectus hic est, si sciente domino, cum seruo in merce peculiari, eius mercis caussa contractum erit, iubet praetor, vt dominus inter se, si quid ei debeatur, & inter reliquos serui creditores distribuat, quicquid est in ea merce, & si quid ex ea paratum erit. Distribuat autem non ex aequalibus partibus, sed pro rata portione eius quod cuiq;. Hoc si facit dominus, postu-

postulantibus creditoribus serui, liberatur. Sin vero nihil creditoribus tribuit, aut minus in hac parte edicti, facere videatur, proponitur creditoribus aduersus eum actio huius distributionis obtinendæ caussa, quæ inde appellatur Trib. quia per hanc consequitur, vt dominus mercem tribuat, id est, distribuat, vti supra dictum est, simplex positum pro composito, *Instit. quod cum eo*.

De ea tributione *inff. de Trib. l.* actio in merce peculiari potius proposita est, quam sola actio de peculio, de qua postea dicetur, quia actio † Trib. aliqua in
8 re vberior est, quam actio de peculio, interdum tamen & minor. Vberior est in eo, quod cum de peculio agitur, ante omnia de peculio deducitur, quod domino debetur, eoque dominus præfertur ceteris creditoribus omnibus, vt dicetur postea, in definitione peculii. At in actione Trib. conditio domini non est præcipua, si dominus æquatur ceteris creditoribus omnibus, vocaturque in eandem mercis distributionem. Minor est, quia Trib. de merce tantum peculiari competit, actio autem de peculio de omnibus rebus, quæ sunt in possessione extra merces peculiares, ob hanc caussam erit creditorum existimare, vtram actionem sibi putent vtiliorem. Hæc pluribus *in § is quoque. Instit. qui cum eo*.

9 Quod † si neq; mandante, neq; iubente aut consentiente, neque etiam sciente domino cum seruo contractum erit, nihilominus & dominus hic tenebitur, sed dissimiliter. *l. 3. hoc tit.* In quo primo videndum est, an ex eo contractu, aut quasi contractu aliquid versum sit in rem. Verso in rem, tenetur in solidum, id est, in id, quod in eius rem versum est, *d. l. 3. l. 1. l. ei qui. hoc tit. l. 1. 2. 3. ʒ. de instit. & de in rem verso. ff.* In
10 rem † versum aliquid intelligitur, cum seruus quid accipit, quo accepto aut rem domini meliorem facit, aut non est passus eam fieri deteriorem, *l. 3. vers. est igitur. ff. de in rem verso.* Ad quam definitionem referri omnia debent, quæ variis exemplis declarantur & explicantur *in l. 4. & deinceps legib. seqq. ff. de in rem verso.* Quod si nihil in rem domini versum est, tamen ad extremum subsidium, placet dominum teneri de peculio, *§. act. aut. Inst. de act. l. ei qui. hoc tit. §. præterea. Instit. qui cum eo.*

Ex his apparet etiam, si ignorante domino cum seruo contractum sit, nec quicquam inde versum in rem domini, tamen dominum etiam ignorantem de
11 peculio teneri. Plus † dicit, etiamsi dominus nominatim vetuerit cum seruo contrahi, tamen inuitus de peculio tenetur, *l. si quis 29. l. quoties. in pr. ff. de pec.* Hoc vero videtur iniquissime constitui, & aduersatur regulæ generali, traditæ *in l. 3. ʒ. ne vxor pro mar.* Regula est: *Neminem ex contractu alterius obligari, aut conueniri posse.* Si hoc dicitur de contractu liberi hominis, multo magis dici conuenit de contractu seruorum: nam serui sunt in bonis nostris. Bona parata sunt vt beent & prosint, non vt noceant, *l. bonorum. de verb. sig.* Repugnant etiam regulæ generales hæ. Nec alterius inuiti aut ignorantis decet conditionem præstari. *l. soluendo. de neg. gest.* Item, Non decet alterum per alterum iniqua conditione affici, *l. non decet. de reg. iur.* Item speciales hæ, ex superioribus ductæ. Neminem alterius facto onerari posse aut debere, *l. in caussa ff. de proc.* Item, res inter alios actas aliis non nocere. *l. res inter. C.* Vnde & illa superior *ex d. l. 4. ʒ. ne vx. pro mar.*

Respondeo. Iniquum esset dominum ex contractu serui ignorantem teneri de peculio, & multo iniquius teneri inuitum, si conuenerit de suo. Ceterum eum conueniri de proprio serui qui contraxit, non est iniquum. Id autem accidit, cum dominus de peculio conuenitur: nam peculium est quodammodo proprium serui. Hæc ratio redditur *in §. actiones autem. Inst. de act.* Sed hæc ratio non videtur sufficiens: nam peculium dicitur proprium esse quodammodo non absolute, quo verbo significatur, serui proprium non esse. Et res ita habet, peculium serui non est in bonis aut proprio serui, quia seruus † nihil suum ha- 12
bere potest, sed quicquid habet totum est domini, *l. paterf. ff. de ver. obl. §. item vobis. Inst. per quas pers. l. plac. ff. de acq. her.* Ita fit, vt quamuis dominus conueniatur de peculio serui, tamē reuera de suo cōueniatur, non de serui proprio. Resp. Peculium serui, iure, domini est, concessione autem & voluntate domini, est serui. Ideo nulla fit domino iniuria, si dominus ad quantitatem eius proprii conueniatur, quia cum hic cōuenitur, qui peculiū concesserit seruo, vt id & suum haberet, & liceret ei ad eam quantitatem contrahere.

Sed rursum si peculium voluntate domini est serui proprium, cur † seruus non conuenitur priusquā 13
dominus? Respondeo. Caussæ hæ sunt: I. Quod seruus † iudicio conueniri non potest, *l. seruus. ʒ. de iud.* 14
Et tamen ex contractu filiifamilias, pater nihilominus conuenitur de peculio, *§. actiones autē. Inst. de act.* Veræ igitur & propriæ caussæ hæ sunt, quod frustra cōueniretur seruus de eo, ꝙ reuera in potestate aliena est. Recte cōuenitur dominus, non tantū quia peculiū domini est, sed etiā quia dominus peculiū possidet. Ita & pater peculiū filii, ꝙ sit paganū. Nam seruus peculiū corporaliter tenet; dominus autem vere & ciuiliter possidet. *l. quod seruus. ff. de acq. poss.* Seruus possidet peculium nomine domini sui, sciens id proprium domini esse. Is autem possidet, cuius nomine possidetur. *l. qui nec. in pr. ff. de acquir. poss.*

Cum dicimus, dominum teneri de peculio, significamus, dominum non teneri ad rem certam, sed si quid in peculio est, hactenus eum teneri. An autem sit aliquid in peculio, ex definitione cognoscendum est. Peculium † enim serui ita definitur veteribus, id 15
quod seruus habet domini permissu, separatum a domini sui rebus, deducto inde, si quid domino debetur, *l. 5 in fin. ff. de pec.* Exigitur vt seruus quid habeat, vt intelligamus, non esse peculium, si dominus permisit seruo, vt aliquid haberet, neq; seruus id habeat. Deniq; vt intelligamus sola voluntate peculiū non constitui, sed ita si quid seruus naturaliter habere comperitur. Fit autem vt habeat, si vel dominus ei tradat, vel cum apud seruum esset, dominus permisit seruo, vt suum haberet. *l. non statim aut. de pec.* Ergo vt habeat, domini permissu habet, vt intelligatur, si quid seruus sibi habeat peculii loco, tamen peculium non esse, nisi dominus, vt haberet, permiserit, *l. 4. ff. de pec.* Sed satis est, dominum ab initio concessisse: peculium semel concessum non desinit, nisi adimatur, & ideo semel concessum, non necesse est amplius concedere, satis est non adimere, de quo accipiendum est, quod dicitur *in l. quam. Tuber. in pr. de pec.*

Adiicitur † *separatum a rebus dominicis*, quo signi- 16
ficatur, ita demum permissu domini peculium constitui, si dominus nominatim concessit seruo, vt haberet vt suū, & tanquam proprium separatū a bonis domini. Sed quicquid dominus concesserit seruo, semper de peculio deducitur id, ꝙ sibi debetur, vt in-

17 telligamus † id solum esse in peculio, quod deducto
ære domini in peculio superest, quasi dominus sem-
per intelligatur deduxisse quod sibi debetur, *l. sed si
damnum 9. §. peculium. ff. de pecul. §. cum autē quæritur.
Inst. quod cum eo.* Quod cum domino debetur, sic ac-
cipiendum est, quod naturaliter debetur. *l. pen. hoc tit.*
18 Nam † seruus ciuiliter obligari non potest ne cete-
ris quidem, multo minus domino. *l. serui. de obl. & act.*
Adiicitur *in §. cum autem. Instit. quod cūm eo.* dedu-
ci etiam id, quod debetur ei, qui in domini potestate
est, idem *in l. 6. & 7. ff. de pec.* Sed vt illic bene notatur,
etsi verum est hoc, quod de peculio deduci dicitur,
non fuit necesse adiicere definitioni, quia quod ei
debetur, qui in potestate domini est, id domino de-
betur. Ex hac definitione intelligitur, siquidem ser-
uus nihil habet, nisi permissu domini, si deducto eo,
quod seruus domino debet, nihil in peculio super-
est, dominum ex contractu serui non teneri, quia
tantum tenetur de peculio. Nunc autem in peculio
nihil est. Hinc & illud consequens est; Si peculium
ab initio seruus habuit, deinde peculium esse desiit,
dominum non teneri. Itaque ad hunc locum perti-
net nosse quando peculium esse desinat.
19 Peculium † esse desinit aut domini voluntate, aut
rebus peculii amissis, aut sublata persona, de cuius
20 peculio agitur. Voluntate † domini, cum dominus
peculium adimit, adimitur autem nuda domini vo-
21 luntate, *l. 4. l. non statim. ff. de pec.* Res † peculii inter-
cidunt & amittuntur, partim ciuiliter, partim natu-
raliter. Ciuiliter, cum seruus aliquid delinquit ad-
uersus dominum, *l. 4. §. ex his apparet. ff. de pec.* Hoc eo
fit, quia seruo obligato, tantum de peculio deduci-
tur. Naturaliter res amittuntur aut marte, aut sedi-
22 tione, aut aliis casibus vulgo notis. Sublata † persona,
de cuius peculio queritur, desinit esse peculium, cum
seruus moritur, aut manumittitur, aut alienatur, *l. 4.
§ annus. l. vlt. in fin. ĵ. de inoff. testam.* Hoc inde accidit,
quia peculium non est, nisi serui, & eius, qui in pote-
23 state est, patrisfamilias † peculium esse non potest. *l.
patrisfam. de verb. signif.* Porro seruus his modis ser-
uus esse desinit, naturaliter, morte, ciuiliter, manu-
missione: alienatione quoq; desinit seruus esse eius,
cuius prius fuerat. Proinde totidem modis accidit, vt
naturaliter dominus de peculio non teneatur.
Sed hic duæ actiones sunt edicto prætoris consti-
24 tutæ. Nam † peculio ademto, aut rebus peculiaribus
amissis, ita dominus non tenetur, si sine dolo malo e-
ius factum sit, vt adimeretur peculium, aut res amit-
teretur. Ceterum si dolo malo eius factum sit, quo
minus quid in peculio esset, tam tenetur ex edicto,
quam si peculium haberet, *l. summa. ff. de pec.* Sublata
quoque persona serui, constituta est actio de peculio
aduersus dominum intra annum, ex quo seruus aut
mortuus, aut manumissus, aut alienatus est. *l. 1. in pr. ff.
quando de peculio agitur.* Vnde sumtum, quod dicitur
*in l. ei qui. & in l. cum ancilla. hoc tit.* Est autem his locis
hæc distinctio tradita; dominum de peculio perpe-
tuo teneri, dum seruus apud eundem dominum vi-
uit & manet, post mortem autem serui, aut manu-
missionem, aut alienationem dominum teneri, acti-
one temporali, nempe intra annum.
25 Sed cur † his casibus dominus non tenetur per-
petuo? Quia vt iam dixi peculium esse desiit, vt con-
sequens sit, dominum de peculio quod non est, con-
ueniri non posse. Cur ergo dominus conuenitur in-
tra annum, cum peculio sublato, nullo modo de pe-
culio conueniri debuerit? Respondeo: Quia nomen
peculii, sublatum est, emolumentum apud verum
dominum manet, quoniam id, quod prius peculium
nominabatur, manet penes dominum. Ita cum neq;
in totum peculium sit, quod tunc manet, neque rur-
sum in totum a peculio recedat: ideo prætor in hac
re mediam viam secutus est, vt neque in totum dero-
garet actionem de peculio, sublata persona serui, ne-
que ita rursum daret, vt esset perpetua.
Hæc itaq; adhuc propria sunt seruorum & domi-
norum. Eadem cum filiisfamilias & patribus com-
munia, si quid iussu patris, cum filio contractum sit,
aut si quid ex contractu filiifamilias in rem patris
versum sit, vt declaratur *sub titulo quod cum eo. Inst. §. 1.
& §. præteriti.* Sed quædam filiorumfamilias propria
sunt, quæ nunc separatim exsequemur.
Primo † hic peculiare ius seruatur ex contracti- 26
bus filiorumfamilias, cum de peculio agitur aduer-
sus patrem. Hæc autem dissimilitudo est inter seruos
& filiosfamilias, cum de hac actione quæritur: item
de peculio. In seruis vnum genus peculii est, in filiis-
fam. species multæ. In seruis omne peculium eodem
iure habetur: nam quicquid seruus habet, proprie
totum est domini. *§. item nobis. Inst. per quas person. nob.
acquir.* Non † item omne peculium filiorum est, & 27
proprietate & vsu. Quædam ita vsufructu ad patrem
pertinent, vt proprietas tamen sit filiorum. In seruis,
quia peculium serui totū est domini, inde fit, vt sine
exceptione ex contractu serui dominus teneatur de
peculio, ratione in filiis commutata. Contra euenit,
vt non de omni peculio pater teneatur ex contracti-
bus filii, sed ex certis tantum. Id quare fiat diuisio pe-
culii, & conditio cuiusque exposita docebit.
Peculium † filiorum est, quicquid filius habet vt 28
suum, id quando accidat, species subiectæ indicabūt.
Non adiicimus, *quod habet permissu patris*, vt in pecu-
lio serui adiicitur *permissu domini*, quoniam pleraque
in peculio habet filius, etiam inuito patre. Eius † pe- 29
culii duo genera sunt: Militare & Paganum. *l. 1. ĵ. de
inoff. testam.* Militare † est, quod filiis euenit, per ac- 30
ceptionem militiæ, vel armatæ, vel togatę. Paganum,
quod † filiis alias quæsitum est, ob hanc caussam di- 31
ctum, quod omnes qui milites non sunt in vsu iuris
pagani vocantur, *§. 1. Instit. de testam. mil.*
Militare † peculium duplex est, Castrēse aut quasi 32
Castrense. *l. 1. § Castren. ff. de coll. honor. l. cum oportet. §.
1. in fin. ĵ. de bon. quæ sibi. §. 1. Instit. quib. non est permis.
fac. test.* Castrense † peculium est, quod filiusfamilias 33
miles, sub armata militia stipendia merens acquisiuit
per accretionem non aliter acquisiturus. Huius ge-
neris sunt stipendia militaria, res ex præda hostium
quæsitæ, res proficiscenti in militiam a parentibus
aut cognatis donatæ, vt equi, arma, viaticum & res
similes. *l. Castr. de Castr. pec.* Quasi Castrense † pecu- 34
lium est, quod filiusfamilias in administratione & o-
pera publica, quam Reipub. nauat, per caussam & ac-
cretionem eius operæ acquisiuit. In hoc genere sunt
magistratus, iudices, iudicium, assessores, patroni &
aduocati. Item † professores liberalium artium, qui 35
de publico, stipendia percipiunt.
Horum peculium quasi Castrense est, quicquid
vel de publico perceperunt, vel ex laboribus iis pu-
blicis acquisiuerunt. *l. vlt. §. 1. & §. pen. infr. de inoffic.
testam.* Horum peculium dicitur militare, quia qui
Rempublicam opera sua defendunt, ii non minus
Reipublicæ militant, quam qui armis & gladio
defen-

defendunt, *l. aduocati. infr. de aduocat. div. iud.* Sed hi proprie in castris non militant aut versantur, veruntamen castra sunt hæc quædam, in quibus exercentur, vnde peculium quasi castrense appellatur. Cicero *in Orat. pro Murena*, Militiam hanc vrbanam vocat, quam scutum ait hered. Sulp. Iureconsultus.

36 Peculium † paganum item duplex est profecti-
37 tium, & aduentitium. Profectitiū † est, quod profectum est de bonis patris in filium, ita vt filius separatim haberet a nominibus patris & tanquam suum, *l. profectitia, in pr. & in l. sed si plures, §. in arrogato, D. de ventus sub. §. 1. vers. quoniam iniust. Institut. per quas*
38 *person. nob. acquir.* Aduentitium † est, quod aliunde aduenit quam a patre. *dict. l. profect. §. si patr. de lege dot.* Verba si spectamus, non aliud est profectitium, quam aduentitium: Nam quod a patre proficiscitur, recte dixerimus a patre obuenisse, & cōtra quod aliunde obuenit, aliunde profectum esse, verum est. Sed docendi caussa hæc distinguuntur, vt singulæ caussæ suis nominibus notatæ, melius intelligantur, vt factum est in appellationibus iniusti, iusti, rupti aut irriti facti testamenti infr.

Vt hæ species peculii filiifamilias aduersæ sunt, ita diuerso quoq; iure habentur. Ex quo aliud atq; aliud in singulis, de actione de peculio constitutū est. Peculium castrense & quasi castrense, totum est filiifamilias, & proprietate & vsu, in eo nihil est patris, §. 1. *Inst. per quas person. l. 1. § nec castr. D. de coll. bon. §. 1. Inst. quib. modis non est permiss. fac. test.* Itaque de hoc
39 peculio † non tenetur pater ex contractu filiifamilias, vt diserte traditur *in l. ex Castr. §. vlt. D. de castr. pec.* & ratio illic adiicitur, quia separatum est a bonis patris. Optima ratio est: nam non debet conueniri pater, vt præstet peculium filii, quod peculium ipse non habet, ac ne possidet quidem.

Non obstat, quod *in §. act. aut Instit. de act.* generaliter & absolute scriptum est, patres ex contractu filiorum, de peculio teneri. Nam peculium castrense & quasi castrense, proprie peculium non est. Eoque etiam hoc genus peculii ad superiorē definitionem non pertinet. Nam patrisfamilias peculium non est, *l. paterfam. de verb. sig.* Filius autē familias in peculio castrensi & quasi castrensi, pro patrefam. habetur, *l. 2. D. ad Senatusconsul. Mac.* Proinde hoc peculium, non est proprie peculium. Sed ita pater non conuenitur de peculio castrensi, aut quasi castrensi, si filiusfamilias, viuat. filiofamilias autem mortuo milite, accidit quod scribit Papin. *in l. pater qui castr. in pr. D. de castr. pec.* nempe filiusfamilias miles si intestatus moriatur, pater æs alienum filii, intra modū peculii, & annum vtilem creditoribus soluere cogitur. Sensus hic est: Æris alieni nomine, id est, ex contractu filiifamilias militis, tenetur pater creditoribus filii intra modum peculii, id est, de peculio duntaxat, nō in solidum, idque intra annum vtilem, ex edicto prætoris. Ergo actio de peculio post mortem filii est annalis, *l. 1. D. quando act. de pecul.*

40 Sed cur † mortuo filio pater tenetur de castrensi peculio, qui viuo filio nō tenebatur? Quia pater eius filii pecuniam in bonis non habuit, nam totum erat filii viuentis. Mortuo autem filiofamilias, peculium etiam castrense ad patrem redit. Id enim pater occupat & peculium accipit vt hereditatem, *l. 2. D. de pec. Castrens.* Itaque commutata ratione incipit teneri, qui prius non tenebatur. Sed ita pater tenetur hoc casu duntaxat de peculio, si filiusfamilias miles, intestatus mortuus sit. Ceterum si testamento patrem heredem relinquat, tenebitur in solidum pater, vt ibi scriptum est. Hoc eo fit, quia filius suo nomine in solidum tenebatur, vt & filiifamilias omnes, *leg. filiusfamilias ex omnibus, de obl. & actio.* Heres autem æri alieno defuncti in solidum obligatur, *leg. vltim. infr. de actio. hered. l. morte, de acquiren. hered.* Quod si heredem filiusfamilias aliū instituerit, eueniet vt pater nullo modo teneatur ex contractu filii. Non in solidum, quia non est heres. Non de peculio, quia peculium ad heredem scriptum peruenit: vti consequens sit, non magis patrem de peculio castrensi conueniri posse, quam potuit conueniri filio viuo, quo tempore peculium non erat patris. Restat igitur, vt si volumus patrem de peculio teneri viuo filio, necesse sit eum solum teneri de peculio profectitio & aduentitio filiifamilias.

Sed & hæc dissimili iure habentur. Peculiū profectitium simile est, peculio seruorum. Id † quicquid seruus acquirit, id totum domino acquiritur, 41
siue sit in peculio, siue extra peculium, *§. item nobis, Instit. per quas personas.* Sic † & peculium profecti- 42
tium in totum acquiritur patri, *§. 1. Institut. per quas person. & l. cum oportet, infr. de bonis quæ liberis.* Proinde nulla hæsitatio esse debet, quin ex contractu filii, teneatur pater † de hoc peculio, ad similitudinem 43
domini, qui ex contractu serui conuenitur. Proinde viuo filio, conuenietur pater semper de hoc peculio: filio autem mortuo, aut emancipato cōuenietur pater de peculio intra annum, *l. 1. D. quando de pec. est act. an.* Et † quoniā hoc peculium totum patris 44
est, potest pater de hoc peculio deducere, idem quod dominus de peculio serui. *l. sed si damnum, §. pec. D. de pec.*

Non est † in eadem caussa peculium aduētitium. 45
Hoc quoad proprietatē est filiorum, vsufructu vero patris. *l. cum oportet, infr. de bonis quæ liberis, §. 1. Instit. per quas person. obl. acquiratur.* Sed & quædam aduenientia in totum filiisfamilias acquiruntur, & proprietate & vsufructu. Casus excepti sunt *in l. vltim. in Auth. excipitur & duobus sequentibus, infr. de bonis quæ liberis.* De † peculio aduentitio, quod in totum 46
filiofamilias acquiritur sic statuēdum est, patrem de eo peculio conueniri non posse, non magis, quam potest conueniri de peculio castrensi, aut quasi castrensi, *l. vlt. §. 1. & 2. infr. de bon. quæ lib.* solum mortuo filiofamilias, potest de eo peculio conueniri intra annū. Nā mortuo filio pater omne peculiū occupat vt peculiū si filiusfa. intestatus decesserit, vsq; adeo vt occupet castrēse & quasi castrēse, multo igitur magis aduentitium, *d. l. 2. ff. de Castr. pec.* Nō potest aūt pater in hac causa conueniri in solidum, quia nō potest esse heres filiifamilias, non militis, propterea quod filiusfamilias de bonis aduentitiis testamētum facere non potest, *l. penult. & vlt. infr. qui testament. fac. poss.*

Dubitari † potest de aduentitio peculio, cuius v- 47
susfructus prorsus est patris; dubitari, inquam potest an ex contractibus filiifamilias, pater de eo peculio conueniri possit. Nam cum antea dixerim, patrem de peculio castrensi non teneri, quod id peculiū non est patris. Est autem iniquum exigere a patre, vt præstet quod non habet. Respondeo. Etsi aduentitii peculii proprietas non est patris, tamen si vsusfructus patris est, vna cum vsufructu eius peculii plena etiam administratio patri tribuitur, vt possit & debeat

pater in eo peculio excipere omnes actiones filii, quibus tenetur *l. vlt. §. vbi autem, infr. de bon. quæ lib.*

48 Sed † an conuentus de hoc peculio pater poterit deducere, quod sibi debetur, cum peculium non sit eius? Respondeo, potest non minus quam si de proprio aduentitio conueniretur. Idq; efficitur eadem, *l. vltim. §. vbi autem*, vbi in hoc peculio tribuitur patri, vt non solum excipiat ea, quibus filiusfamilias tenetur, sed etiam, vt mouere possit actionem filii nomine, id est, vt possit exigere iudicio, quod filio debetur. Poterit igitur etiam exigere, quod sibi debetur, ex iisdem verbis. Et si potest exigere, etiam similiter soluere potest, exemplo tutoris, cui pupillus aliquid debet, *l. quoties. §. sicuti. D. de adm. tut.* Hoc autem exigere, quod filius patri debet, nihil aliud est, quam deducere de peculio quod patri debetur.

Hæc de peculio aduentitio ita sunt, quamdiu filius viuit, & in potestate patris manet. Quod si filius sui iuris effectus sit, actio de peculio ipso iure euane-
49 scit, nec fit amplius ex edicto. nam ipse † filius conueniri de peculio non potest: suo enim nomine tenetur in solidum, *l. filiusfam. de obl. & act.*. Non potest conueniri pater de peculio, aut patris heres, quia amplius pater aut heres id peculium non habet, sed peculio sublato proprietas manet filiofamilias. & vsusfructus patris eodem tempore finitur, finitus ad proprietatem redit, ita vt iam peculium incipiat totũ esse filii. Quod si filiusfamilias mortuus erit, hoc solũ casu actio de hoc peculio dabitur aduersus patrem intra annum. Eodem exemplo, quo aduersus patrem datur actio de peculio castrẽsi intra annum, si filiusfamilias intestatus moritur. Nam eodem modo pater peculiũ aduentitium filii occupat tanquam peculium, vt occuparet peculium Castrense aut quasi, vt antea dixi.

Propria igitur caussa filiifamilias, diuersa a seruis est in peculio, & cum de peculio aduersus patrem agitur, ex contractu filiifamilias. In altero quoque genere rerum, propria caussa filiifamilias, est, cum de patre conueniendo agitur ex contractu filiifamilias, nempe in munerib. publicis, quæ filiusfamilias gessit, veluti si magistratus ciuitatis creatus sit, aut decu-
50 rio. Nam † filiifamilias ad honores & munera publica admittuntur, æque ac patresfamilias, neque in eo sequũtur ius propositum, *l. ille a quo, §. vlt. cum l. seq. in pr. D. ad Treb.*

51 Ex hac † administratione tenetur pater non tantum de peculio, aut de eo quod in rem patris versum est, sed etiam in solidum, si modo filius munus gesserit voluntate & consensu patris, *l. 1. hoc tit.* Consensisse pater gerente filio intelligitur si cum filius crearetur pater præsens nominationi non contradixit, *l. 2. D. ad mun.* Idem est si absente aut ignorante patre, filius creatus est, deinde re cognita munus pater agnouit. Agnoscere intelligitur, si verbis testatus est, se munus admittere, aut velle administrationem ad se pertinere, siue sine verbi aut vlla testificatione administrationem eius muneris attigit, *leg. si filiusfamilias, D. de tut.*
52 Hoc † si in ceteris muneribus recipitur, idem quoque recipiendum fuit, si filiusfamilias tutor, aut curator creatus est. vt in hac l. 1. scribitur. Nam tutela & cura munera publica sunt, *Insti. de exc. tut. in pr.* Sed hæc cautio adhibenda est: Nam interest vtrum filiusfamilias creatus sit tutor a magistratu, an vero testamento priuati datus. si a magistratu datus est, valet quod supra dixi, & pater ex hac administratione tenetur in solidum, si filio in hac administratione consenserit. *d. l. si filiusfam. D. de tut.* Ita non est si filiusfamilias testamento datus sit tutor: nam hoc casu quamuis voluntate patris tutelam admiserit, tamen nõ tenetur in solidum pater. Sed pro conditione reliquorum contractuum filiifamilias, nempe de in rem verso & de peculio, *l. Lucius 21. D. de admin. tut.*

Cur hæc tam varie, cum testamento debita tutela, non minus sit munus publicum, quam delata a magistratu. Respondeo: Differentiam auctoritas deferẽtium facit, magistratus auctoritas publica est, publice interest res ab eo constitutas seruari, & plenius interpretari pro fauore Reipub. *l. seruo inuit. §. cum prætor. D. ad Treb.* Testatoris, priuata auctoritas est. Huc accedit, quod est verius, ꝙ pater dum tutela testamento delata, consentit filio, magis ex cõsensu videtur probare testamentum. Et vero primo probat testamentum sine quo neque tutela, neque quicquam aliud testamento scriptum valet. Deinde per consequens probat tutelam. Nos ea quæ principaliter fiunt spectare debemus, non quæ per consequens, *l. 1. D. de auct. tut.*

Hoc † ius recte filiis proprium dixi in muneribus 53
publicis. Nam † in ceteris omnibus pater in solidum 54
tenetur ex contractu vel quasi contractu filiifamilias, si pater iussit, *l. vlt. infr. hoc tit. l. 1. & vlt. D. quod iussu.* Dicimus † etiam patrem videri iussisse, qui a 55
principio nihil iussit, sed contractu filii cognito, ratum contractum habuit, quia ratihabitio mandato 56
comparatur, *l. 1. §. quod ratum, D. quod iussu.* Sed nihil horum in hoc consensu, de quo dixi interuenit. nam cum pater nominationi filii non contradicit, non ideo iubet vt creetur magistratus aut tutor, sed etsi munus deditum filio, postea agnoscat, nõ tamen ideo ratum habet. Nam id † demum ratum habere 57
possumus, quod nostro nomine gestum est, *l. si pupilli. §. sed si ego. D. de negot. gest.* In muneribus autem publicis, nihil nomine patris aut filii geritur, sed Reipublic. aut alieno, proinde nulla hic ratihabitio patris, interuenire potest. Quod cum ita sit, consequens est, si pater in hac caussa nihilominus in solidum tenetur, eum iure huius caussæ proprio teneri. Hæc sunt, in quibus ex contractibus seruorum & filiorumfamilias domini aut patres tenẽtur vel in solidum, vel in aliam quantitatem, quam exposuimus.

Ex his caussis, cum pater & dominus teneri dicitur, apparet hoc dicere nos, extra has caussas, neq; factum serui domino, neque factum filiifamilias patri nocere. Animaduerti autem potest in superioribus, tantum hoc tribui seruis & filiisfamilias, vt personas suas obligent, deinde his obligatis, perueniatur ad dominos aut patres ad eas summas, quas exposuimus. Hic nihil tribuitur seruo aut filiofamilias, vt quicquid de rebus dominicis aut paternis seu peculiaribus constituerit, perinde esset, quasi gestum non esset, neq; id domino noceat. Hinc est quod dicitur *in l. si seruus hoc fit.* si seruus pecunia accepta concesserit ædes domini creditori habitandas, eum nihil egisse. Item consequens, *in l. si liber. hoc tit.* seruum res † domini, aut proprias aut peculiares, alienare 58
non posse: quod tamen in peculiaribus sic acipiendum est, nisi seruo libera peculii administratio concessa sit: hac concessa, etiam alienatio permissa intelligatur, dummodo nihil deberet, *l. contra, §. vlt. D. de pactis. l. filiusfam. D. de donat.*

Hæc

Hæc administratio non concedi intelligitur vna cum peculio, sed ita demum, si peculio concesso, etiam hæc administratio nominatim concessa sit. *leg. quam, in fin. D. de pecul.* Sine hac tamen concessione vna cum peculio hæc alienatio permissa intelligitur, in nummis peculiaribus, vt eos seruus collocare possit. Idemque intelligendum est concedi in rebus omnibus, quæ seruando seruari non possunt, vt in fructibus, & aliis rebus, quæ cito tempore corrumpuntur. Et ideo placuit seruum pecuniam peculiarem, hoc ipso quod peculiaris est, posse mutuam dare, & exigendo debitorem liberare, *l. fugitiuus, §. vlt. l. quod seruus, D. de sol.* Quod in seruo & peculio serui diximus, ad filiifamilias peculium etiam transferendum est. Nihil ex eo alienare potest filiusfamilias, nisi secundũ conditiones supra scriptas. De pro-
59 fectitio † eius peculio non dubitamus, quin hoc similiter acquiratur patri, vt peculium serui domino. *§. 1. Instit. per quas person.* De aduentitio dubitari potest, cum proprietas huius peculii sit filii. Sed nihilominus in hoc idem placet, *l. vltim. §. filiusfam. infr. de bon. quæ lib.*

Expositus est primus locus huius tituli, in quo quæri dixi, ex contractibus seruorum & filiorum familias, quãdo & quatenus domini, patresue teneantur. Alter locus attingitur de ipsis filiisfamilias contrahentibus, an hi ex suis contractibus teneantur, & quatenus. Hæc quæstio ad generalé constitutionem reuocanda est & quærendũ, vtrum infra scriptæ personæ quatuor, ex quarum contractibus alios teneri
60 dixi, etiam ex suis illis contractibus teneantur. Et † in exercitoria actione, vbi liber homo naui præpositus est, placet, si quid cum eo eius rei caussa contractum sit, eo nomine duos teneri, dominum qui præposuit exercitoriæ, & citra controuersiam ipsum magistrum, qui cõtraxit. Optima ratione, quia ipse est qui contraxit, nõ exercitor, & præterea liber est, vt nihil obstet eius obligationi: proinde necesse est secũdum regulam iuris eum ex contractu suo obligari, *l. 1. §. est*
61 *autem, D. de exerc. §. 1. Inst. de obl.* Idem † in institore libero nõ minus probandum est, præsertim cum exercitoria dicatur constituta ad similitudinem institoriæ, *l. 4. §. prox. tit.*

62 Alia cõditio † est seruorũ. Serui ex delictis suis obligantur, & manumissi obligati manent, *§. omnis. Inst. de nox. act. l. serui, de obl. & act.* At ex contractibus ciuiliter non obligantur, tamen obligãtur naturaliter, *d. l. serui, de obl. & act.* Quia quod ad ius ciuile attinet, serui pro nullis habentur, *l. quod attinet, de regul. iur.* Idq; adeo verũ est, vt nec manumissi ex suo facto cõueniri possint, *l. vlt. infr. an seruus pro facto.* Filiifami-
63 lias † propria caussa est, diuersa a ceteris hominibus liberis, & diuersa a seruis. In eo cõditio filiorumfam. communis est, cum reliquis patribusfamilias, quod filiifam. quamdiu in potestate patris sunt, ex omnib. contractibus, vt patresfam. obligantur & conueniri possunt, proinde in solidũ. *l. filiusfa. §. ex omnib. de obl. & act.* Minor dubitatio est de beneficiis filiorumfa. quando ex iis teneantur, cum & ex suis teneãtur serui. De contractibus maior dubitatio. Sed & de contractibus filiorumfam. idem placuit. *l. iam ex contractib. D. de iud.* Nec hic vllus contractus generaliter exceptus est, siue filiusfamilias suo nomine se obliget, siue alterius dum fideiubet, dũ spondet, dum cõstituit pecuniam, *l. si ex alia, l. si mandata h. tit.* Hinc fit vt quoties cum filiofamilias contractũ est, ex eo contractu incipiant duo esse eius rei nomine debitores, filius in solidum, pater de peculio dũtaxat. Quod sic intelligamus, si neque iussu patris contractum, neq; quicquam in rem eius versum, *l. si cum filiusfam. & l. seq. D. de pecul.*

Hæc autem eadem sententia est *in l. nulla, hoc titul.* ibi pater Asclepiad. cõsulebat, quoniam filius † suus 64
fideiussisset pro alio, an ipse filius ex ea caussa recte conueniretur in solidum, & an etiam in solidũ conueniri possit ipse pater? Respondetur, nullam rem prohibere, quo minus ex caussa, filius qui fideiussit in solidum cõueniatur, cum in ea lite suis defensionib. vsurũ. Defensiones patris in actione de peculio sunt hæ, vt dicat se peculium non concessisse filio, aut peculiũ ante permissum, sine dolo malo ademisse, aut res peculii sine dolo malo suo intercidisse, aut filium sibi multa debere, quæ prius deducere oporteat, quibus deductis nihil supersit in peculio, aut supersit parum. Quæ omnes defensiones nascuntur ex definitione peculii, de qua supra dixi, item ex ratione peculii finiendi.

Ex † omnib. caussis ex quib filiumfam teneri dixi, 65
excepta est mutui datio, cũ pecunia filiofamilias mutuo deniq; data est, sed hoc ita si sit illicita mutui datio. Ex hac nec filius, multo minus pater tenetur, *l. si ex alia, h. tit.* Illicita mutui datio est in persona filiifamilias, cum mutua pecunia filiofamilias data est contra Senatusconsultum Macedonianum, de quo ĩ. *ad SC. Maced.* Hæc de obligatione filii ita sunt, quamdiu filiusfamilias in potestate manet, vt initio præfati sumus. Quod † si sui iuris esse cœperit, id ius mu- 66
tatur, & incipit filii caussa fieri diuersa tã a ceteris liberis quam a seruis. Nam placet eum teneri solum in id, quod facere potest, non amplius in solidum, quod ius proponitur in *l. 2. h. tit.*

Hoc beneficium filio tribuitur certis conditionibus, quæ sunt comprehensæ edicto, quod exstat *in l. 2. D. quod cum eo.* Merito, nã nulli in delictis succurritur. *l. si ex caussa, §. cum videndũ. l. auxilium.* Secundo exigitur, vt contractum sit cum filiofamil. ergo si contractum erit cum eo qui sui iuris erat, deinde is se arrogandum dederit, ac postea emancipatus sit, aut alio modo sui iuris factus, nihilominus in solidũ cõuenitur. Hoc ideo, quia cum homine sui iuris cõtraxit, eius conditionem secutus est. Itaq; ab initio, obligatio certam conditionem accipit, vt qui contraxit exemplo ceterorũ patrumfam. in solidum teneatur. Hæc conditio obligationis postea, tempore mutari non potest, argumento *l. vero. § pen. D. de sol.* Tertio exigitur vt is, qui contraxit, sui iuris esse cœperit, vel emancipatione, vel aliis modis, vt morte patris, ergo quamdiu filiusfam qui cõtraxit, erit in potestate patris, tamdiu in solidum conueniri potest, cum non tribuatur hoc beneficium nisi emancipato.

Cur hęc tam varie? cum filiusfam. minus habeat, quam is, qui paterfamilias esse cœpit. Nam ei qui sui iuris esse cœpit, incipiunt omnia acquiri posse. Et ꝗ peculiũ aduentitiũ prius habuit, in solidũ proprium eius efficitur, vt videatur multo magis ipsi filiofam. consuli debuisse? Respon. hoc ipso filiusfam. plus habere intelligitur, quã sui iuris, quia quãdiu in potestate manet, etsi cetera deficiũt tamen sumtib. patris alitur in domo patris, vt ceteri domestici, & ꝗ sunt in potestate patris. Solutus aũt potestate trãsit in aliã familiã, & se suis sumtib. alere cogit, nisi velit cũ patre cõtendere, vt ab eo inops aleretur ꝙ facere põt, *l. si*

*quia lib. D. de agn. lib.* Sed cum patre cōtendere filio durum est, soluto ergo patria potestate filio beneficium huius edicti tribuitur,&si filius emācipatus est, aut alio modo liberatus patria potestate viuo adhuc patre nihil amplius exigitur ad beneficium huius edicti obtinendum.

At si filius solutus sit potestate morte patris, hic amplius quartū exigitur, vt filius sit exheredatus. Ergo si a patre erit institutus, & patri heres exstiterit, hoc beneficio non vtetur. Hæc differentiæ ratio est, quia qui heres patri exstitit, eodem loco est, quo esset si in patris mansisset potestate. nam iisdem bonis paternis fruitur. Sed exheredatum & institutum hic cum effectu accipimus. Nam interdum exheredatus beneficium huius edicti non habet,& contra, interdum habet institutus, si filius a patre exheredatus sit alio herede instituto. Sed si heres rogatus restituere hereditatem filio,& hereditas filio restituta sit, filius in solidum conuenietur, quia effectu heres est, non exheredatus, *l. 5. §. vlt. D. eod.* Contra si filius sit institutus, sed ex minima parte, hæc institutio pro exheredatione est, quamuis filius hereditatē adierit. Itaque beneficium edicti ad eundem pertinet, *l. 2. in fin. l. 4. in pr. D. eo.* Exheredationis vim habet ex edicto, si institut⁹ heres filius, hereditate patris se abstineat. Sic enim fit, vt nihil ex hereditate patris consequatur, non magis quam exheredatus, *l. 2. hoc tit. l. 2. D. eodem.*

67 Hæc cum cōcurrent,† tum placet, filium, qui sui iuris factus est, conueniri posse solum in id, quod facere potest. Sed cur hoc beneficiū potius tribuitur filiofamilias debitori, quā ceteris debitoribus, cum dixerimus filiosfamilias ex omnibus caussis similiter obligari, vt patresfamilias? Respond. Æquitas huius iuris hæc est quia filiusfamil. emancipatione, & aliis modis, quib. liberatur patria potestate, repente bonis prioribus,& facultatibus excidit, cū amplius bo-
68 nis patris & sumtib. non alatur: quæ repēte † emergunt, auxilio egere putantur, *l. de reb. ex caus. D. de interrog.* non est tamē hoc satis, nam hac ratione omnibus debitoribus qui repēte sua amisissent, idem tribueremus, quod secus est. Nam certæ sunt tantum personæ, quibus hoc beneficiūm datur, quæ commemorantur in *l. sunt qui, D. de re iud.* Addo igitur quod creditores, qui cum filiofamilias cōtraxerunt, hos casus præuidere potuerūt. Nihil enim frequentius est, quam filiumfam. liberari potestate patris, aut mori patres. Nec queri possunt, vt dicant se ignorasse eum, cum quo contrahebant, esse filiumfamilias.
69 Nam † qui cum alio contrahit, est vel debet esse eius conditionis non ignarus *l. qui cum alio. de reg. iur.*

70 Facere † posse dicitur aliquis dupliciter. Natura-
71 liter & Ciuiliter: Naturaliter † vnusquisque facere potest, qui habet in bonis quod præstet creditori. Non sic hoc loco accipimus. nā alioqui omnes debitores non conueniuntur, nisi in id quod natura facere potest, id est, de suis bonis præstare. Nemo enim præstiterit, quod nō habet. Alia igitur significatio hæc est,
72 ea aūt est ciuilis vt dixi. Ciuiliter † igitur facere posse debitor dicitur, quod facere potest deducto prius ne egeat, id est, deducto eo, vnde honeste pro dignitate filiifamilias viuere possit. Hoc deducto, si quid relinquitur id demum est, quod eū facere posse nunc dicimus, *l. in commendatione, de reg. iur.* Ciuilis, vt dixi, hæc significatio est, quia consuetudine loquendi ita homines & ciues loquūtur, vt dicant, quenquam facere posse, quod potest commode, & sine vitæ aut existimationis periculo, *l. nepos, de verb. sig.*

Sed additur in edicto, vt filiusfam. hactenus conueniatur cum sui iuris factus est, caussa tamen cognita, *d. l. 2. D. eod.* Hæc verba eo pertinent, nō vt conueniatur filius in id, quod facere potest, sub conditione, *Si caussa sit, vt ita cōueniatur.* Nam hæc abunde idonea caussa est, si sit emancipatus, nec hereditatem patris obtineat: sed pertinet eo, vt denegetur filiofamil. hoc beneficium si sit caussa, cur denegetur, quas
caussas † debitorem probare oportet, cuius † bene- 73
ficii denegandi caussæ duæ sunt. Vna, cum filiusfamil. cum contrahebat, mentitus sit, se esse patremfamil. *l. 4. §. interdum, l. 1. D. eod.* Merito huic denegatur beneficium edicti, quia hoc beneficio succurri-
tur inopiæ filiifam. Deceptis † non decipientibus iu- 74
ra opitulantur, *l. 2. §. verba, ad SC. Velleian.* Altera caussa est, si post multos annos, quibus filius emancipatus est, is conueniatur, *l. 4. §. sed an etiam, D. eod.*
Post multos annos valet diu, hoc † autem diu valet 75
post decem annos, *l. si cum. §. Aristo. D. qui & a quib. manum. lib. non fiant.*

Cur post decem annos filius in solidum conueniri possit, hæc ratio probabilis redditur, quia intra tam longum tempus quærere potuit, vnde creditoribus satisfaceret: quod si nō fecit, de sua ignauia & socordia quæri debet. In hoc tamen cognitio caussæ versatur: Nam fieri potest, vt intra pauciores annos quærere potuerit, fieri potest, vt intra tam multos annos non potuerit. Si intra paucissimos annos quærere potuerit neque quæsiuerit, in solidum tenebitur, veluti si oblatas successiones aut donationes repudiauerit. Et contra si intra decem annos valetudine prohibitus est, ne quid possit quærere, aut prohibitus aliis casibus huiusmodi, vt bellis, &c. semper beneficio edicti vtetur, *d. l. 4. sed an etiam.* Dixerit aliquis filium emancipatū, aut morte patris, sui iuris factum in totum conueniri non posse, id enim scriptum esse *in l. 4. hoc tit.* Sed animaduerti debet in ea lege agi de filio, qui non contraxit, sed qui ex contractu patris mutuam pecuniam acceperat. Id ita cōtigerat: Conuenerat inter patrem & creditorem futurum, vt creditor patri mutuam pecuniam daret, quia pater deberet creditori. Cum restaret vt acciperetur pecunia a creditore, pater mandauit filio, vt eam pecuniam a creditore acciperet, accepit, sed non ex suo contractu, sed ex contractu patris. Non est dubium, quin mortuo patre filius omnimodo non teneatur. Nam non teneretur, si adhuc esset in potestate patris, propterea, quod non contraxit, sed pater. Si tamē idem filius patri heres exsistat, conuenitetur in solidum, non quia contraxit, sed quia heres in æs alienum defuncti succedit, *l. vlt. ff. de hered. act.*

Cetera huius tituli exposita sunt. Quædam obiter obseruanda, quæ indigent obseruatione, *in l. ei qui, §. vlt. & l. vlt. hoc tit.*

*Ad L. 7. Ei qui.*

Impp. Dioclet. & Maximian. Augusti. & CC. Crescenti.

*Ei, qui seruo alieno dat pecuniam mutuam, quam diu superest seruus, item post mortem eius intra annum de peculio in dominum competere actionem: vel, si in rem domini versa sit hæc quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui iuris. Quapropter siquidem in rem domini pecunia versa est: heredes eius conuenire*

*conuenire potes de ea summa, quæ in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit: consequens est, vt superstite quidem seruo dominum de peculio conuenias: vel si iam seruus rebus humanis exemtus est, vel distractus seu manumissus, nec annus excesit: de peculio quondam aduersus eum experiri possis. Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, & eius personam elegisti: peruides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Dat. Non. April. Bizantii AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Creditori negotiorum gestorum, an actio detur, aduersus dominum negotiorum ex datione mutui.*

2 *Negotium domini vt gestum dicatur, quæ requirantur.*

SI quis alienum negotium gerens, pecuniam mutuam accipiat, rem agens domini, id est, in rẽ domini negotium gerens, constat eum, qui accipit, ex persona sua obligari, quia cum creditore contrahit, 1 sed quæsitũ est, an ex ea † caussa creditori actio danda sit aduersus dominum negotiorum? Et hoc loco traditur dari posse. Sed quomodo creditori ex hoc mutuo, actio dari poterit aduersus dominum, cum mutuum sit contractus. Creditor autem cum domino nihil contraxit, quoniam non contrahitur nisi inter consentientes, *l. si me & Titium. D. si cert. pet.* Respondeo. Non est actio aduersus dominum ex contractu mutui, ne erremus, sed est actio negotii gerendi, *l. si pupilli. §. 1. de neg. gest.* Ergo erit actio ex hac caussa aduersus dominum, si in ea mutui datione, negotium domini gestum sit.

2 Vt † negotium hic domini geratur, tribus modis contingit. I. Si pecunia in rem domini versa est, vt in rem eius accepta erat. Hic opponitur, *l. non aduersus, ꝟ. si cert. pet.* vbi is, qui pecuniam mutuam primo accepit, solus tenetur, & quamuis eam pecuniam postea alii crediderit, tamen non tenetur primo creditori, secundo debitori. Respondeo, Illic agitur de debitore, qui pecuniã suo nomine accepit. Hic quærimus de eo, qui pecuniam accepit alterius nomine. Item, qui suo nomine pecuniam accepit, ipso gestu suum negotium gerit, quod eius negotium esse cœpit, id alterius postea euentu fieri non potest, *l. si pupillus, §. idem ait, §. quid ergo, de negot. gest.*

Altero modo id contingit, si dominus mandauit negotiorũ gestori, vt pecuniam mutuã is acciperet. Voluntas domini negotium & rem eius facit, *l. 3. §. sed si, de in rem verso.* Tertio modo id contingit, si neque pecunia in rem domini versa est, neq; dominus ab initio mandauit, vt ea pecunia acciperetur, sed re postea cognita contractum ratum habuit, vt hic scriptum est: Hoc consequens est prioris. Nam si tenetur dominus qui iussit, tenetur & is qui ratũ habuit, quoniã ratihabitio mandato comparatur, *l. vlt. ꝟ. ad SC. Maced.* Et ex hoc notandũ est, hoc loco agi, de eo administratore, qui negotium alienum gerebat sine mãdato. Nam si procurator esset domini, nihil opus esset ratihabitione, *l. si proc. D. de condic. ind.* Hæc sententia minus dubitationis habet, si creditor negotiorum gestorum pecuniam crediderit domini cõtemplatione. Nam hoc casu expressum est *in l. si pupil. §. 1. D. de negot. gest. & in l. liberato, in pr. D. eod.* dominum teneri negot. gest. actione. At quid si creditor pecuniam gestori crediderit ipsius solius contẽplatione, seu eius personam eligens? Et scriptũ est hoc loco, idem dicendum esse.

Hic nonnulli loci opponuntur. Primo, *l. si creditor per. infr. si tut. vel cur.* Nam illic, pecunia curatori data est ab eo creditore, qui curatoris personã secutus est, non minorum, quorum negotia gerebantur, illic scriptum est, hoc casu, nullam esse actionem creditori aduersus minores. Respond. Hoc ideo contigit in specie eius loci, qui non opponitur, si curator pecuniã accepisset vt curator, id est, nomine minorum. Quod si nomine minorũ pecuniam accepisset; eandem exceptionem adiiceremus, quæ hoc loco adiecta est, vt diceremus, nullam actionem aduersus dominum dari, nisi contra quæ hic sequuntur, quæ non proponuntur contigisse, *in d. l. si creditor.* Opponitur præterea, *l. si pupilli, §. 1. de negot. gest.* Illic enim traditur, si creditor pecuniam procuratori dederit, contemplatione domini, non procuratoris, solum dominum negot. gest. actione teneri, procuratorem non teneri. Ergo idem econuerso dicendum est, vt si creditor pecuniam dederit contemplatione procuratoris, solus procurator teneri debeat, non dominus. Respond. Non recte colligitur, non enim hæc sunt similia. nam cum creditor pecuniam dat contemplatione domini, negotiũ procuratoris hic non geritur, quoniam vtilitas ad dominum redit, & pecunia accepta procurator teneri non potest domino, cum rem vtiliter gesserit. At cum creditor pecuniam dat procuratori, aut negotiorum gestori, huius gestoris contemplatione, ne scilicet ab administratione teneatur, hoc ipso, domini contemplatione maxime dare intelligitur. Nam vt negotiorum alienorum gestor non teneatur ob pecuniam non acceptam, prius est, vt ea pecunia in vtilitatem domini conuertatur. Ergo creditor, qui posterius vult, nempe vt negotiorum gestor teneatur, intelligitur velle antecedẽs, vt res prius in vtilitatẽ domini conuertatur, *l. illud. D. de acquir. hered.*

Rursum non videtur cum sentẽtia huius loci procedere posse, quod dicitur, si pecunia data sit ei, qui sine mandato negot. gerit, & data nõ sit domini contemplatione, dominum teneri, si contractum ratum habuerit. Non possunt hæc concurrere, vt pecunia data sit ei, qui sine mandato negotium gerit domini, & nihilominus dominus eam dationem ratam habeat, quia quod nostro nomine gestum non est, ratum habere non possumus. *l. si pupilli. § sed si ego, D. de neg. gest.* Recte Accur. hoc expedit: Creditor in proposito, negotium non gerit contemplatione domini, sed gestor negotiorum nomine domini accipit: quod eius nomine acceptum est, recte ratum habetur.

*Ad L. vltim.*

Impp. Honorius & Theodosius AA. Ioanni præfecto prætorio.

*Dominos ita constringi manifestum est actione pretoria. quæ appellatur, quod iussu. si certam numerari praeceperint seruo actoriue pecuniam. igitur hac in perpetuum edictali lege sancimus: vt qui seruo, colono, conductori, procuratori actoriue possessionis, pecuniam mutuam dat, sciat dominos possessionem cultoresue terrarum obligari non posse. Neque familiares Epistolas, quibus homines plerunque commendant absentem, in id trahere conuenit, vt pecuniam; quam rogatus non fuerat, impendisse pro prædiis mentiatur, cum nisi specialiter, vt pecuniam præstet, a domino fuerit postulatus, idem*

*dominus teneri non poßit: creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si huiusmodi personis nõ iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit credita pecunia. sane creditori damus licentiã: vt si liber a rationibus, quas gerebat, fuerit inuentus actor, seruus, procuratorue prædiorum, vtilis actio pateat de peculio. Datum 5. Id. Iun. Rauennæ. Honorio X. & Theodosio VI. AA. Coss. 415.*

SVMMARIA.

1. *Dominus an de pecunia mutuo seruo data teneatur, si non præceperit iusseritue eam pecuniam credi.*
2. *Conciliatio huius leg. cum l. 1. ff. Quod iussu.*
3. *Conciliatio huius leg. cum l. 1. ff. Quod iussu.*
4. *Dominus an teneatur quod iussu, etsi generaliter ita dixerit, Quodcunque cum seruo meo contraxerit, id ratum est, & nu. 6.*
5. *Permissus seu iussus generalis quando sit.*
6. *Quando idem sit specialis.*
7. *Procurator vsu loquendi veterum quis dicitur, cui vniuersa bonorum procuratio mandata est.*
8. *Procurator generaliter dicitur, qui mandatu domini negotia administrat.*
9. *Mandatum generale procuratori datum ad contrahendum, an ad pecuniam credendam extendatur.*
10. *Generali actione specialia omnia, ac si essent expressa, continentur.*
11. *Procurator seu actor possessionis quis sit.*
12. *Negotium possessionis procurandæ in quo consistat.*
13. *Creditor sine speciali mandatu domini pecuniam seruo possessionis credens, illam amittit, nisi data sit sub fideiussoribus, nu. 15. dubitatur nu. 18.*
14. *Serui ciuiliter non obligantur: licet naturaliter, numer. 17.*
16. *Fideiussor omni obligationi accedere potest.*
19. *An ex contractu seruorum domini teneantur.*
20. *Peculium non est nisi in seruis aut filiisfamilias.*
21. *Dictio seruus in genere quid significet.*
22. *Seruorum species.*
23. *Seruus possessionis quis.*
24. *Colonus quis.*
25. *Conductor quis.*
26. *Inquilinus quis.*
27. *Colonus & inquilinus quid differant.*
28. *Procurator possessionis quis.*
29. *Actor possessionis & procurator possessionis quid differant.*
30. *Seruus est qui negotia domini administrat.*
31. *Sententia huius legis, & num. 34.*
32. *Pecunia sine nouo mandato domino credita, an saltem de peculio dominus teneatur.*
33. *Generi per speciem derogatur in toto iure.*
35. *Rationes seu liber rationum serui quis.*
36. *Caussæ huius legis latæ ab Imperatoribus.*

1 IN † hac lege multa sunt animaduersione digna, propterea, quod prima facie falsa videri possunt. Primo ait lex: *Dominos ita demum teneri, quod iussu, si præceperint seruo mutuam pecuniam dari.* Hoc falsum est. Nam non tantum ex caussa mutui, sed etiam ex omnibus quasi cõtractibus, dominus tenetur, quod iussu, si iussu eius cum seruo contractũ sit, *l. 1. D. quod iussu.* Resp. Quod † hic dicitur, recte dicitur, quia vi- 2 detur hypotheca proposita: Apparet enim ex reliqua l. hic quæri de seruo, cui pecunia mutuo data est, sed de ea pecunia queritur, recte definitur, dominum eo nomine nõ teneri quod iussu, nisi præceperit iusseritue eam pecuniam credi. Ceterum in vniuersum si definire velimus, verũ est, *Quicquid † cũ seruo, iussu* 3 *domini contractum sit, dominum qui iußit, in solidum teneri.*

Deinde ait lex, *Pecunia seruo credita, non aliter dominum teneri quod iussu, quam si simpliciter rogatus sit creditor, vt pecuniam ipsi crederet*, quasi speciale mandatum hic interuenire oporteat, generale autẽ non sufficiat. Contrarium scriptum est, *in l. 1. in princ. D. quod iussu*, vbi traditur, dominum quod iussu teneri, etsi generaliter ita dixerit: *Quodcunque cũ servo meo contraxerit, id ratum est.* Respond. Verum † est, etiam 4 generali iussu dominum quod iussu teneri, id huic loco non aduersatur. Nam obseruandum est, hic agi de seruo, cui certa possessio dominica commissa est, seruo generaliter proposito hic deinde dominus generaliter permittat cum seruo contrahi, hic permissus recte dicitur & generalis, & specialis: Generalis est, † si verba spectentur, quoniam nihil excipitur. 5 Specialis est, † si conferatur cum iure mandato, quo 6 dominus seruum possessioni proposuit. Generalis dicitur in *d. l. 1. D. quod iussu.* Hic dicitur specialis, addita ratione prioris mandati, quo seruus propositus est possessioni. Itaque hic sensus est: Si seruo cura possessionis dominicæ mandata sit, deinde ei seruo pecunia ab alio credita sit, non aliter dominus tenetur eo nomine quod iussu, quam si simpliciter, id est, nouo mandato effectum sit, vt creditor seruo pecuniam crederet. Ceterum dum nouum mandatum, nouus iussus intercesserit, nihil refert ad hanc actionem pariendam, vtrum dominus nominatim iusserit de pecunia credita, an vero generaliter iusserit contrahi.

Tertio ait lex: *Non aliter dominũ teneri, quod iussu, quam si simpliciter præceperit pecuniam dari, nõ tantum seruo, sed etiam procuratori actoriue possessionis.* Hoc rursum falsum videtur in pcuratore & actore. Nam procurator † vsu loquẽdi veterum is dicitur, cui vni- 7 uersa bonorum procuratio mandata est. Et vt proprie nomen procuratoris id non significet, tamen generaliter omnis † procurator dicitur, qui manda- 8 tu domini negotia administrat, siue quædam, siue omnia, *l. 1. D. de proc.* At † cum procuratori generali- 9 ter mandatum est, vt contraheret, gereret, generali mandato etiam comprehensum de pecunia credenda accipiendum videtur, quoniam generali † actio- 10 ne, specialia omnia ei generi subiecta continentur, non minus, quam si simpliciter expressa essent, *l. qui peculii, de pec. l. oblig. D. de pig.* Si omnia continentur isto mandato, frustra nouus iussus de pecunia accipienda requiritur.

Respond. Recte hæc diceretur, si hic simpliciter legeretur de seruo, procuratore, actoreue possessionis. Is † procurator est seu actor possessionis, cui ne- 11 gotium possessionis procurandæ datum est. Id † ne- 12 gotium in eo consistit, vt procurator possessionem curet & colat, fructus percipiat, & si opus sit, videat ne corrumpantur. Hæc enim ad curam possessionis pertinent. Hoc mandato non continetur, vt procurator pecuniam accipiat. Potest enim accipere in aliam rem, quam in vsum possessionis, vt tamen in eum vsum non conuertat.

Quarto loco ait lex: *Si quis † sine speciali, id est, nouo* 13 *mandato domini, pecuniam seruo possessionis crediderit, creditorem eam pecuniam amittere, si non crediderit fideiussoribus*

*deiussoribus adhibitis.* Quod ait: *pecuniam a creditore*
*amitti*, superioribus consequẽs est. Nam seruum eo
14 nomine non teneri certum est, quoniam † serui ci-
uiliter non obligantur, *leg. serui. Dig. de obl. & actio.*
Quod ad dominum attinet, prius effectum est, eum
hic nõ teneri. Restat igitur, vt pecunia creditori per-
15 eat, sed hoc ita, nisi † seruo credita sit fideiussoribus
datis, quod ideo adiectum est, quia si fideiussores
interuenerint, fideiussores tenentur. Omni enim
16 obligationi † fideiussor accedere potest, etiã natura-
li, *l. fideiussor obligari, §. fideiussor. D. de fideiuss.* Serui
17 autem † etsi non obligantur ciuiliter, tamen natu-
raliter obligantur. Sed † tamen & hæc sententia vi-
18 detur falsa, nempe fideiussoribus non interuenien-
tibus pecuniam sine nouo iussu aut mandato seruo
creditam, creditori perire. Nam creditor saltem eo
nomine actionem habet aduersus dominum de pe-
culio, quæ non tantum competit, si cum seruo con-
tractum sit, ignorante domino, sed etiam si contra-
ctum sit domino inuito, *leg. si quis seruum, §. vltim.*
*Digest. de pec.* idque etiam ipsum dicitur in exem-
plum huius legis. Respondeo, de eo suo loco postea
dicetur.

Quinto ait lex: *Si dominus præceperit pecuniam da-*
*ri procuratori, actoriue suæ possessionis, tunc eum, quod*
*iussu teneri, non tantum si seruo dederit.* Ergo etiam
tunc dominus tenebitur quod iussu, cum pecunia
libero homini mutua data erit, qui non sit in pote-
state domini, alioqui lex male distinguit seruum pos-
sessionis, a procuratore aut actore possessionis. Item-
19 que seruum a colono & conductore. Falsum † est
autem ex contractu seruorũ dominos teneri, vt &
patres ex contractu filiorumfamilias, *leg. prima, quod*
*iussu, §. primo, inuito, §. eadem sequen. Instit. quod cum*
*eo, &c.* vbi traditur, solum ex contractu liberorum
hominum alios teneri institoria aut exercitoria a-
ctione. Respondeo. Diligenter notandum est, in
tota hac l. agi tantum de pecunia seruo credita, quæ
a domino serui repetatur. Id ostendunt primo illa
verba: *Dominos non teneri, quod iussu, nisi præceperint*
*mutuam pecuniam dari.* Non sunt domini, nisi qui
seruos habent, & ex contractu seruorum cõueniun-
tur. Deinde id declaratur in exemplo l. cum dicitur:
*Ex contractu procuratoris, actorisue in specie proposito*
20 *dominum teneri de peculio.* Non † est peculium, nisi
in seruis aut filiisfamilias, *l. paterfamilias, de verborum*
*significatione.* Non agitur hic de filiisfamilias, vt appa-
ret. Reliquum est igitur, vt de seruis agi intelliga-
tur. Hac ratione recte dicitur: *Si simpliciter dominus*
*iusserit pecuniam seruo suo credi, dominum teneri quod*
*iussu.*

Non obstat, † quod in lege distinguitur seruus a
colono, conductore, procuratore, actoreue pos-
sessionis. Nam generaliter hi omnes serui intelli-
22 guntur, sed genus serui, distinguitur in has † species,
vt quidam sit seruus solum possessionis, quidam co-
lonus, quidam conductor, quidam seruus procura-
23 tor actorue. Seruus † est duntaxat possessionis, is, qui
collocatus est a domino in possessione, velut obser-
24 uator, & vt custos. Colonus † est, cui dominus agrum
suum locauit, vt seruus fructus suo nomine percipe-
ret, & conuerteret in peculium, mercedem autem
25 domino solueret ex peculio suo. Conductor † ge-
nerale verbũ est, & pertinens ad colonos qui agrum
conducunt. Sed hic simpliciter accipiẽdum est, ver-
26 bum, de cõductore ædium, qui proprie dicitur † In-
quilinus. Nam † colonus est in agro, Inquilinus in
ædibus, ambo conductores, *l. repignoris, D. de acquir.* 27
*possess.* Procurator † possessionis est, cui possessio ge- 28
renda & curanda commissa est, *l. 1. D. de proc.* Actor
idem significat, † sed hoc interest, quod procurato- 29
ris nomen, tam ad liberos, quam ad seruos pertinet.
Actor proprie de seruis dicitur. Is autem est seruus
qui † negotia domini administrat, *l. qui ita stipulatus,* 30
*§. Chrysogonus, de verb. oblig.* Itaque † legis sententia 31
hæc est. Pecunia seruo credita sine nouo mãdato do-
mini, dominus quod iussu, nõ tenetur, siue vt seruus
sit, tamen possessionis custos, siue colonus in agro, si-
ue conductor & inquilinus in ædibus, siue procura-
tor rem administret nomine domini, aut actor, quod
idem est.

Ad extremum † ait lex: *Etsi pecunia sine vllo nouo* 32
*mandato procuratori, actoriue possessionis credita sit, sal-*
*tem dominum de peculio teneri.* Obstant præcedentia:
Nam prius generaliter dictum est, *Si quis simpliciter*
*non rogatus pecuniã seruo huic crediderit, eum pecuniam*
*amittere.* Respondeo: Quod prius generaliter di-
ctum est, cum exceptione, hic subiuncta, accipien-
dum est, vt intelligatur creditor pecuniam amittere,
nisi agat aduersus dominum de peculio. Non obstat
generalitas præcedentis sententiæ. nam quoties de
generali actione aliquid simpliciter excipitur, nihil
amplius in generali manere intelligitur, quã id quod
exceptum non est. In toto iure † generi, id est, ge- 33
nerali creditori, per speciem, id est, specialem dero-
gatur, *l. in toto iure. D. de reg. iur. l. si peculium, in pr. de*
*na. test.* Ex his apparet, summam † huius legis hanc
esse, quæ conueniat omnimodo cum iis, quæ initio 34
dixi. Si seruo pecunia mutuo data sit, iubente domi-
no, vel simpliciter, vel generaliter, dominum quod
iussu teneri, si nullus iussus domini intercedat, tamen
dominum de peculio saltem teneri.

Sed hic conditio in actione de peculio additur:
*Si seruus, cui pecunia credita est, liber inuentus sit, a ra-*
*tionibus quas gerebat.* Sensus est: *Si reperiatur domino*
*nihil debere*, continens pro contento positum. Nam
rationes, seu liber † rationum serui, est is, in quem 35
referuntur ea, quæ seruus debet ex administratione
& aliis caussis. Hoc eo additum est, quia si quid ser-
uus domino debet, id ante omnia de peculio dedu-
citur, & ob hanc caussam eatenus peculium minuit,
vt eatenus de peculio agi non possit, *l. sed si damnum,*
*§. peculium, D. de pec.* Solum ergo peculium intelli-
gitur, & de eo solũ agi potest, cum deducto eo, quod
domino seruus debuit, aliquid in peculio superest, *l.*
*sed si damnum, §. pecul. D. de pec.*

Hæc cum sint ex l. veter. merito quæritur, quid
opus † fuerit eadem sarcire hac lege, quam Impera- 36
tores edictum vocant, quasi aliquid noui iuris aut
perplexi constituant. Respondeo: Legi occasionem
præbuerunt circumstantiæ quæstionis huius ꝓposi-
tæ. Nam hic nõ agitur de quouis seruo, sed de seruo,
qui agris, aut ædibus domini propositus est a domi-
no, vel vt custos, vel vt conductor. Hoc præterea ad-
debat dominus, qui seruum possessioni præposuẽ-
rat: Commendauerat seruum creditori, qui postea
seruo pecuniam tradidit. Hic circumstantiæ effice-
re videbantur, vt dominus satis de pecunia seruo cre-
denda mandasse videretur, quia pecunia videtur ac-
ceptã esse, ad vtilitatem possessionis, cuius cura ser-
uo mandata est. Deinde qui commendat seruum,
mandare videtur, vt in seruum quiduis officii confe-

rat. Quæstio est, an hæ circumstantiæ ita accipi debeant? De ea hac lege cautum est, & obiter notan-
37 dum, commendationem † qua alios cõmendamus, nos non obligare, *l. si vero non remunerandi, §. cum quid. D. mandat.*

## AD TITVLVM COD. XXVII. Per quas personas nobis obligatio acquiritur.

ET contractb. & facto alterius onerari & conueniri nos non posse, præterquam in his caussis, quæ superioribus titulis duobus expositę sunt, dixi initio. Hinc introducitur quæstio, an saltem per alios nobis obligatio acquiri possit? Quæ quæstio hoc titulo attingitur.

### *Ad L. 1. Excepta.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA, Marcellæ.

*Excepta possessionis caussa, per liberam personam, quæ alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratæ rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insequuta est: nulla domino obligatio acquisita est. Seruis autem res traditæ, domino acquiruntur Datum Calend. Jul. ipsis & Coss.*

SVMMARIA.

1 *Redintegrare est rem amissam restituere in integrum.*
2 *Vindicatio est in rem actio: quæ non nisi domino competit.*
3 *Ex stipulatione procuratoris stipulantis domino fundum restitui an domino actio quæratur. nu. 14*
4 *Personarum, per quas nobis acquiritur, genera duo: serui & filii famil.*
5 *Per seruos alienos quomodo nobis acquiratur.*
6 *Seruorum nomine etiam liberi homines intelliguntur, quos bona fide possidemus.*
7 *Per caussam possessionis quid intelligatur.*
8 *Caussa in vsu iuris quomodo accipiatur.*
9 *Possessio per quęlibet nobis acquiritur: nostro tamen nomine, & nobis volentibus: an etiam nobis ignorantibus. nu. 11.*
10 *Possessio non acquiritur nobis nisi animo & corpore: explicatur.*
12 *Procurator quis sit.*
13 *Dominiũ an per procuratorem nobis acquiri possit.*
15 *Stipulari alteri an possimus. & nu. seqq.*
16 *Naturaliter acquiri quæ dicantur.*
17 *Ciuiliter acquiri quæ dicantur.*
18 *Procuratore stipulante domino dari, an domino ex stipulatione actio acquiratur: si nõ directa, an saltem vtilis. & nu. 19.*
20 *Ex stipulatione an patrono actio acquiratur.*
21 *Ex constituto, quo quis constituit, procuratori se non domino soluturum, an domino acquiratur actio, saltem vtilis. & nu. 23.*
22 *Personæ, quibus ex constituto pecuniæ soluendæ actio vtilis datur.*
23 *Actio ex stipulatione procuratoris procuratori quæsita, quando & quibus casibus in dominum transferatur: & quod vtilis saltem, non directa transferatur*

SPecies ex facto proposita est huiusmodi. Dominus fundi, vi coactus aut dolo inductus, eum Titio dedit, & ita dando, ipsum dominium amisit, *leg. si procurator. de acquir. rer. domin.* Huius domini procurator re cognita, vel quod illi nominatim ita mandatum est a domino, agit cum Titio possessore, vt eum fundum, quem malis rationibus possidebat, restitueret domino suo, & perfecit, vt possessor vellet restituere. Hoc modo res redintegrata est. quo verbo hoc rescriptum vtitur. Est enim † redintegrare, 1
rem amissam restituere in integrum, *leg. 2. infra. in quibus caußis*

Ob hanc caussam, vt res magis caueretur domino, procurator pactus est a Titio, stipulatus est redintegratæ rei & redintegrati fundi vindicationem, sic enim verba sunt rescripti, quæ verba non sic accipere oportet, quasi procurator his ipsis verbis vsus sit in stipulatione, alioquin stipulatio non tantum esset inutilis, ideo quia procurator alii stipulatus esset, & quia stipulatio esset impossibilis, vsque adeo vt non valeret stipulatio, sed dominus ipse stipulatus esset a Titio eius fundi vindicationem, seu eum fundum sibi vindicare licere. Nam † vindica- 2
tio est in rem actio, *l. actionum, D. de obl. & act.* Hæc actio non competit, nisi domino, *leg. in rem, de rei vindicat.*

Porro hic verus dominus, postquam rem suam transtulit in Titium, dominus esse desiit, vt dixi, *dict. leg. si procurator meus.* Proinde nec iure rem, quæ aliena est, vindicare potest, nec quicquam prodest ei voluntas Titii, restituere volentis. Nam Titius dominus eius fundi, transferre non potest nudo pacto, sed sola traditione, *leg. tradit. infr. de pact.* Sic igitur verba hæc accipere debemus, vt intelligatur procurator stipulatus esse a Titio, eum fundum, de quo quæritur domino suo restitui. Qui stipulatur eius fundi stipulationem, cum effectu stipulatus est eius fundi vindicationem. Nam fundo restituto verus dominus, rursus dominus esse incipit. Domino, vt dixi, vindicatio competit, ita procuratoris est fundi vindicatio, quæ inde nascitur. In summa procurator eum fundum, quem diximus, stipulatus est restitui, non sibi sed domino suo. Quæsitum † est, an ex 3
ea stipulatione procuratoris, vlla quæratur actio domino.

Responsuri Imperatores præmittunt regulam iuris, ex qua inferunt, quod ad quæstionem propositam attinet. Regula iuris est, *Semper liberæ personæ, quæ nostro iuri subiecta non est, nihil acquiri posse excepta caussa possessionis.* Eadem exstat *in §. ex iis, Institut. per quas personas nob. acquiratur.* Hæc regula paucis complectitur, & per quas personas nobis acquiri possit, & per quas non possit, de iis breuiter sic ius habet.

Duo sunt genera personarum, † per quas no- 4
bis acquiritur: serui, quique seruorum loco habentur, & filiifamilias. Per seruos nostros, quicquid acquiritur, nobis acquiritur, *§. item nobis, Institut. per quas personas* Per seruos † item alienos nobis ac- 5
quiritur, si in iis vsumfructum habemus, aut res bona fide possidemus, *§. de iis, & §. sequen. Institut. eodem.* Sed per hos duos posteriores, ex iis tantum duabus caussis, si quid illi acquirant ex re nostra, aut ex operis suis, vt ibidem scriptum est, 6
Seruorum † nomine, & liberi homines intelliguntur, quos bona fide possidemus. Per hos quoque itidem

itidem nobis acquiritur, sed non quiduis. Peculium enim profectitium in solidum patri acquiritur. Aduentitii peculii proprietas est filiifamilias, vsusfructus acquiritur patri, *§. 1. Instit. eodem.* Interdum nec vsusfructus patri acquiritur, sed in solidum peculium aduentitium efficitur filiifamilias, & proprietate & vsufructu, quod contingit in caussis comprehensis, *in leg. vltim. in princ. & Authen. excipitur, infra de bonis quæ liberis.* Peculium castrense & quasi castrense, si filiusfamilias intestatus moritur, ad patrem redit, non successionis & hereditatis iure, sed iure patris, quo pater bona filii, vt peculium occupat, *l. 2. de cast. pecul.* alias ad heredem filii pertinebit *dict. §. primo. Instit. eodem, §. 1. Instit. quibus non est permiss. facere testamen.* Peculium autem aduentitium mortuo filiofamilias, pater totum, iure occupat, eodem exemplo, quo castrense & quasi castr. Non adiicimus hic, si filiusfamilias intestatus moritur, in bonis enim aduentitiis, aliter quam intestatus mori non potest. Non enim potest testamentum de iis facere, *l. pen. & vlt. j. qui testam. fac. poss.*

Si per has personas solas nobis acquiri potest, efficitur per reliquas personas nobis acquiri nihil posse. Hinc responsio huius loci ita concepta est, *pro liberis personis, quæ iuri nostro subiectæ non sunt, nobis nihil acquiri posse.* Dictum est pro liberis personis, quia per seruos tum nostros, tum alienos acquiri potest. Adiicitur, *quæ iuri nostro subiectæ non sunt*, quia per filiosfam. qui homines liberi sunt, acquiri potest, sed & per alios homines liberos, qui in potestate nostra non sunt, si modo a nobis bona fide possideantur, quæ possessio facit, vt iuris interpretatione intelligantur, iuri nostro subiectæ esse.

7 Excipitur hoc loco, caussa possessionis. Caussa possessionis, † nihil aliud est nisi possessio. Itaque quod dicitur hoc loco caussam possessionis, per liberam personã acquiri posse, id alibi dicitur possessionem per liberam personam acquiri posse, *l. 1. & l. per pec. infr. de acq. poss.* Sunt qui putent hic, verbum caussa vacare, & solius elegãtiæ caussa additum esse, vt cum dicimus, caussam facti, pro facto, *in l. denique, D. ex quib. caus.* caussam testamenti pro testamento, *in l. 1. §. hoc interdictum, de tab. exhib.* caussam nouationis, pro nouatione, *l. 4. in fin. D. de vsuris.* Caussam pignoris pro pignore, *l. si conuenerit, §. si fundus. D. de pign. act.* Cuius rei plura exempla colligit Brisson. *in leg. exitus.* Veruntamen nihil prohibet caussam possessionis vsitate hic interpretari pro negotio, in quo de possessione agitur, vt sit sententia excepta possessionis caussa, id est, excepto eo, si de possessione agatur, per liberam personam nobis nihil acquiri posse. Con-
8 stat † caussam in vsu iuris pro negotio, & re gesta accipi, vt cum dicimus: Creditorem esse, cui ex quatis caussa debetur, obligationes ex certis caussis nasci, in quibus omnibus intelligimus negotia & facta, ex quibus obligationes nascuntur, *l. creditores, de verb. signific. l. 1. D. de obl. & act. §. si res aliena.*

In summa excipitur his verbis possessio: Hæc per
9 quemlibet † nobis acquiritur, si nostro nomine ingrediatur possessionem, id est, si ingrediatur hoc animo, vt velit nostro nomine possidere, sed acquiritur tantum nobis volentibus, *l. ea, quæ, de acquir. rer. dom.* de quo ex regul. acquirẽdæ possessionis dictum.
10 Nam possessio † non acquiritur nobis, nisi animo & corpore, vt igitur per alium nobis acquiratur, hoc animo esse debemus, vt velimus possidere, *l. 3. de acquir. poss.* Corpore autem alieno recte nobis acquiritur. Hic enim ministerio corporis quis vtitur. Nihil autem interest, vtrũ ministerio sui corporis, an alieni vtatur: Non obstat † quod dicitur *in l. 1. de acquir.* 11
*poss.* possessionem per liberas personas nobis acquiri posse etiam ignorantibus. Vtrumque enim verum est, per liberas personas possessionem non acquiri nisi volentibus: & tamen acquiri posse etiam ignorantibus. Volentibus nobis acquiritur, si mandauerimus alicui, vt nostro nomine ingrediatur possessionem, & ille sit ingressus. Idq; est, quod dicitur per procuratorem nobis posse acquiri, *l. 1. §. pro proc. D. de acquir. poss. l. per proc. D. de acquir. poss.* Nam procurator † is est, cui negotia nostra gerenda manda- 12
uerimus, *l. 1. D. pro emt.* Sed & volentibus nobis acquiritur, si quis sine mãdato nostro ingressus sit possessionem nostro nomine. Deinde nos re cognita, ratum habuimus, quod gestum est; *l. omnis, §. vlt. de acquir. poss.*

At hoc vtrumque recte fit nobis ignorantibus. Nam & procurator noster ingredi potest possessionem tunc cum ignoramus, non tamen sine voluntate nostra, quia volumus vt faciat. sed & qui sine mandato nostro ingreditur, nobis ignorantibus ingreditur, nihilominus tamen volentibus, si postea ratum habeamus.

Vt possessio excipitur, quam per liberas personas acquirimus, ita hoc loco nihil aliud nobis intelligitur posse acquiri per procuratorem. Hoc falsum videtur in domino. Nam per † procuratorem, vt pos- 13
sessio nobis acquiritur, sic & dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos trãsferre voluit, *l. traditio. §. vlt. de acquir. l. per proc. j. de acquir. poss. §. ex iis, Instit. per quas person.* Respond. Dominium quidem per liberas personas nobis acquiritur, sed acquiritur per possessionem prius quæsitam, vt infra scriptis in locis diserte audimus, quibus significatur, dominium per se nobis per liberas personas acquiri non posse. Exempli gratia, si fundus Titio sit legatus, vt nobis restitueret, & ille nostra caussa legatum agnouerit, tum nobis dominium non acquiretur, sed ipsi soli, si fundi possessionem nostro nomine ingressus non sit: quam si ingressus erit acquireret nobis dominium, sed non propter dominium, verum propter possessionem, quam prius nobis acquisiuit. Ita prima caussa acquirendi dominii est in possessione. Proinde semper vere dicitur solam possessionem per procuratorem nobis acquiri posse; vt intelligamus solam possessionem nobis principaliter acquiri posse: Nam nec dominium per liberas personas nobis principaliter acquiri potest. Si per liberas personas solũ possessio nobis acquiratur, consequens est, quod de proposita † quæstione hic re- 14
spondetur, vt per procuratorẽ, qui stipulatus est domino suo, fundum restitui, nulla actio acquiratur.

Et hoc est, quod aliis regulis hic comprehensum est. Regulæ sunt hæ: Per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non est, obligatio aut actio nobis acquiri non potest, *l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, de verb. obl. l. solut. §. per liberam; D. de pign. act.* Item, Alteri † stipulari nemo potest, *l. stipulatio ista, §. alteri; D. de verb. oblig.* Item, Quæcunque gerimus, 15
cum ex nostro contractu initium sumunt, nisi ex nostra persona initium obligationis sumatur, nihil agitur, & ideo neque stipulari, neq; emere, vendere, locare, vt alter suo nomine agat, possumus, *l. quæcun-*

que, *D. de obl. & act.* Hinc etiam nata est illa distin-
ctio, quæ est in *l. ea qua, D. de acquir. rer. dom.* vt quæ
ciuiliter acquiruntur, veluti possessio, per quoslibet
volentibus nobis recte acquirantur. Naturaliter di-
16 cuntur † acquiri, quæ acquiruntur apprehensione
& occupatione, quoniam iure naturali seu gentium
dominia rerum adhuc possessione nata sunt, *leg. 1.*
17 *de acquiren. possess.* Contra † ciuiliter acquiri dicun-
tur, quæ nullam eiusmodi apprehensionem habere
possunt. Huius generis est obligatio & actio. Hæ
prehendi non possunt, quoniam non sunt res cor-
porales, sed quæ intelliguntur tantum, vnde dicun-
tur consistere in iure, id est, iuris auctoritate & pote-
state, *Instit. de reb. corpor.* Deinde etsi res hæ prehen-
di possint, tamen solo consensu, aut solo facto delin-
quentis acquiruntur ei, qui contraxit, aut in quem
delictum commissum est. Ratione igitur ciuili id
fit, non ratione generali ad res acquirendas com-
parata.

18 Quod si procurator † stipuletur domino dari, hic
scriptum est, ne domino quidē ex stipulatione pro-
curatoris actionem acquiri. Hic opponitur *lex quod
procurator, D. de proc.* vbi scriptum est, quod procu-
rator ex re domini, mandato non refragante, stipula-
tus est, id dominus & inuito procuratore petere po-
test. Non potest dominus petere nisi actionem ha-
beat, *l. si pupilli, §. vlt. D. de neg. gest.* Non potuit ha-
bere, nisi quæsitam ex stipulatione procuratoris.
Proinde ex stipulatione procuratoris, & per liberam
personā domino actio acquiritur. Respondeo, quod
illic dicitur dominum petere posse, quod procura-
tor stipulatus est vtiliter, nam si inutiliter stipulatus
esset, nec stipulatus videretur, *l. quoties viti?, D. qui
satisdare cog.* Vtilitas autem stipulati procuratoris est
cum sibi stipulatur, ceterum cum stipuletur domino
dari, inutilis est stipulatio, ex hoc loco, cum nulla sti-
pulatio in personam alterius conferatur, ex *l. quæcun-
que gerimus, ff. de obl. & act.* Nos hic de eo loquimur,
qui alteri stipulatur aut paciscitur, hoc qui facit, alte-
ri obligationem aut actionem acquirere non potest.

19 Quæsitum † est si procurator domino suo dari sti-
puletur, si domino directa actio non acquiritur, an
saltem acquiratur vtilis. Mouent duo loci quidam,
in quibus traditur ex stipulatione procuratoris, do-
mino vtilem actionem dari, *l. si procuratori, de verb.
obl. l. 5. D. de præt. stip.* & aliis quibusdā locis, de qui-
bus mox. Respon. Si procurator domino dari stipu-
letur, stipulatio in dominum collata, hoc loco inuti-
lem actum esse, ita vt nec inutilis actio domino ac-
quiratur, quod tamen satis esset ad excludendam a-
ctionem vtilem, sed nominatim dicitur, nullam a-
ctionem quæri, verbo non generali, sed vniuersali:
qui nullam acquiri dicit, omnem actionem excludit,
proinde non tantum directam, sed etiam vtilem.

20 Confirmatur eadem sententia non obscure, in *l. si
ita stip. §. Chrysogonus. de verb. obl.* vbi proponitur, li-
bertus stipulatus esse dari prædiū, suo nomine, ma-
gis aūt æquius, nemo potest acquirere alteri, quā li-
bertus patrono, propter suum beneficium libertatis,
a patrono acceptum, & propter honorem, quem li-
bertus patrono debet. Placet tamē illius stipulatio-
nē adeo nullius momēti esse, vt nec adiectio absen-
tis patroni ei prosit ad solutionem, id est, adeo stipu-
lationem esse inutilē, vt nec ex ea stipulatione patro-
no solui possit, & si solutū sit, solutū repeti possit. Si
solui patrono ex hac caussa non pōt, patrono ex hac
caussa nihil debetur, atq; ita ne vtilē quidē actionem
habet, nā ei mox debetur, qui vtilem actionē habet,
*l. proc. in rem suam dato. D. de proc.* Non minus aperte
confirmatur eadem sententia, *in l. eum qui. §. Iulia. &
§. si actori.* pecuniā vtiliter constitui posse, dummodo
quis cōstituat, se procuratori daturum, nō daturum
domino. Non adiicitur de actione, an ea † ex consti- 21
tuto, quo quis procuratori constituit, se non domi-
no daturum acquiratur domino actio vtilis. Sed satis
significatur ex eo constituto ne vtilem actionem do-
mino acquiri, idq; ex *dict. §. si actori*, qui sequitur, in
quo tantum in certis personis datur actio vtilis, ex eo
quod quis apud aliquem constituit, se alii daturum,
aut soluturum. Personę † aūt sunt hæ, si quis consti- 22
tuat actori consulis, se consuli soluturum, aut tutori
constituat se pupillo soluturum, aut curatori consti-
tuat se adiuncto soluturum. Si in his tantum perso-
nis actio vtilis datur ex eiusmodi cōstituto, in perso-
na procuratoris, ne vtilis quidē actio datur, alioqui
male procurator, ab aliis personis distinguitur.

Sed † hic opponitur *l. si procuratori, de ver. obl.* vbi 23
scribitur: Si procuratori præsenti fuerit cautum, id
est, promissum, vtilem actionem ex ea caussa domi-
no dari, habenturque in eandem sententiam alii loci
complures. Respond. quod *in d. l. si procurat.* & simi-
libus dicitur, domino actionem vtilem dari, ex stipu-
latione procuratoris, vbique sic accipiendum est, si
modo stipulatio procuratori ab initio constiterit,
quod ita fit, si procurator stipuletur sibi aut domino
simpliciter. Non de eo procuratore loquimur, qui
recta domino dari stipulatur. Hæc stipulatio ab ini-
tio non constitit, neq; in persona procuratoris, quia
sibi non est stipulatus, nec ex persona domini, quia
regula iuris alteri actionem quæri vetat, proinde ex
ea stipulatione, quæ nulla est, actio quæri alteri non
potest, neque directa, neque vtilis.

Sed † si procurator sibi dari stipulatus sit, consti- 24
tit ab initio stipulationis ex ea stipulatione etiā do-
minus, vt actionem habere possit, quod tribus mo-
dis contigit: Primus, si procurator ex re domini sti-
pulatus sit, *l. quod procurator, D. de proc.* Id si accipi de-
bet, petere posse vtili actione, vt est in *dict. l. si proc. de
verb. obl.* Alter, si procurator pręsente domino stipu-
latus sit, *l. si proc. de verb. obl.* Tertius, si iusta caussa po-
stulare videatur. *l. damni, §. vlt. D. de dam. inf. l. 5. D. de
præt. stip.* Hanc iustā caussam interpretari debemus,
cum res domino, aduersus verum debitorem, aliter
salua esse non potest, exemplo institoris, quæ inter-
pretatio significatur in *d. l. 5. D. de præt. stip.* addito
exemplo institoris, de quo scriptū est in *l. 2. D. de Inst.*

Hæc ideo in stipulatione procuratorum recepta
sunt, quia cum procurator in caussa domini sibi a-
ctionem acquisiuit, videtur supra scriptis casibus,
hoc necessarium esse, vt actio sibi quæsita, ad domi-
num transferatur, proinde, quia directa transferri
non potest, transfertur ipso iure vtilis. Hoc non est
proprium procuratorum, sed ad alias personas quas-
libet extraneas, transferendum est, & generaliter ita
definiendum: Quotiescunque alicui actio quæsita
est suo nomine, iis modis quibus acquiri solet, to-
ties, qui eam actionem habet, alteri non acquire-
re, sed in alterum sua voluntate transferre potest:
& quacunque ex caussa, vel dominii, vel emtionis,
vel alia voluerit, eam actionem in alium transfer-
ri: transfertur in eum non directa, sed vtilis. Ad
hanc definitionem referri debent exempla duorum
locorum,

locorum, quæ ad superiorem regulam expensa, nihil contrarium habent, contra autẽ ad eam regulam non expensa, omnibus maxime modis sunt contraria. Loci hi sunt, *l. pen. ʒ. ad exh. & l. quoties, ʒ. de don. quæ sub. &c.* In *l. pen. ʒ. ad exh.* hæc species est. Res aliena cũ apud me esset, eam tibi cõmodaui, aut apud te deposui, & conuenit, vt eam domino Titio redderes, vbi scriptum est, ex hac conuentione domino actionem acquiri non directam, sed vtilem, ergo ex conuẽtione mea alteri actio acquiritur saltẽ vtilis. *Resp.* Non ita est, nam in ea specie, mihi primũ actio quæsita est commodati, si commodarit: depositi, si deposuerit. Verum ad rem pertinet, ꝙ rem alienam tibi commodaui. nam quæcunq; res cõmodata sit, actio commodati acquiritur, *l. cõmodare. & l. seq. D. commodati.* Hanc actionem mihi prius recte quæsitam in alium transferre tunc voluisse intelligor, cum pactus sum, vt eam domino restitueres, & ideo actio commodati, quam habeo, in dominum transfertur, vnde *in d. l. pen.* non dicitur ex hac conuentione noua actio domino acquiri, sed acquiri actio cõmodati. Hæc vero prius in mea persona constitit, nam dominus reuera tibi nihil commodauit.

Simile exemplum est in *dict. l. quoties, ʒ. de don. quæ sub &c.* Donaui tibi fundum, ea lege, vt eum Titio restitueres. Titius ex hac conuentione aduersus te vtilem eandem habet. Hæc non aduersantur regulæ iuris. Neque enim hic per me Titio actio quæritur, quæ in mea persona non constitisset, sed ex quo primum mihi quæsita est, transfertur in Titium mea voluntate & conuentione. Nam cum do tibi fundum ob eã caussam, vt Titio reddas, nisi reddis, competit mihi condictio, ob causam dati, caussa non secuta, *l. ea. & l. d. legem. infr. de condict. ob caussam dat.* Hæc causa sequitur rem, simulatque Titio non restituis. Ita statim condictio superior mihi acquiritur, quæsita in Titium transfertur mea voluntate. Hoc fit non singulari iure donationis, aut rei alienæ, sed iure communi, quo omnes qui actionẽ habent, suam actionẽ alteri cedere, & in eum transferre possunt, ex qua voluntate statim alteri vtilis actio acquiritur ipso iure, veluti si quis alteri actionem quam habet, dederit in solidum, *l. vlt. infr. quando filiusfamilias, vel.* Hic si quis ad interpretationem & explicationem superioris regulæ plura desideret, legat quæ diligenter scripsimus in hunc locum ad *l. stipulatio ista, §. alteri vero 61. & 62. & deinceps, de verbor. obligat.*

*Ad L. 2. Cum per, &c.*

Imp. Iustinianus A Iuliano præfecto prætorio.

*Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei cuius nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum quæ procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur: Talem differentiam expellentes, sancimus & condictionem & hypothecariam actionem, vel pignus ipso iure & sine aliqua cessione ad dominum contractus peruenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem: quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio superuacua videbatur, non etiam in pignoribus & hypothecis, simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum, vel retentionem sibi acquisitam. Datum Kalend. Nouemb. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss. 530.*

SUMMARIA.

1 *Ex mutuo, cuius obligatio nominatim in alterius personam collata est, an alteri condictio acquiratur.*
2 *Absentis nomine dare quid.*
3 *Obligatio pignoris seu hypothecæ, an acquiratur absenti, cuius nomine debitor pecuniam accepit.*

Sententia † hæc iure veteri, iam olim recepta fuit: 1
Si dederim tibi nummos meos, alterius nomine, quamuis absentis & ignorantis, tamen illi alteri condictionẽ acquiri, non dico vtilem sed directam. Nomine † absentis cum dico, hoc intelligo, si dederim 2
tibi nummos meos, vt mutuum videaris accepisse a Titio absente, & eo nomine Titio obligeris, ex hoc inquam mutuo, cuius obligatio collata est nominatim in personam alterius, placuit illi alteri condictionem acquiri, *leg. certi. §. si nummos. Dig. si cert. pet.* Quam sententiam, quia iuris erat explorati, Iustinianus hic non confirmat, sed pro certo relinquit.

Videri prima fronte potest, hoc receptum a veteribus contra regulam iuris: Per liberam personam alteri actionem acquiri non posse. Sed nihil hic fit aduersus eam regulam. Quæ res fecit, vt citra hæsitationem hæc sententia retineretur a veteribus. Intelligendum est autem, quod a me datur alterius nomine, id illi alteri statim acquiri. Nam cum do illius nomine, simul constituo me illius nomine possidere. Is autem possidet cuius nomine possidetur. *leg. quod meo. D. de acquirend. possessio.* Proinde hac mea voluntate statim illi acquiritur per me possessio rei datæ, iure quo per liberam personam alteri possessio recte acquiritur, & per possessionem recte dominium, *§. ex his, Institut. per quas personas, leg. traditio. §. vltim. D. de acquirend. re. dominio.*

Hoc posito expedita huius sententiæ ratio est: Si nummi quos nomine absentis dedi, illi acquiruntur, ipse videtur mutuum dedisse, non ego, ille enim pro me dedit. Quod si ita est, recte ex hoc mutuo condictio illi acquiritur, idque secundum regulas iuris. Non tam enim ego illi, quam ipse per se, & contractu suo condictionem acquirere intelligitur. Non obstat quod Iustinianus in hac lege dicit: *In hac specie per liberam personam alteri condictionem acquiri.* Hoc enim verum est, initio rei gestæ inspecto: Nam ab initio per liberas personas dominium nummorum alteri acquiritur, sine quo dominio, condictio illi acquisita non esset, quia non est mutuum, nisi vbi nummi sunt dantis. Ceterum vbi dominium semel per me alteri quæsitum est, euenit vt is mutuum dare intelligatur, non ego. Ita proxima caussa condictionis inspecta nempe mutuo, illi alteri ex suo contractu acquiritur condictio, non ex alieno.

Hac † sententia accepta, quæsitum est: Si ego in 3
eadem specie, pactus sum cum debitore, cui nummos meos dabã absentis nomine, vt ille res suas absenti illi obligaret pignori, velut obligatæ ei iam essent: an etiam hac conuentione mea, illi obligatio pignoris seu hypothecæ acquiratur? Et hoc veteribus non placuit: Hoc quoque recte veteres, si ex regulis iuris res iudicatur, quoniam in hac conuentio-

ne pignoris, nihil amplius interuenit, quam mea cõuentio, vt si alteri ex hac conuentione obligatio acquiratur, nihil aliud dici possit, nisi ex mea conuentione, & meo contractu alteri obligationem acquiri, quod reg. iuris vetat. Et in hanc sententiam scriptum est in *l. solutum, §. per liberam, de pign. actio.* Iustinianus hac lege aliter constituit, & vult, quemadmodum personalis actio alteri acquiritur ex hac caussa, sic & per me illi obligationem pignoris acquiri.

Hoc ius magis nititur auctoritate constituentis, quam vera & certa ratione. Certe argumentum, quo Tub. ad hanc sentẽtiam hoc in loco vtitur, plane vitiosum est, & quod aduersus auctorẽ facit. Ille sic ratiocinatur: *Si in hac caussa mutui, per procuratorẽ personalis actio domino quæri potest, poterit & pignoris obligatio.* Non recte colligitur, quia hæc plane dissimilia sunt. Nam in hac caussa, condictio per me procuratorem alteri acquiritur, quia illi acquiritur ex suo contractu, non meo, quod ius non vetat. Contraria de caussa obligatio pignoris illi per me acquiri non potest, quoniam non potest illi acquiri, nisi ex mea conuentione, quod reg. iuris non patitur. Præterea condictio illi acquiritur, quia condictio consistit in eius persona. At hic nulla est pignoris obligatio, quæ in cuiusquam persona cõsistat. Nõ enim consistit in mea persona, quia mihi nihil debetur. Pignus autem accusatio est principalis obligans, *l. res hypoth. D. de pign.* Sed nec in persona alterius potest consistere, quoniam ei mea conuentione obligationem acquirere non potui.

Non minus falsum est, quod hic Tub. ait: *Personalem actionem in hac caussa, domino per procuratorem acquiri sine cessione, quia cessio sit superuacua.* Hoc cum dicit, significat procuratorem, qui nummos suos dedit, domini nomine, posse cedere domino condictionem, ex ea caussa, sed ideo non esse necesse cedere, quia sit superuacuum. Hoc falso dicitur, ne dicam imperite. Nam procurator, qui hos nummos dedit, non potest cedere domino suo condictionem, nisi eam habuerit, *l. nemo plus, D. de regul. iur.* At in proposito, qui dat nummos alterius nomine, condictionem sibi acquirere non potuit, quia noluit, dum alii vult eam acquiri. *l. multum. circa fin. infra. si quis alteri vel sibi. l. si genere. infr. de iur. dot.* Nec ad rem pertinet, quod nummi a dante proficiscuntur, nam ad obligationem ex numeratione acquirendam, non sufficit sola numeratio, nisi idipsum agatur, vt qui accipit, numeranti obligetur, *l. non omnis. D. si cert. pet.* Non ergo ex hac caussa alteri condictio acquiritur, quia cessio fuit superuacua, sed quia nulla omnino cessio esse potuit, atque adeo nec esse debuit, cum statim & recta condictio alteri acquireretur. Si quis ita argumentaretur: *per me alteri principalis obligatio ex hac caussa acquiritur*, ergo *multo magis acquiretur accusatio*: in promptu, responsio est: Accusationem acquiri potuisse, si modo vlla esset accusatio pignoris: sed iam antea dixi, cum paciscor, vt res sit alii pignorata, nullum pignus ab initio contrahi, nec in cuiusquam persona consistere. Ius igitur hoc, vt dixi, magis in auctoritate constituentis est, quam in ratione.

Veruntamen & hæc sententia defendi potest, sed alia ratione. Nam si alicuius opera & beneficio ex caussa mutui, alteri condictio acquiri potest, non est iniquum, per eundem etiam obligationem pignoris, quæ accessio est, eidem acquiri, etsi subtilitas iuris refragari videatur. Quamuis enim ex hac caussa non proprie dicitur alteri per alterũ condictionem acquiri, tamen prope est, vt videatur acquiri, cum sine dantis opera & conuentione actio quæsita non esset. Huc accedit, quod in pignoris obligatione acquirenda non tam noua obligatio acquiri videtur, quam vetus constitui.

*Ad L. vltimam.*

Imper. Iustinianus A. Iuliano præfect. prætor.

*Si duo vel plures communem seruum habeant, & vnus ex his iusserit, vt suo nomine seruus ab aliquo stipuletur decem (puta) aureos, vel aliam rem: Ipse autem seruus non eius, qui iussit, sed alterius ex dominis suis fecit mentionem, & nomine illius stipulatus est: Inter antiquam sapientiam quærebatur, cui acquiratur actio, vel lucrũ quod ex hac caussa accidit: vtrum ei, qui iussit, an ei, cuius seruus fecit mentionem, an ambobus. Cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum: nobis verior eorum sententia videtur, qui domino, qui iussit, asserunt stipulationem, & ei tantummodo acquiri dixerunt, quam aliorum, qui in alias opiniones deferuntur. Neque enim malignitati seruorum indulgendum est, vt liceat eis, domini iussione contemta, sua libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre. quod neque ferendum est, si seruus impius domino quidem, qui iussit, minime obediendum existimauerit, alii autem, qui forsitan ignorat & nescit, repentinum adducat solatium. Quod enim sæpe apud antiquos dicebatur, iussionem domini non esse absimilem nominationi: tunc debet obtinere, cum seruus iussus ab vno ex dominis stipulationem facere, sine nomine stipulatus est. Tunc etenim ei soli acquirit, qui iussit. Sin autem expresserit alium dominum: Soli illi necesse est acquisitionem celebrari. multo enim amplius oportet valere dominici nominis mentionem, quam sterilem iussionem. Datum XV. Kal. Decemb. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss. 530.*

SVMMARIA.

1 *Seruus stipulans, quicquid stipulatur, domino acquirit.*
2 *Seruus si habeat duos dominos communes, quibus & quatenus acquirat.*
3 *Seruus stipulari iussus ab vno ex dominis, si nominatim stipulatur alteri dari, vtrũ iubenti, an nominato, an potius vtrique stipulatio acquiratur.*
*Iussio an sit nominationi similis.*
5 *Emendatio & peculiaris lectio quarundam dictionum huius legis.*

QVod † seruus stipulatur, quocunque modo stipuletur, siue sibi, siue domino, siue impersonaliter, id semper domino acquirit, *Instit. de stipul. seru. in prin.* Res expedita est, cum seruus vnum dominum habet. Quid † si seruus erit communis duorum dominorum, quibus & quatenus acquiret? Et iure d. omnibus dominis acquirit cum simpliciter stipulatur. Et multo magis, cum stipulatur dominis suis. Idem est, & si sub propriis nominibus dominorum stipuletur, hoc modo, *primo & secundo dabis &c.* Hi autem domini erant serui communis, tantum hoc interest, vtrum seruus stipuletur dominis verbo communi & appellatiuo, an vero stipuletur nominatim dominis suis nominibus propriis appellatis, quod priore casu dominis stipulatio acquiritur

quiritur pro portione dominii, quod in seruo habent; posteriori acquiritur dominis, pro virilibus & æquis portionibus. §.1. *Instit. de stip. seruo. l. si communis seruus ita stipuletur 37. de stip. seruor.*

Vni ex dominis acquiritur, cum vnus ex iis iubet seruum stipulari, & seruus aut iubenti aut simpliciter dari stipulatur; tunc enim soli iubenti acquiritur: aut cum neuter ex dominis iubet seruum stipulari, sed seruus nominatim vni ex dominis stipulatur: tunc enim nominato soli acquiritur, §. *pen. Instit. de stip. ser.*

3 Hinc † nata quæstio: Quid si vnus ex dominis iubeat, vt seruus stipuletur, seruus autem nominatim stipulatur alteri domino dari, vtrum iubenti stipulatio acquiritur, an potius nominato, an potius vtriq;, quia in proposito concurrunt qui iussit, & qui nominatus est? Hæc quæstio hac lege deciditur, in qua ita instituit Iustin. stipulationem iubenti acquiri, non autem nominato, si modo duo concurrant, nempe, si nominatim vnus ex dominis iussit seruum stipulari, sed etiam iussit simpliciter, vt suo nomine seruus stipularetur, id est, nominatim, nomine iubentis, hoc modo: *Centum aureos quos ille mihi debet, stipulare ab illo mihi dari.* Hæc Iustiniani constitutio est vsq; ad versum, *Quod enim, &c.*

4 Huic sententiæ obstabat dictum veterum. Dicere enim veteres solebant, *iussionem † non esse absimilem nominationi*, quo dicto significatur nominato acquiri, & si acquiratur iubenti, non alia de caussa fieri, quã quia iussio est similis nominationi. Ex quo intelligimus, plus valere aut certe tantũdem nominationem, secundum quam sentẽtiam in proposito dici debuerat, stipulationẽ aut nominato soli acquiri, aut certe pariter & nominato & iubenti. Nunc autem Iustin. dicit acquiri solum iubẽti. Merito igitur superius dictum veterum sibi in hac sententia opponit. Hanc obiectionem diluit *in versu, Quod enim*, & ait dictũ superius non obstare. Quod enim ita dictum est a veteribus, tunc debet obtinere, cum vnus ex dominis iussit seruum stipulari, non adiecto, cui ex dominis stipularetur, si inquam seruus hoc casu stipulatus est, id est, simpliciter stipulatus, soli iubenti stipulatio acquiritur, vt sic verum sit, iussionem similem esse nominationi: sed si hoc casu seruus alteri ex dominis expresserit, tum ex superiore dicto veterum, stipulatio acquireretur nominato, *quia*, inquit *plus valere oportet dominici nominis mentionem, quam iussionem*.

Huic parti initium constitutionis opponitur, vbi cautum est, *stipulationem acquiri iubenti, & plus valere herilem iussionem, quam dominici nominis mentionem.* Solutio per se patet. Nã initio Iustin. loquitur de eo domino qui iussit, vt seruus stipularetur, non simpliciter, sed iubenti. In hoc autem versu, *Quod enim.* Iustin. loquitur de eo qui iussit, sine nomine, vt seruus stipularetur, quo casu si seruus alteri nominatim stipuletur, ideo nominato acquiritur, quia hic nulla est mẽtio alteri⁹ domini, neq; in iussu eius domini, neq; in stipulatione serui. Sed huic solutioni opponuntur verba extrema, cum ait Iustin. minus valere herilem iussionẽ; generaliter legitur de herili iussione, neque distinguitur, vtrũ herus simpliciter iubeat stipulari, an sibi. Resp. Etsi hoc nõ adiicitur, tamen ex precedẽtibus satis id intelligitur. Nam Iustin. opponit herilẽ iussionem mentioni dominici nominis, vnde intelligimus ex antithesi, herilem iussionem sic nominari, quæ eius domini mentionem coniunctam nõ habet, quo sensu tota sententia & distinctio vera est.

Hinc intelligimus totius huius legis hanc distinctionem esse, quam recte sequitur Azo, & quam recte sequitur Bart. & vna Salic. Est autem hæc. Cum vnus ex dominis iubet vt seruus stipuletur, & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is qui iussit seruum stipulari, iussit simpliciter vt stipularetur sibi seu suo nomine, stipulatio iubenti acquiritur, & ita plus valet specialis iussio. Sin autem is, qui iussit seruum stipulari, simpliciter iussit, stipulatio nominato acquiretur, & ita generalis iussus minus valet, quam nominatio.

In hac † sententia vt magis confirmemur, quædam animaduertenda sunt in scriptura huius loci & in verbis. I. Notandum est recte legi: *Quod enim*, non, *Quod autem*, vt quidam reponendum censuerunt. Nam Iustin. hic rationem reddit, cur dicat dictum veterum non obstare. hæc ratio non subiicitur per aduersatiuam, sed per rationalem particulam *enim.* Notandum præterea in eodem versu, illa verba: *Sine nomine*, coniungenda esse cum præcedentibus, non autem cum sequentibus, & ita locum interpretandum, quasi ita scriptum esset: *Tunc obtinere, cum seruus ab vno ex dominis iussus est, sine nomine stipulationem facere, & deinde stipulatus est.* Quo sensu recte hæc pars, a priore parte legis distinguitur. In verbis hoc notandum est, cum ait: *Si seruus sine nomine iussus stipulationem facere, stipulatus est*, hoc sic interpretandum est, *stipulatus est simpliciter non autem nominatim vni ex dominis.* Hoc intelligitur ex aduersatiua sequentis versus, vbi dicitur: *Si autem vnum dominum expresserit.* Deinde notandum illa verba extrema, *herilem iussionem*, sic accipienda esse, *herilem iussionem simplicem*, vbi dominus non iussit seruum sibi stipulari, vt supra ostendi. 5

## AD TITVLVM XXX. COD. De non numerata pecunia.

SVMMARIA.

1 *Summa huius tituli, & nu. 5.*
2 *Obligatio literarum quæ sit.*
3 *Huius tituli capita duo.*
4 *Huius tituli cum superioribus nulla connexio.*
5 *Confessus se aliquid debere ex alia caussa, quam mutui, confessioni suæ stare cogitur. & nu. 6.*
7 *Confessio ex caussa mutui se accepisse, confitenti non nocet.*
8 *Exceptio non numeratæ pecuniæ quæ sit, & eius vis.*
9 *Exceptio nõ numeratæ pecuniæ quando & cui detur.*
10 *Exceptio non numeratæ pecuniæ quando cesset.*

HIc titulus † verbis est, de nõ numerata pecunia, 1 re autem ipsa est de vi & fide instrumenti, in quo quis confessus est, se aliquid debere aut aliquid accepisse, vel a debitore suo, vel a creditore. Item de obligatione, quæ dicitur literarum. Nam cum quis scripsit, se aliquid debere aut aliquid accepisse, quæri solet, vtrum eam confessionem infirmare possit, vt dicat, non ita esse, vt confessus est; An vero confessio aduersus eũ fidẽ faciat, & an cogatur confessioni suæ stare de quo hoc titulo agitur. Hic autem de vi & fide eius instrumenti quæri intelligitur. Iã vero cũ ad vim eius instrumenti ventũ est, hic constituitur inter cetera, vt si is, qui cõfessus est, sibi pecuniã numeratã esse ab aliquo creditore. de nõ numerata pecunia questus nõ sit intra bieniũ, exinde ita teneatur suã cõfessione, vt eã nulla exceptione infirmare possit, vt postea

2 patebit. Hinc † ergo obligatio illa, qua teneri incipit, propter literas a se emissas, quæ obligatio inde dicitur *obligatio literarum*.

3 Ita sunt huius † tituli duo hæc capita, in quibus versatur, sed ideo inscribitur, *De non numerata pecunia*, quia superiori constitutioni & iuri maxime locus est, cum quis pecuniã sibi numeratam cõfitetur, quæ dicitur postea non esse numerata. Vnde constitutio de pecunia, quæ non numerata dicitur, quam
4 prius quis confessus erat numeratam. Hinc † apparet, hunc titulum nihil habere coniunctum cum proxime antecedentibus, & ineptum esse Accursiũ, qui illum cum præcedentibus connectere conatur, cum in præcedentibus, neque de fide instrumenti, aut alia probatione agatur, neque de obligatione vlla agatur contrahenda, quæ sit huic similis. Sed ideo hic titulus insertus est, quia ad constitutionem vniuersi libri pertinet. Agitur in hoc libro de argumento probationum: Agitur præterea in vniuersum de contractibus & eorum caussis. Qua parte hic titulus est de fide instrumenti, & reuera hoc argumentum illius tituli maxime perspicuum est. Qua autem parte agitur hoc titulo de obligatione literarum, eatenus ad contractus pertinet, de quibus hic agitur, deque eo genere agi & quæri conuenit, si quis sequi velit naturæ ordinem, quo ordine caussæ contractuum initio proponuntur, vt est ordo in Instit. traditus, §. *vlt. Instit. de oblig. & deinceps. seq. tit.*

Summam iuris initio paucis complectar, vt intelligi possit, quid in hoc titulo quæri oporteat ad vsum & vtilitatem nostram, simul vt initio notentur loci, ex quibus singularum partium interpretatio plenior
5 postea repetatur. Summa redigitur † ad vnam quæstionem, ea est huiusmodi: Cum quis debitor in instrumento confessus est, se aliquid debere, aut creditor confessus est, se pecuniam a debitore suo accepisse, vtrum ei confessioni illum stare oporteat, an possit confessionem infirmare? De confessione creditoris vnus locus est & breuis, *in l. in contractibus*. §. 1. *hoc tit.* De confessione debitoris reliqua est hoc loco tota tractatio.

De eo autem ita distinguitur, in qua distinctione
6 versatur hic titulus. Nam si quis † confessus sit, se aliquid debere, ex alia præcedenti caussa, quam mutui,
7 confessioni suæ stare cogitur hoc tit. Quod † si confessus sit se pecuniam accepisse ex caussa mutui, confessio ei non nocet, habet enim exceptionem non numeratæ pecuniæ, qua tutus, non magis teneretur, quam si confessus nihil esset, *l. aduersa. l. 3. hoc tit.* Vis
8 huius † exceptionis in his tribus spectatur, quæ sunt consequentia. Primum consequens est, si creditor pecuniam numeratam petat ab eo, qui confessus est, sibi numeratam, ipsum cogi probare, numeratam esse, alioqui nihil agere, *l. 3. hoc tit.* II. Posse debitorem qui confessus est, interim contradicere, & repetere contradictionem suam. *l. si quasi. h. tit.* III. Si debitor pecuniam sibi numeratam confessus, dederit in eam rem pignora, hæc pro non datis esse, eaque non impedire dominum, quo minus res a se pignori datas, vindicet a creditore, aut retineat, si eas possi-
9 deat, *l. 1. hoc tit.* Hæc † exceptio, vt apparet, propter præcedentia datur, & caussam, nempe, propter pecuniam non numeratam, proinde ad quoscunq; transeunt reliquæ exceptiones, quæ caussæ cohærent, ad eos omnes etiam hæ exceptiones pertinent. Itaque mortuo debitore, qui confessus erat, sibi pecuniam numeratam, exceptio transit ad heredes eius, & in heredes creditoris, *l. si intra. hoc tit.* Eadem datur fideiussoribus confessis & similibus aliis personis, *l. tam mandatori, & l. pen. hoc tit.*

Sed tamdiu confessionis superioris hæc vis est, quamdiu hæc exceptio confessionis competit. Hæc autem non est perpetua. Duabus rebus excluditur exceptio † non numeratæ pecuniæ, agnitione noua 10
debiti, *l. cum fidem. hoc tit.* & tempore constituto. Nam hæc exceptio datur iure intra certum tempus, olim intra quinquennium, hodie ex constitutione Iustiniani intra biennium, *l. in contractibus. h. tit.* Ergo intra biennium datur, nisi interim confessus, debitum agnouerit, *d. l. cum fidem. h. tit.* Sed & post biennium competit, si confessus intra biennium, questus sit, sibi pecuniam numeratam non esse, quo casu perpetua fit exceptio. Quod si confessus intra bienniũ, quæstionem non nouerit non numeratæ pecuniæ, ex eo ita teneri incipit, vt sine exceptione soluere cogatur, quod confessus est sibi numeratum, vnde incipit vis certa literarum, *l. si intra. §. hoc tit. l. in contractibus. §. hoc tit.* Quod si ita est, consequens est, post id tempus, eũ qui confessus est, obligari literis, vt recte exinde dicatur teneri obligatione literarum, vt suis locis dicetur.

*Ad L. 1. Si pecuniam.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Hilario.

*Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, & pignus datum probaturus es: in rem experiri potes. nam intentio dati pignoris, nec numeratæ pecuniæ, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas seruetur, si te possidente pignus, aduersarius tuus agere cœperit. PP. Kal. Septemb. Laterano & Ruffino Coss.*

SVMMARIA.

1 *Cautionis definitio: & etymologia.*
2 *Neganti pecuniam sibi esse numeratam, competit exceptio non numeratæ pecuniæ.*
3 *Pignus non est sine principali obligatione, pro qua res pignori obligetur.*
4 *Accursius reprehenditur cum Bartolo.*
*An debitor in rem experiri possit de pignore repetendo, & num. seqq.*
5 *In rem vt quis agat, quæ requirantur.*
6 *Pignus datum sibi qui dicit, eo ipso dicit, rem esse in dominio & bonis debitoris, quia aliter pignus non consisteret.*
7 *Intentio hic quid.*
8 *Intentio tenet quid.*
9 *Confesso sibi pecuniam numeratam, nihil nocet sua confessio.*
10 *Lectio genuina quorundam verborum huius legis: & vnde is error natus.*
11 *Duo ex hoc rescripto notanda.*

ALIQVIS pecuniam a creditore futuro accepturus, cautionem emisit, qua scripsit, sibi tantam pecuniam pecuniæ ab illo numeratam esse mutui caussa. Cautio † hic dicitur, vt in vsu iuris instrumen- 1
tum seu chirographum, quo debitor scribit, se quid creditori suo debere, sic *in l. emtor. §. vlt. de pactis, & in l. qui tabulas, de furt.* Cautio ideo dicitur eiusmodi scriptura, quia datur creditori, in hoc vt illi cautum & prospectum sit fide huius scripturæ, aduersus fraudulentam inficiationem debitoris. Idem debitor in ean-

eandem caussam pignus creditori constituit, neque pecuniam postea accipit, quam dicit sibi non esse numeratam. Hic traditur posse eum pignus a se datum vindicare a creditore, & si forte res pignori obligatas possidet, posse illum eas retinere suo iure, nec obstare illi, quod eas pignori dedit, quoniam cum dicit pecuniam sibi non esse numeratam, constituit cautionem & scripturam inanem. Hoc eo dicitur, quia
2 neganti † pecuniam sibi esse numeratam, competit exceptio non numeratæ pecuniæ, *l.3. l. aduersus.* ℑ.

Hæc exceptio hoc præstat debitori, vt intelligatur omnino non teneri, quasi nihil confessus esset: Nihil enim interest, vtrum creditor actionem suam non habeat, an eam habeat, quæ exceptione infirmatur, *l. nihil interest. de reg. iur.* Inanis igitur cautio est propter hanc exceptionem, id est, ab obligatione inanis, seu talis, quæ nullam obligationem continet, obligatione remota, recte colligitur hic nullum esse pignus constitutum, quod vindicanti debitori ob-
3 stet. Nam † non est pignus sine principali obligatione, pro qua res pignori obligetur, *l. res hypothecæ. ff. de pignor. & hypoth. §. item Seruiana. Instit. de act.* Pignore distracto, consequens est, quod hic dicitur, debitorem non prohiberi, quo minus rem suo iure vindicet, aut processum teneat. Ita hic constituitur effectus exceptionis pecuniæ non numeratæ is, de quo initio dixi.

Nunc partes rescripti expendamus, quæ paulo obscuriores sunt. Ait rescriptum: *Eum qui scriptura confessus est, sibi pecuniam numeratam esse, & in eam rem pignus dedit, si postea dicat, sibi pecuniam non numeratam esse, posse eũ in rem agere.* His verbis significatur posse eum res a se pignori obligatas & creditori datas petere a creditore vt suas: nam actio in rem est, qua rem nostram ab eo, a quo possidetur, petimus.
4 Ergo his verbis † non significatur actio pignoratitia aduersus creditorem, vt Accursius interpretatur. Sane huic debitori qui pecuniam non accepit, & spe futuræ numerationis pignus dedit, competit pignoratitia actio ad eam rem petendam, quam pignoris caussa dedit, seu vt pignori datum repetat. *l. solutum. §. 1. de pignor. act.* Sed hoc huic loco non conuenit, imo maxime aduersatur. Nam actio pignoratitia nascitur ex obligatione, *§. vlt. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Proinde est in personam, de quo nemo ambigit. *§. 1. de act. d. l. actionum. de obl. & act.* Non est ergo in rem, quia actio in personam, & actio in rem, toto genere distant, & vt contrariæ inter se opponuntur, vt declarant definitiones, *d. l. actionum. & d. §. 1. Instit. de actionib.*

Nec ferenda est cauillatio Accursii & Bartoli, qui interpretantur hic, competere actionem pignoratitiam in personam, sed in rem, id est, propter rem. Primum verba refragantur, nam in rem, non significat propter rem Latinis. Deinde res ipsa repugnat, nam actio in personam non datur aduersus debitorem obligatum propter rem debitam, sed propter personam seu personæ obligationem. Datur enim ideo, quia aliquis est obligatus, *d. §. 1. de actionib.* Ergo debitori in proposito, datur in rem actio de re ab eo pignori data, id est, vindicatio aduersus creditorem, cui pignus constituit. Sed datur duabus conditionibus, prior est hæc, si confessus in rem agens asserat, id est, affirmet pecuniam non esse sibi numeratam. Hæc conditio ideo exigitur, quia si debitor fateretur pecuniam sibi numeratam, consisteret obligatio mutui quo teneretur, idque ipsius confessione, obligatione principali constituta, consisteret & pignus, *l. res hypoth. de pign. & hypoth.* Pignore constituto, citra controuersiam creditor pignoris habet retentionem, qua remouet debitorem vindicantem. Nam etsi creditor pignus non possideret, tamen ei ad pignus persequendum datur actio in rem hypothecaria, *§. item Seruiana, de act. l. pignoris. ℑ. de pig.* Multo ergo magis secundum regulam iuris, dabitur ei possidenti ad pignus retinendum exceptio, *l. inuitus. de reg. iur.* Nunc quando debitor dicit, pecuniam sibi non esse numeratam, in hac negatione debitor habet exceptionem seu replicationem non numeratæ pecuniæ. Hæc exceptio constituit inanem cautionem, vt sequitur, quod quando fiat, antea dixi.

Altera conditio hic comprehensa est, *Si in rem agens probaturus est pignus a se creditori datum.* Hoc ideo exigitur, quia vt quis † in rem agat, non est satis 5
agentem dominum esse, sed opus est, vt is cum quo agitur, rem possideat, aut dolo desierit possidere. *l. qui petitorio, de rei vindic. l. actionum. de obl. & act.* Sic autem creditor pignus possidebit, si debitor ei dederit, id est, tradiderit. Itaque si tantum conuenisset, vt res creditori pignori esset obligata, constitueretur quidem conuentione pignus. *l. 1. in prin. de pignor. act.* sed non ita constitueretur, vt creditor teneatur actione in rem, quia pignus non possidetur. Exigitur igitur, vt ei traditum sit pignus, & si neget sibi traditum esse is qui agit probet traditum.

His conditionibus interuenientibus colligit rescriptum, agenti debitori actionem in rem competere. Hoc vero male colligitur, quæ res præbuit caussam interpretationi illi Accursii superiori. Nam vt agenti in rem hæc actio competat, inprimis requiritur, vt is, qui agit, sit dominus, & probet se dominum esse, si dominii illius fiat controuersia, *l. in rem. de rei vindic. d. l. actionum. de obl. & act.* Ad hanc obiectionem vitandam Accursius, quod dicitur in rem experiri posse, sic interpretatus est, vt possit experiri pignoratitia actione. Nam reuera pignoratitia actio nihil amplius exigit, quam vt debitor dicat, rem a se pignoris caussa datum fuisse creditori. Nam siue creditor dominus sit, siue non, nihil in personam actio rei competit, *l. commodare. l. seq. commodat.* Sed dum vitat vnum incommodum, incidit in aliud maius & manifestius, vt faciat aduersus manifestam scripturam huius loci.

Nos tenebimus, debitorem in rem experiri posse, id est, res a se pignori datas vindicare posse a creditore, & non mouebimur superiori obiectione. Etsi enim verum est, eum qui in rem agit, dicere debere se esse dominum, & id probare etiam debere, tamen id hactenus verum est, si negetur. In proposito enim ideo non exigitur hæc conditio, quia conueniebat inter litigatores, debitorem esse dominum rerum pignori datarum. Hoc cum dicimus, non diuinamus, sed sumitur ex ipsis verbis rescripti. Nam creditor vtebatur hac defensione aduersus debitorem, quod diceret, *sibi eas res pignori datas esse a debitore,* id enim significant illa verba, *Nam intentio.* & cetera quę sequuntur, vt mox dicemus. Qui † dicit pignus si- 6
bi datum, eo ipso dicit, rem esse in dominio & bonis debitoris, quia aliter pignus non consisteret, *l. quæ prædium. ℑ. si al. res. l. quæ nondum. §. 1. de pignor.* Ex hac hypothesi recte in proposito respondetur, *debitorem in rem experiri posse, de pignore repetendo,* si dicat, pecu-

niam sibi non esse numeratam, & probet se pignus dedisse & tradidisse creditori, quoniam de eo erat controuersia, de dominio nihil adiicitur, quia vt dixi de eo conueniebat inter creditorem & debitorem.

Sed huic sententiæ obstabat defensio creditoris, quam diluunt Imperatores in illis verbis: *nam intentio dati pignoris.* Defensio & exceptio creditoris hæc erat aduersus vindicationem debitoris. Non teneor tibi actione in rem, quoniam res, quas a me repetis, mihi pignori dedisti, ob pecuniam a me tibi numeratam. Pignore constituto, mihi actio esset aduersus te, & aduersus omnes possessores, §. *item serui. Instit. de act.* Multo igitur magis esse mihi debet retentio aduersus te, si pignus possideam, vt nunc possideo. *d. l. inuitus. de reg. iur.* Diluunt hanc obiectionem Imperatores hoc modo: *Recte diximus debitori in proposito, competere actionem in rem.* Non obstat superior exceptio & defensio creditoris. Nam intentio dati pignoris & pecuniæ numeratæ, id est, exceptio, qua creditor intendit, sibi pignus ab actore datum, & pecuniam a se numeratam esse, non aliter tenebit, id est, non aliter valebit, & remouebit debitorem agentem, quam si de fide debiti constiterit, id est, quam si creditor probauerit debitum, id est, pecuniã a se numeratam. Quod cum in proposito non faciat, recte debitor, in rem experietur.

7 Intentionem † hic vocant Imperatores Exceptionem, qua creditor se tuetur. Nam is solus est, qui dicit sibi pignus datum & constitutum, & qui dicit pecuniam a se numeratam. Denique solus is est, cui hæc intentio prodesse possit, aduersus actionem in rem. Non obstat verbi significatio. Etsi enim Intentio est verbum conueniens solum actori, qui aliquid agendo intendit, *§. 1. Instit. de act. §. 1. & seqq. de exc. l. 2. ff. de exc.* tamen ea res, non excludit exceptionem rei quo minus hoc verbo contineatur, quoniam & in exceptione Reus, actor est, & eius exceptio intentio est, *l. 1. de exc. l. in exceptionib. de probat.*

Aiunt Imperatores, *hanc exceptionem non tenere*, phrasis est veteribus auctoribus iuris vsitata. Inten-

8 tio † tenet, id est, tenet aduersarium, id est, intentione ita tenetur aduersarius, vt eam a se remouere non possit. *l. quæsitum. in princ. ff. de ped.* Aiunt, hanc exceptionem non aliter valere, quam si de fide debiti constiterit: quod sic interpretandum est, quam si creditor, qui hac exceptione vtitur, probauerit debitum esse, quod dicit, id est, pecuniam a se numeratam. Hanc esse significationem horum verborum, sic colligere oportet. Non constat de debito, nisi probatione: non debet quisquam probare, nisi qui dicit, *l. 2. de probat.* Nec quisquam in proposito dicit pecuniam sibi debitam, nisi creditor, qui eam se numerasse dicit, proinde nemo alius probare hic debet, quam creditor, eoque nec ab alio proficiscitur hæc intentio & exceptio, quam a debitore.

Huius rationis Imperatorum hæc ratio est, quia

9 cum † debitor confessus est, sibi pecuniam numeratam, nihil ei nocet sua confessio, quoniam habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, qua fit, vt non teneatur, nisi creditor pecuniam numeratam probet, *l. 3. ſ. h. t.* Interim ergo nulla obligatio, nulla actio est pecuniæ creditæ, vt quæ exceptione remoueatur, *d. l. nihil interest. de reg. iur.* Actione remota, vt initio diximus, consequens est, non valere retentionem pignoris dati, quoniam pignus nullum est, vbi nulla est principalis obligatio, cui accedat.

De lectione † horum verborum monendi sumus, ita legendum esse: *Nam intentio dati pignoris & numeratæ pecuniæ*; non autem *nec numeratæ pecuniæ.* Nam constat hanc esse defensionem, & exceptionem creditoris, qua dicebat sibi pecuniam creditam. Creditor autem ad suam defensionem, non diceret, pecuniam non esse numeratam. Sed contra dicit, numeratam esse debitori, ac proinde consistere obligationem pignoris. Nec possumus interpretari illa verba: *Nec numeratæ pecuniæ, &c.* vt vulgo faciunt, vt sit sensus, *nec pecuniæ creditori solutæ a debitore*, quasi creditor ita diceret: *Pignus a me repetere non potes; quia pignus mihi dedisti, & pecuniam non numerasti, id est, non renumerasti mihi, seu non soluisti.* Huic interpretationi tria euidenter refragantur. I. verbum *numeratæ.* dici enim debuisset, renumeratæ pecuniæ, non autem numeratæ. II. verbum *intentio*, nam creditor intentione vtebatur, id est, affirmatione. At qui dicit sibi pecuniam non esse solutam, is non affirmat & intendit, sed negat. III. Quod exigitur probatio a creditore de debito, non exigitur probatio nisi de eo, quod creditor dicit; non ergo aliud dicit, quam sibi pecuniam debitam, nec adiicit sibi eam non solutam. 10

Error lectionis natus est ex prioribus verbis rescripti, quoniam in illis proponitur intentio debitoris agentis, in qua dicebat debitor, nempe sibi pecuniam non numeratam, & pignus a se datum. Imperiti scriptores putarunt hæc verba sequentia: *Intentio dati pignoris nec numeratæ pecuniæ*, accipienda esse de præcedente illa intentione debitoris, in qua pecunia dicebatur non numerata, quod secus est. Nam vt ostendi, & conuenit inter omnes interpretes, hæc verba: *Nam intentio*; continent exceptionem & defensionem creditoris, aduersus actionem in rem.

Addunt Imperatores: *Eademque ratione veritas seruetur, si possidente debitore pignus cum eo agatur.* Sensus est: Si debitor, qui confessus est se pecuniam accepisse, pignus solum constituerit creditori, nec tradiderit, si creditor id pignus postea vindicet a debitore, actione hypothecaria, veritas hic seruabitur, eodem modo, quo supra: id est, intentio creditoris agentis, qua dicit, se pecuniam numerasse, & sibi pignus in eam caussam constitutum esse, non valebit, nec tenebit debitorem, nisi prius probet pecuniam a se numeratam. Merito: nam si debitori agenti confessio sua non nocet, multo minus ea possidenti & excipienti nocebit, iuxta eandem regulam, quam supra dixi. Si actori ad pignus repetendum datur actio, multo magis possidenti ad retinendum dabitur exceptio.

Ex † hoc rescripto obiter duo notanda sunt. Primo debitorem, qui confessus est, sibi pecuniam numeratam, quamuis pignus in eam caussam adiecerit, tamen pignoris datione, non confirmare confessionem suam, quo minus ei exceptio non numeratæ pecuniæ detur, itidem vt daretur, si pignus nullum dedisset. Et recte hoc constituitur. Nam vt pignus confirmet præcedentem confessionem, prius esse pignus oportet. At hic nullum est pignus, vbi nulla subest principalis obligatio, vt quæ exceptione remoueatur. Alterum, hoc rescripto statuitur, quemadmodum debitori conuento datur exceptio non numeratæ pecuniæ, cum confessus est, sibi pecuniam numeratam. Ita eidem debitori aduersus creditorem agenti, si exceptio pecuniæ non numeratæ re- 11

mouea-

moueatur, dabitur aduersus exceptionem replicatio pecuniæ non numeratæ, vt in proposito accidit, in priori specie huius rescripti.

*Ad L. 2. Minorem.*

Imp. Antoninus A. Maturio.

*Minorem pecuniam te accepisse, & maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil vltra quam accepisti, cum vsuris in stipulatum deductis restituere te iubebit.*

SVMMARIA.

1 *Confessus maiorem summam, quam accepit, an nihilominus cogendus sit maiorem restituere.*

2 *Debitor si minus acceperit, vter probare debeat, debitor ne, se partem, quam negat, non accepisse, an creditor se numerasse.*

3 *Non probat nisi is, qui dicit.*

4 *Exceptio non numeratæ pecuniæ, quoties iure datur, transfert onus probandi in creditorem, vt probet se numerasse.*

5 *Actio quoties lege alicui datur de re tota, etiam de parte data intelligitur.*

6 *Rei sunt fauorabiliores quam actores.*

QVIDAM, cùm minorem summam accepisset, scripsit, aut aliter confessus est, se maiorem accepisse, puta pro 5. sibi numeratis, scripsit se 10. accepisse a Titio. Conuenitur in 10. de quibus confessus est. Fatetur quinq;, altera quinq; negat se accepisse. Duo
1 autem quæsita sunt. I. Si constet † reum accepisse tantum quinq;, an nihilominus cogendus sit 10. restituere, vltra quam accepit? Respond. non esse cogendum restituere vltra quam accepit. Nec obstat ei sua confessio, nam in pecunia numerata, seu mutua, non oritur obligatio aduersus debitorem ex eius confessione, sed ex re, id est, ex numeratione. Re autem obligatio, vltra quam acceptum est, contrahi non po-
2 test. Altera † quæstio est paulo obscurior: *Si de eo controuersia sit, an minus debitor acceperit: vter probare debeat, debitor ne, se partem, quam negat, non accepisse? an creditor se numerasse?*

Incidit hæc quæstio in difficultatem, propter hunc locum & dissentientes in speciem, locos & rationes. Verba huius rescripti efficere videntur reum, qui partem negat se accepisse, debere probare se non accepisse. Sic enim verba sunt: *Eum restituere non cogi vltra quam accepit, si modo constiterit, eum vltra promisisse & non accepisse.* Non constat, nisi probatione, vt
3 dixi *ad l. 1. §.* Non probat † nisi is, qui dicit. *l. 2. de probat.* Non dicit autem partem se non accepisse, nisi reus, proinde verbis huius rescripti exigitur hęc probatio a reo. Sed in contrariam sententiam est *l. 3. seq.* vbi generaliter ei, qui negat, se pecuniam accepisse, quam prius se accepisse confessus erat, datur exceptio non numeratæ pecuniæ, qua fit, vt non teneatur, nisi creditor probet, a se numeratam. Itaque sunt qui priorem sententiam defendant: sunt qui posteriorem, de quo nobis iudicandum est.

Prima sententia prima fronte probabilis est, & sequenda, nam præter verba huius rescripti non difficilis responsio est ad regulam. *l. 3. seq.* Illic ei qui dicit se pecuniam non accepisse datur exceptio non numeratæ pecuniæ, sed tunc, cum negat se totam accepisse, quam prius confessus erat. In specie hac proposita, reus qui de decem confessus erat, de parte confitetur, alteram partem negat, prior confessio partis onerat debitorem in probationem alterius, qui de parte confitetur quasi debita, præsumitur etiam alteram partem eodem modo accepisse. Probatur hæc sententia *in l. cum de indebito. §. sin autem is, versic. sin autem. de probat.* Illic ita traditur: Mulier exempli gratia indebitum soluit creditori suo, quemadmodum creditor putabat, & soluendo tacite confitetur se illam summam solutam debuisse, sic enim soluit, quasi deberet. Deinde tanquam indebitum a se solutum repetit. Quæritur idem quod hoc loco, vtrum illa probare debeat, se non debuisse, an vero creditor debeat probare, sibi pecuniam debitam fuisse. Distinguitur in illis locis, si mulier dicit, totum quod soluit, indebitum esse, creditor probare debet fuisse debitum, & hoc tribuitur ignorantiæ mulieris, vt non probet quod dicit nempe indebitum. Quod si mulier fateatur partem debitam fuisse, alteram autem partem dicat fuisse indebitam, placet prioris partis confessione transferri onus probandi in mulierem de altera parte.

Ex quo colligitur, quod quæritur, cum quis confessus est se summam aliquam totam debere, si postea fateatur partem, alteram autem neget, confessione vnius partis, etiam alterius partis probationem suscipit, quasi de priore confitendo præsumatur etiam alteram debuisse, & ita de tota summa debitor confessus esse. Si hoc recipitur in confessione mulieris tacita; multo magis recipiendum est, cum quis aperte confessus est, se aliquam summam totam debere, si deinde de parte confiteatur, & partem neget. Probabilis hæc ratio est, & nos vincere deberet, nisi in hac ipsa specie scriptum esset, quid sequi deberemus *in l. cum vltra. infra.* Sed illic diserte scriptum est, in specie, iisdem verbis concepta, quæ hic: *Eum qui confessus est, se vltra accepisse, quam accepit, puta, accepisse decem, cum accepisset tantum quinque, habere exceptionem non numeratæ pecuniæ, in eam partem quam se accepisse negat.*

Certum est † autem exceptionem non numeratæ pecuniæ, quoties iure datur, transferre onus probandi in creditorem, vt probet se numerasse, quod dicit numeratum esse. *l. 3. infr. l. ad Seuer. infr. eod.* Confirmatur hæc sententia argumento non improbabili. 4
Quoties lege † actio alicui datur, de re tota: etiam de parte actio data intelligitur, *l. quæ de tota. de rei vindic.* 5
Multo igitur magis si exceptio data est. Fauorabiliores † enim sunt rei, quam actores. *l. fauorabiliores. de reg. iur.* At de tota summa, quam quis se accepisse confessus est, datur reo exceptio non numeratæ pecuniæ, cum totam se accepisse neget. *l. 3. ȷ.* Ergo & partem neganti eadem exceptio dabitur. 6

Sed obstant duo illa superiora. quæ pro tertia sententia diximus. I. Verba huius rescripti: quibus ita dicitur: *Non esse cogendum reum, partem quam negat restituere, si constiterit,* id est, *si probetur ab eo, ipsum non accepisse.* Quibus verbis exigitur ab eo huius rei probatio. Resp. vtrumq; verum est; & exigi ab eo probationem, & tamen creditorem probare debere pecuniam esse numeratam. Nam probatio quæ a debitore exigitur, est probatio legitima, id est, ea, quæ iure probatur & sufficit. Tunc autem reus iure abunde probare intelligitur, cum vtitur exceptione non numeratæ pecuniæ, si aduersus eam exceptionem nihil probetur contra a creditore. Hæc enim vis est huius exceptionis, *l. 3. seq.*

Obstat magis *l. cum de indebito*, in illis versibus, quos dixi, dicendum est exemplum simile non esse.

multum enim interest inter eum, qui confitetur se debere, & simul totum soluit, quasi debitum: Et inter eum, qui confitetur se totum aliquid debere, & non soluit, de quo nunc agimus. Nam qui confitetur, se totum debere, & totum soluit, si postea partem confiteatur, præsumtio aduersus eum facit, de altera parte, quia verisimile est eum, qui intellexit se partem debere, etiamsi sit mulier, aut minor, potuisse etiam intelligere de altera parte, an debita esset, nec ne. Hæc si se prudenter gessit in vna parte soluenda, quam soluit, vt vere debitam, verisimile item est, non minus prudenter se gessisse in alterius partis solutione, vt non solueret nisi quoque debitam.

Præsumtio hæc admittitur, quia nulla res eum cogebat, alteram partem soluere, & de ea mentiri. Contra vbi quis initio se pecuniam accepisse dixit, quam non soluit, nulla præsumtio est aduersus eum, de tota summa, etiamsi de parte accepta confiteatur, quia etsi verisimile est, imo vero certum, eum qui sciuit se partem accepisse, etiam sciuisse de altera parte, tamen non potest præsumi, quia se prudenter gessit in vna parte confitenda, quam non accepit, quia necessitate rei familiaris cogitur, vt fateatur se accepisse, quod non accepit, vt sic deinde pecuniam auferat a creditore, & ob hanc ipsam rem comparata est exceptio non numeratæ pecuniæ.

*Ad L. 3. Si ex cautione.*

Imp. Antoninus A. Demetrio.

*Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conueniri cœperis: exceptione opposita seu doli, seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*
2 *Debitor qui ex cautione sua conuenitur, qua se pecuniam sibi numeratam accepisse dicit, tutus est aduersus confessionem suam exceptione.*
3 *Cautio est scriptura, qua vel debitor creditori, vel creditor debitori fatetur, se quid ab altero accepisse.*
4 *Debitori sine scripto confesso se pecuniam a creditore accepisse, si fateatur postea se id confessum, sed dicat, se falso confessum, negetque se pecuniam accepisse, an exceptio non num. pec. detur?*
5 *Exceptio non numeratæ pecuniæ non tribuitur scripturæ sed confessioni, quæ scriptura exprimitur.*
6 *In scripturis non literæ seu literarum figuræ, sed verba, quæ scriptura continentur, spectanda.*
7 *Exceptio non numeratæ pecuniæ an omni, qui cautione & scriptura sua siue priuata, siue publica confessus est se accepisse, detur.*
8 *Scriptura debitoris priuata an fidem faciat, ita vt non sit debitori opus vlla exceptione. & nu. 11.*
9 *Scripturæ publice per notarium confectæ stari oportet, nulla exceptione obstante.*
10 *Scriptura priuata an minorem vim habeat, quam quæ publice confecta est, & an fidem faciat, eique standum sit.*
12 *Exceptio non numeratæ pecuniæ an quoque ex publica cautione debitori detur.*
13 *Scripturæ priuatæ & publicæ eadem vis.*
14 *Confitens se quid debere ex ceteris caussis quam ex caussa mutui, confessioni suæ parere debet, etiamsi priuata cautione id testatus esset.*
15 *Exceptio non num. pec. locum non habet, nisi vbi quis confessus est, se mutuam pecuniam accepisse.*
16 *Exceptio non num. pec. an detur, si notarius ita scripserit, L. Titius decem accepit a Sempronio sibi ab eo numerata, nec quicquam de confessione debitoris adiecit.*
17 *Argumentum idoneum non est id, cum ex eo nulla necessitate sequitur, quod probare volumus.*
18 *Exceptio non num. pec. an detur, si ita scriptum sit: L. Titius confessus est se 10. debere Sempr. sibi ab eo numerata, quæ & vere illi numerata sunt, me præsente & præsentibus testibus infra scriptis.*
19 *Fides vnicuique aduersus se habetur.*
20 *Debitor se pecuniam accepisse confessus, an si renuntiet exceptioni pec. non numer. hanc exceptionem postea habeat. & nu. seqq.*
*Exceptioni non numeratæ pecuniæ an renuntiari possit.*
21 *Repudiare vnicuique licet quod suum est.*
22 *Pacto si quid remissum est, pactum valet, & ex pacto est pacti exceptio.*
23 *Negatio facti a debitore per rerum naturam probari non potest.*
24 *Exceptio non numeratæ pecuniæ, & exceptio in factum coincidunt & in idem significant.*
25 *Exceptionis non numeratæ pecuniæ potestas & effectus.*
*Exceptio non numeratæ pecuniæ an debitorem ab onere probandi intentionem liberet.*
26 *Reus an in exceptionibus actoris partibus fungatur, & exceptionem suam vt intentionem probare debeat.*
27 *Exceptio non numeratæ pecuniæ cur ita dicatur, cum tamen mera inficiatio videatur esse.*
28 *Exceptio non numer. pecun. quamdiu duret, & an sit perpetua.*

TRIA † hic traduntur prope continentia, id quod 1
pertinet ad vim & fidem confessionis, seu cuiuscuis scripturæ de pecunia debitori numerata. I. Eum qui confessus est, sibi pecuniam creditam & numeratam esse, habere exceptionem aduersus confessionem suam. II. Traditur, quæ sit hæc exceptio. III. Quæ sit potestas, effectus huius exceptionis. IIII. Prætermissum est, quod declaratur *in l. intra.* 5.

Primum ergo statuamus ex verbis huius loci, debitorem, † qui ex cautione sua conuenitur, qua se pe- 2
cuniam sibi numeratam accepisse dicit, tutum esse, aduersus confessionem suam exceptione. Ait rescriptum ex cautione sua. Cautio † vt diximus *ad l. 1. 5.* 3
cum de scriptura & instrumentis agitur, fere accipi solet pro scriptura, qua vel debitor creditori, vel creditor debitori fatetur, se quid ab altero accepisse, *l. emtor. §. vlt. de pact. l. qui tabulas. de furt.* Eamque significationem verbi esse in hoc rescripto, coniicere possumus ex eo, quod dicitur debitor hanc cautionem interposuisse. Quid ergo † si quis debitor sine scri- 4
pto confessus sit, se pecuniam a creditore accepisse, & fateatur postea se id confessum esse; sed dicat, se falso confessum esse, & neget se pecuniam accepisse, an ei quoque exceptio non numeratæ pecuniæ danda est? Respond. dandam esse non minus, etsi *in Inst. sub tit. de lit. oblig.* hæc exceptio datur ei, qui scripsit se debere, nec quicquam adiicitur de eo, qui non scripsit. Sed ea re moueri non debemus, quo minus etiam ei, qui sine scripto est confessus, eandem exceptionem demus, quoniam hæc exceptio † non tri- 5
bui-

buitur scripturæ, sed confessioni, quæ scriptura exprimitur. *l. aduersus. infr. & l. asseueratio. infr.* Proinde vbicunque eadem confessio est, etiam eadem exceptio locum habebit, & maxime cum placeat in scri-
6 pturis † non esse spectandas literas, seu literarum figuram, sed esse spectanda verba, quæ scriptura continentur. *l. non figura. de obl. & act.*

7 Illud semper constat, omni † ei hanc exceptionem dari, qui cautione & scriptura sua confessus est se accepisse. *d. tit. de lit. oblig. Instit.* sed non videtur consistere posse hæc sententia secundum reg. iuris. Nam aut scriptura debitoris est priuata, aut publice
8 confecta per notarium. Si priuata † fidem non facit, ita vt non sit debitori opus exceptione vlla, *l. instru-*
9 *menta, sup. de probat.* Sin † confecta publice per notarium, stari ei oportet nulla obstante exceptione. *l. antiq. versu 2. sup. prox. tit.* Hæc res facit, vt quærendum sit, de scriptura tam priuata, quam publice confecta. Dicendum est, verba huius loci esse de cautione generaliter, proinde sententiam pertinere tam ad priuatam scripturam, quam ad instrumentum publice confectum per notarium.

10 Ad priuatam sine dubitatione pertinet. hæc enim minorem † vim habet, quam quæ publice confecta est, idque declaratur *d. tit. de oblig. lit. in Instit.* Nihil ad rem pertinet, quod *ex l. instrumenta. sup. de probat.* dicitur, scripturas priuatas, & annotationes fidem non
11 facere: hoc enim † dictum est de iis instrumentis, quæ quis sibi scripsit, & quibus pro se vtitur. Hęc pro scribente fidem non faciunt, id quod declaratur ratione, & *l. exemplo. seq. de probat. supr.* At si quis scripserit aduersus se, nempe se debere, hæ scripturæ omnes aduersus scribentem fidem faciunt. *l. scripturas. §. qui part. in pig. hab.* proinde manere vim earum oportet, ni exceptione aduersus eas occurritur.

Sed hic rursum opponitur *d. l. scripturas.* Nam si huiusmodi scripturis priuatis, quas a se emissas quis confitetur, standum est, consequens est non infirmari eas exceptione non numeratæ pecuniæ, vti hic cautum est. Respondeo, priuatis scripturis aduersus debitorem, cuius consensu scriptæ sunt, non minus fides habetur, quam instrumentis publice confectis per notarium, *d. l. scripturas.* sed hoc hanc exceptionem habet, nisi quis confessus fuerit sibi pecuniam fuisse creditam: excipitur enim hæc caussa mutui, ex omnibus aliis caussis & confessionibus. *l. generaliter. l. aduersus. infr. hoc tit.* Quid si debitor non dixerit, se confiteri, sibi pecuniam esse numeratam, sed aperte ita scripserit: *Vere mihi 10. a Titio numerata sunt:* Vel, *Debeo Titio 50. quæ ille hac die mihi numerauit?* Respond. & hic debitor eandem exceptionem habet, §. *1. Instit. de liter. obligat.* Hæc de priuata cautione & scriptura.

12 Quid si † instrumentum publice confectum erit per notarium, in quo scriptum sit; *L. Titium a Sempronio 100. mutuo accepisse, vt confessus est?* Respond. Nihilominus & aduersus hanc cautionem eandem exceptionem debitor habebit, ex hoc loco, quia conuenitur ex cautione sua: non enim hic alia confessio est debitoris, quam quæ facta esset, si ipse cautionem sua manu scripsisset. Scriptura confessionem & cautionem suam non mutat. Iam autem dixi hanc exceptionem dari non propter scripturam, sed propter confessionē, quæ scriptura cōtinetur, *l. non figur. de obl. & act.* Præterea cū quis debitor fatetur, priuatā
13 scripturā a se emissam esse, eadē vis † est priuatæ scripturæ, quæ & publice cōfectæ, cum de vi & fide scripturæ quæritur, *l. scriptura. §. qui part. in pig. hab.* Quare si hæc exceptio est ex cautione priuata, quam quis debitor agnoscit a se emissam, erit & ex cautione, quæ instrumento publice confecto testata sit.

Non obstat *l. antiq. supr. prox. tit.* vbi muliere confitente se accepisse pecuniam, si id confessa sit in instrumento publice confecto, placet instrumento omnino credendum esse. Hoc enim eo fit, non quia instrumentum confectum est solum, sed quia illic proponitur, mulierem confiteri, se pecuniam accepisse ex alia caussa quam mutui, nempe se accepisse propter intercessionem. Qui ex ceteris caussis, quam ex † caussa mutui confitetur, se quid debere, confes- 14
sioni suæ parere debet, etiamsi priuata cautione id testatus esset. *l. generaliter. inf. hoc tit.* Hæc † exceptio 15
de qua quærimus locum non habet, nisi vbi quis confessus est, se mutuam pecuniam accepisse. *l. aduersus. inf. hoc tit.* De hac autem specie cautionis hic agitur, vbi quis confessus est, se debere, quia mutuam pecuniam accepit. Id etsi non exprimitur ab initio, tamen quod initio ambiguum est, sequentibus verbis explicatur, cum dicitur, *confesso dari exceptionem non numeratæ pecun.* Non est locus huic exceptioni, nisi cum intenditur pecuniam esse numeratam ex cautione, in qua inscriptum est. Sed etsi de ea numeratione nihil hic nominatim expressum esset, tamen quod hic prætermissum est, explicandum esset, ex certis locis, in quibus diserte scribitur, hanc exceptionem in sola pecuniæ creditæ confessione locum habere. *d. l. aduersus. l. asseueratio. infr. hoc tit.*

Quid † si notarius ita scripserit, *L. Titius 10. accepit a Sempronio sibi ab eo numerata,* neque quicquam 16
adiecit de confessione debitoris? Respond. Recte Bartolus & in hac specie debitorem habiturum exceptionem non numeratæ pecuniæ dicit, non minus quam si debitor in priuata cautione scripsisset, non, *se confiteri,* sed absolute, *se debere Titio 10. sibi numerata,* idque hac ratione; Quia verba notarii sic accipi possunt, vt exprimant confessionem debitoris, qui ita dicebat: *Ego accepi a Sempronio 10. numerata,* in qua parte, cum hæc verba accipi possint, non necessario probatur, notarium id testatum esse, vt instrumento notarii fides habeatur. Non est enim idoneum † argumentum alicuius rei, cum ex eo argumento nulla ne- 17
cessitate sequitur id, quod probare volumus, *l. natales. sup. de probat.*

Quid si instrumento † ita scriptum sit, *L. Titius confessus est, se decem debere Sempronio, sibi ab eo nume-* 18
*rata, quæ & vere illi numerata sunt, me præsente & præsentibus testibus infra scriptis?* Respondeo. Recte idem Bart. existimat, & in hanc sententiam omnes conueniunt, standum esse instrumento, neque hic locum esse exceptioni non numer. pecuniæ. Et recte. Nam hic non agitur de confessione debitoris, sed de instrumento notarii, quod publicum est. Non aduersatur hic locus, etiamsi generaliter scriptus, de eo debitore, qui ex sua cautione conuenitur, quoniam instrumento ita concepto, vt supra scriptum est, non tam conuenitur debitor ex cautione sua, quam ex confessione & instrumento notarii.

Hic occurritur: Nam cum quis de se & sua scriptura confitetur, non minus ei aduersus se fides habenda est, quam habenda est notario. Vnicuiq; fides aduersus † se habetur. *l. ceteri. §. 1. de interrog.* Respon. 19
Hoc verum non est, in confessis pecuniæ numeratæ,

& caussa est in promtu, cur potius notario de pecunia numerata affirmanti credatur, quam priuato debitori, eam sibi numeratam esse confitenti. Nam in debitore caussa est, cur falsa dicat, seu cur falso confiteatur, se pecuniam accepisse, eget enim pecunia. Hac necessitate inductus est, vt falso confiteatur, quo pecuniam postea accipiat a creditore, alioqui non credituro. At in notario nulla eiusmodi caussa est & necessitas mentiendi, quoniam de re eius non agitur. Summa hæc est: *Quisquis scriptura aliqua aut sine scriptura confitetur, se pecuniam accepisse, sibi numeratam ex mutui caussa, is exceptionem habet ex hoc loco, siue erit confessio priuata, siue testata erit instrumento publice confecto, nisi in instrumento publice confecto notarius hæc verba addiderit: Quæ pecunia illi numerata est, præsentibus me & testibus infra scriptis.*

20 Quæsitum est hoc loco, *An † etiam tunc debitor, qui confessus est, se pecuniam accepisse, habeat hanc exceptionem, si exceptioni renuntiauerit, id est, dixerit se nulla exceptione vsurum aduersus hanc cautionem & confessionem suam?* Et in summa quæsitum, an huic exceptioni renuntiari possit? Regula iuris effici videtur renuntiari posse: sic enim ius est, Licere vnicuique

21 quod † suum est repudiare, *l. pen. sup. de pact. l. pactum. ff. de pact.* Sed verius est, quod Bartolo videtur cum aliis quibusdam veteribus, quorum sententiam sequitur, eiusmodi renuntiationem ab initio interpositam nullius esse momenti. Ille hac ratione vtitur. Qua facultate debitor ab initio confitetur, se pecuniam accepisse, quam non accepit, vt inducatur creditor ad pecuniam postea dandam; eadem facultate etiam ab initio exceptioni non numeratę pecuniæ renuntiabit. Prius non admittitur, vt constat ex hoc loco: Ergo nec posterius, *argumentum in l. si mulier 2. sup. prox. tit.*

Sed hæc ratio infirmior est, quoniam quacunque facultate pacto aliquid remittamus, tamen placet, si

22 quid † pacto remissum sit, pactum valere, & ex pacto esse pacti exceptionem. *l. pactum. l. iurisgent. §. sed cum nulla. de pact.* Hæc autem renuntiatio nihil aliud est, nisi pactum, quo remittitur exceptio, competens iure, proinde facultas sola remittentis non obstabit, quo minus recte exceptio remittatur. Certa ratio huius sententiæ hæc est, cur huic exceptioni renuntiari ab initio non possit, quia hac ratione remittitur creditori dolus & fraus, præterea impunitate creditori proposita, inuitatur creditor ad peccandum & delinquendum. Nam si pecuniam non numerauit, consequitur hac renuntiatione, vt liceat ei postea impune non numerare, & ita fraudare debitorem, quod cum contingit, pactio nullius est momenti, *l. si vnus. §. illud. de pactis. l. illud. de pact. dot.*

Nihil ad rem pertinet, si quis dicat hac renuntiatione exceptionis nihil remitti, nisi necessitatem probandi, quæ creditori imponebatur: querendi autem potestatem non adimi debitori, si modo probet non numeratam pecuniam. Nam necessitate probandi creditori remissa, continuo imponitur necessitas debitori, sine exceptione soluendi. nam negatio

23 facti † a debitore, per rerum naturam probari non potest, *l. asseueratio. j. h. t.* Sed hæc dicta sunt de eo, qui ab initio & confessus est se pecuniam accepisse, & simul exceptioni non numeratæ pecunię renuntiauit. Quod si post confessioné pecuniæ numeratę, deinde diuerso tempore renũtiarit exceptioni suæ, quia potius, si nondum creditor pecuniam dedisset, & vellet extorquere hanc renuntiationem a debitore, magis se debitori suspectũ redderet, vt non tantum debitor nollet remittere eam exceptionem, sed etiam vellet vltro conficere cautionem suam, iuxta *l. si quis. j. h. t.*

Postquam constat de pecunia numerata debitorem confitentem habere exceptionem aduersus eã cautionem, videndum est, quæ sit exceptio. Id subiicitur in rescripto. Ea duplex est: Doli mali exceptio, & pecuniæ non numeratæ exceptio. Hæc posterior propria est huius caussæ, estq; principalis. nam in alias caussas non competit, præterquam in hac, vbi intenditur pecuniam esse numeratã. Ex hac per consequens nascitur exceptio doli mali, de qua hic dicitur. Nam hæc exceptio oritur ex omnibus exceptionib⁹ specialibus in factũ. *l. 2. §. & generaliter. de dol. mal. excep.* Quæ exceptio nõ † numeratæ pecuniæ hoc loco 24 dicitur, ea dicitur exceptio in factum *in l. cum vltra. j.* Quod ideo monemus, vt intelligamus, non tres exceptiones esse, sed duas, quæ hic commemorantur.

Adiicitur † tertio loco potestas & effectus huius 25 exceptionis: potestas hæc est, vt hæc exceptio tueatur debitorem confitentem, sine vlla probatione non numeratæ pecuniæ: ex quo consequens est, vt creditor, qui pecuniam numeratam intendit, cogatur probare eam numeratam esse; sic fit, vt hæc exceptio rem eo deducat, vt cautio, & scriptura seu confessio, debitori non noceat, non magis quam si omnino nihil confessus esset, quod de vi huius confessionis initio tituli posuimus. Ergo duo continet hæc exceptio: Primo, tuetur debitorem, hoc commune est cum aliis exceptionibus, *Instit. de except.* Alterum est singulare & huius exceptionis propriũ, quod hæc exceptio debitorem tuetur, sine vllo onere probandi, quod debitori imponitur.

Hoc vero dubitationem habet: aduersatur enim regulæ † iuris traditæ *in l. in except. ff. de except.* Regu- 26 la est hæc: *In exceptionibus reum actoris partibus fungi, & exceptionem suam vt intentionem probare debere.* Respondeo: Regula etsi generaliter scripta est, tamen ad eas solum exceptiones pertinet, quibus reus quid affirmat, & affirmando quid intendit, vt declaratur, cum adiicitur: *Reum debere exceptionem probare vt intentionem.* Id ipsum declarant exempla omnia, quibus Vlpianus in ea lege vtitur. Regula ad eos non pertinet, qui in except. negant, cuius generis est hæc exceptio. Differentię ratio est *in l. asseueratio. infra.* Factum negantis per rerum naturam nulla probatio est.

Hoc † effectu exceptionis constituto, oritur du- 27 bitatio huiusmodi. Si debitor, dicens pecuniam sibi non numeratam, sola inficiatione tutus est, sine alia probatione, quomodo hæc inficiatio dicitur exceptio non numeratæ pecunię. Non videtur dici posse. nam iure multum distat inficiatio ab exceptione, nec vlla exceptio est sola inficiatio. nam qui inficiatur, quod actor intendit, is negat plane obligationem esse contractam. At quisquis exceptione vtitur, is prius fatetur actionem inter contrahentes natam, sed defensionem opponit, propter quam dicat, se condemnari iniquum esse, *§. 1. & seqq. de except.* Nihil fit eiusmodi in hac exceptione vt videtur. Non est igitur exceptio dicenda. Respondeo: Verissimum est, nullam esse exceptionem, nisi in qua reus de intentione actoris confitetur, aduersus quam confessionem opponit defensionem, id est, exceptionem. Id probat defi-

definitio exceptionis: nam dicitur esse actionis exclusio. *l. 2. de except.* Sed & hoc ipsum fit in exceptione non numeratæ pecuniæ. Nam hæc exceptio duo continet, partim inficiationem solam, partim confessionem intentionis aduersarii. Qua parte negat debitor sibi pecuniam numeratam, ea parte solum inficiationem habet, & eatenus non recte dicitur exceptio, si id solum spectaremus, sed præter hanc inficiationem etiam confessionem habet. Nam conuenitur debitor ex suo chirographo, siue ex sua cautione. Is fatetur cautionem a se scriptam, vel scriptam suo mandato, secundum hanc confessionem, ex regula communi iuris, debuit stare confessioni suæ. *l. generaliter.* ĵ. *h. t.* Sed de hac intentione confessus tuetur se exceptione, quam illi ius concedit, vt dicat: *quamuis scripserim, tamen falsum scripsi, neq; cogor confessioni meæ stare, propter exceptionem mihi concessam in eam rem.* Constat igitur vtrumque, vt dicamus in hac exceptione non cogi debitorem, quicquam probare de inficiatione pecuniæ numeratæ: Et tamen nihilominus exceptionem recte dici aduersus intentionem actoris confessam, constitutam esse.

28 Quartũ † in hac lege prętermissum est, intra quod tempus hęc exceptio competat confesso? Et monendi sumus, competere intra certum tempus, de quo *in l. vltra.* ĵ. Hoc eo monere hoc loco necesse est, ne decipiamur verbis generalibus huius rescripti. Nam hæc si sequimur, quoniam simpliciter scriptum est, *iure exceptionem competere aduersus cautionem*, consequens est perpetuam exceptionem esse. Nam omnes exceptiones, quibus certum tempus non additur, perpetuæ sunt, *l. plane. §. vlt. de except. dol. mal.* Sed hæc nõ est huiusmodi exceptio, proinde merito dicimus; quod hic deest de tẽpore ex suis locis adiici debere.

*Ad L. 4. Cum fidem.*

Imp. Antoninus A. Bassano.

*Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti vel vsurarum feceris: intelligis te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.*

SVMMARIA.

1 *Confessus se pecuniam accepisse, si partem soluat, fidem cautionis suæ secutus, an amplius de non numerata pecunia quæri possit.*
2 *Soluens scienter indebitum non repetit, quia donare voluit.*
3 *Quid si ignoranter soluat.*
4 *Facti sui probabilis ignorantia non est.*
5 *Errantis nullum iudicium, nulla voluntas est.*
6 *Iuris sui ignorans partem soluendo agnoscit totam obligationem.*

1 QVi † confessus est se pecuniam accepisse, si partem soluat, fidem cautionis suæ secutus, amplius de non numerata pecunia queri non potest. His verbis rescripti simul respondetur de parte soluta, & de parte non soluta, quid statui oporteat. De parte soluta his verbis rescriptum significat, eam vt non numeratam, id est, vt indebitam repeti non posse: nam qui vt indebitum repetit, non numeratum dicit. Et hoc ius certum est, nam debitor si sciuit, se pecuniam accepisse, non repetet, quia debitum soluit: qui soluit
2 sciens † indebitum, non repetit quia donare voluit. *l. indebitum. sup. de condict. indeb. l. cuius per errorem. de*
3 *reg. iur.* Quid † si is, qui soluit, ignorauit, sibi pecuniam numeratam, & errauit? Respond. Hæc quæstio in debitore, qui cõfessus est, inepta est. Nam cum de facto eius agatur, non potest ignorare an acceperit, nec ne; Facti sui ignorantia † probabilis non est. *l. quanquam. ff. ad edict. Velleianum.* Agitur autem hoc 4
rescripto de debitore, qui agnouit fidem cautionis suæ: non adiicitur quidem *suæ*, sed ex vsu Latinorum intelligitur: deinde aperte rescriptum loquitur de eo, qui agnouit fidem cautionis siue suæ, siue alienæ, non agnoscit, nisi qui iudicio & voluntate agnoscit. Errantis † autem nullum iudicium, nulla voluntas est. *l. cum testatus, supra de iur. & fact. ignor.* Quod si 5
proponeremus heredem confessi partem soluisse, cum putaret, pecuniam non numeratam esse, quæ numerata iam erat, sine dubio indebitum a se solutum repetet, quia per errorem soluit. *l. 1. sup. de condict. indeb.* Et hic error in herede probabilis est, quia in ius alterius succedit. *l. qui in ius. de reg. iur.* Sed quoniam, vt dixi, agitur hic de debitore ipso, qui partem soluit, fidem cautionis agnoscens, recte dicitur contrario modo, eum de parte soluta querelam amplius deferre non posse, vt sit sensus non posse eum partem eam repetere vt indebitam.

De parte non soluta rescriptum significat, debitorem amplius de ea parte queri non posse, vt exceptionem non numeratæ pecuniæ sibi perpetuam faciat, iuxta *l. si intra.* ĵ. Sed hoc amplius si de ea parte nondum soluta conueniatur, eum exceptionem non numeratæ pecuniæ non habere. His opponitur ius constitutum de exceptione non numeratæ pecuniæ. Nam qui confessus est, se accepisse pecuniam, habet exceptionem non numeratæ pecuniæ de tota summa confessa, si totam se accepisse negat. *l. 3.* ŝ. Et de parte, si solum se partem accepisse neget. *l. cum vltra.* ĵ. de quo dictum est *ad l. 2.* ŝ.

Respond. Hoc ius ita est nisi debitor facto suo exceptionem iuris amittat: amittit autem, partem debiti confessi soluendo, si in eo fidem cautionis agnoscat. Agnoscere fidem cautionis intelligitur debitor, cum partem ita soluit, *En tibi creditor partem eius summæ, quam tibi debeo ex illa caussa mutui*, ea autem caussa continebatur chirographo. Qui his verbis vtitur in parte soluenda, non solum agnoscit se debere partem, quam soluit, sed etiam se vere debere eã, quam non soluit. Fatetur enim, se debere totum, cuius nunc partem soluit, & in ea confessione agnoscit fidem cautionis, id est, agnoscit verum esse, quod cautione continetur, vt de eo cautio certam fidem faciat. Hinc ergo apparet eum, qui postea fidem cautionis suæ agnoscit, si etiam partem soluat, amittere exceptionem non numeratæ pecuniæ, quam prius habebat iure sibi constitutam.

Aduersus hanc argumentationem & confirmationem cautionis, nonnulla dicuntur, quæ videntur probare, eiusmodi agnitione, cautionem non confirmari, neq; amitti exceptionem non numeratæ pecuniæ. I. Qui initio chirographo confitetur se pecuniam accepisse, is vtiq; pecuniam se debere confitetur, & tamen non eo minus exceptionem habet non numer. pecun. aduersus confessionem suam. *l. 3.* ŝ. Ergo & qui postea iterum idem agnoscit, nihilominus eandem exceptionem habebit. Resp. aliud est agnoscere debitum, aliud fidem cautionis suæ, seu cautionem. Qui initio confitetur, se pecuniam accepisse, agnoscit quidem debitum, sed non agnoscit veram esse suam confessionem, de eo enim nondum querebatur. At is agnoscere dicitur fidem cautionis, qui

prius cautionem exposuit, deinde eam cautionem veram esse confitetur. Præterea etsi in vtraque confessione nihil amplius contineretur, quam agnitio debiti, tamen multum interest inter primam agnitionem & secundam. Nam prima agnitio sola est, & seipsam non potest confirmare: secunda agnitio accedit ad prioris agnitionis confirmationem: constantia & perseuerantia eiusdem confessionis declarat priorem confessionem veram fuisse, *argumentum in l. si mulier. sup. ad Velleian.* Huc accedit, quod prima confessio & agnitio debiti necessitatem habet, qua sæpe fit, vt debitor falso confiteatur, se accepisse. At secunda agnitio nullam eiusmodi necessitatem habet, propter quam debitor falso debeat agnoscere, ideo priori agnitioni fides non habetur, secundæ vero habetur.

Rursum opponitur exemplum eius debitoris, qui simul cautionem debiti exposuit, & præterea pignus dedit. Hæc pignoris datio confessionem debitoris non confirmat, nec debitori adimit exceptionem non num. pec. *l. 1. l. 3. supr. hoc titulo.* Ergo nec partis solutio ei exceptionem reliquæ partis adimet. Respond. Non recte ista comparantur, pignoris datio & partis solutio, cum quæritur de confirmatione prioris confessionis: nam pignus dari potest etiam futuræ obligationis caussa, vt tunc obligetur pignus, cum obligatio principalis cõtracta fuit. At nõ potest solui, nisi quod prius debitum fuit, non est enim solutio nisi rei debitæ *Inst. quib. mod. toll. oblig. in pr.* Ob hanc caussam pignoris datio non est argumentum, pecuniam numeratã fuisse, & obligationẽ contractã, cum pignoris datio interuenire potuerit ob futuram obligationem, *argument. in l. neque naturales. sup. de probat.* At solutio cum non possit esse, nisi rei debitæ, aperte arguit rem antea debitam fuisse quæ soluta est.

Hic nobis occurritur & probatur, ad agnitionem obligationis nihil interesse, an debitor partem soluat, an vero in eam caussam pignus det. Id confirmatur in persona filiifam. qui mutuam pecuniam accepit: nam si sui iuris † factus, partem soluat, agnoscit
6 totam obligationem, & tenetur. *l. item si. §. vlt. ff. ad Maced.* Idem placet, si non soluat, sed pignus det. *l. sed si paterfam. in princ. ad Maced.* Ergo & nunc, quemadmodum qui pignus dedit non amittit exceptionem, sic nec amittere eum oportet, qui partem tantum soluit. Respondeo, pignoris datio & partis solutio non significant obligationem prius contractam esse; & eum qui pignus dat, aut partem soluit, pariter agnoscere se pecuniam accepisse. Sed significat eum, qui pignus dat, obligationem priorem approbare, quod & verum est. Nunc autem non quærimus, an debitor approbet obligationem, quam constat prius esse constitutam, sed an confiteatur obligationem esse constitutam. Manebit igitur ratum, quod hic dicimus eum, qui partem soluendo fidem cautionis agnouit, sic priorem cautionem confirmare, vt exinde exceptionem non num. pecun. amittat.

Sed obseruandum est, vt quis ita exceptionem amittat, rescriptum duo complecti, & velut exigere coniunctim: nempe vt debitor fidem cautionis agnoscens, eius partis solutionem faciat. Quid si horum alterutrum deerit? Ac primum: Quid si debitor partẽ eius pecuniæ antea cautæ soluat, sed fidem cautionis non agnoscens, quia erret, finge heredem esse debitoris? Tum dicendum est, eum errore suo exceptionem non amittere, quia amittendæ caussa est in eo, quod quis fidem cautionis agnouerit; Nulla autem agnitio est errantis. Quid e conuerso, si debitor nihil de cauta summa soluat, sed fidem cautionis agnoscat? Propone hoc modo: Conueniebatur debitor ex cautione sua, idque præsentibus testibus; debitor lecta cautione dixit coram testibus, agnoscere se hoc suum chirographum esse, & pecuniam sibi vere esse numeratam, vt illic confessus est; petiit autem a creditore, vt vellet adhuc aliquantisper exspectare, quod creditor se facturum pollicitus est, & ita discessit. Quæro an debitor postea conuentus ex ea cautione possit se defendere exceptione nõ num. pecun.

Verba huius rescripti efficere videntur, quod possit se defendere, quoniam etiam solutionem partis exigunt, quæ hic non interuenit. Sed verius est, eum qui sine vlla partis solutione, fidem cautionis constitutæ agnouit, amplius exceptionem non num. pec. non habere, idque sic colligitur. Nam cum debitor partem debiti soluit, fidem cautionis agnoscens, in parte soluta duo concurrunt, nempe eius partis solutio, & præterea totius debiti agnitio. Et ideo hæc pars non bene comparatur toti non soluto, sed in parte non soluta nihil amplius esse apparet, quam solam agnitionem debitoris, propterea quod eam partem non soluit, & tamen eius partis agnitio exceptionem non numeratæ pecuniæ excludit, proinde etiam agnitio totius summæ sine alia solutione exceptionem non numeratæ pecuniæ excludet, scilicet vt, in quibus caussis eadem ratio est, in iisdem idem ius statuatur, *l. illud ff. ad l. Aquil.*

Non obstat quod dicitur in rescripto: *Si fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem partis fecerit.* Nam hæc verba, *etiam solutionem*, non definiendæ rei caussa adiecta sunt, sed amplificandi gratia, vt sit sensus: Si fidem cautionis solum agnouisset debitor, sine alia solutione, queri de non numerata pecunia non posset. Nunc autem si ex hypothesi tua proposita fidem cautionis agnosceres, hoc etiam amplius solutionẽ partis feceris, nunc demũ intelligis certe, te multo minus de pecunia non numerata queri posse.

*Ad Auth. Contra qui, &c.*

*Contra qui propriam scripturam, qua conuenitur, abnegat, vel numerationem inficiatur: conuictus in duplum condemnetur, nisi sacramento illato confiteatur: tunc enim non punitur nisi in expensas circa probationes factas, actoris iuramento declarandas. At si post numerationis inficiationem prætendat solutionem: omnino solidum exigitur, nec prodest iam facta solutio. Contra si actor literas suas a reo prolatas abneget, eadem fit & pœna & iurisiurandi forma: hac pœna curatori infligenda, si de suis literis quæstionem referat in caussa eius, quem curat.*

SVMMARIA.

1 *Propria scriptura debitoris quæ sit.*
2 *Duo in hac lege notanda.*
3 *Debitor inficians & conuictus in duplum condemnatur.*
4 *Debitor vbi semel soluit, æquitas non patitur, vt bis idem exigatur.*
5 *Iudex condemnare non potest nec absoluere, vbi nullum est iudicium.*

LEGE 3. & 4. supra consulitur debitori inficianti, se pecuniam accepisse, de qua accepta prius confessus erat, data ei in eam rem exceptione non numeratæ pecuniæ, si modo eam facto suo non exclusisset. Quæ summa est duarum legum præcedentium.

tium. Hac Authentica e contrario cauetur aduersus eundem debitorem inficiantem, & pœna aduersus eum constituitur, si falso inficiatus esse cõuictus erit. Locus exigit, vt spectemus, quodnã hic delictum coerceatur, tum quæ sit eius delicti pœna hic cõstituta.

Coercet constitutio inficiantem primum, si inficietur scripturam propriam, ex qua conueniatur, si deinde conuictus erit, falso inficiatum esse. Exigit constitutio, vt sit scriptura, ex qua debitor conuenitur. Ex quo intelligitur, si debitor sine scripto cõfessus aliquando fuerit, se pecuniam accepisse a creditore, deinde conuentus neget se confessum esse, si postea conuincatur, eum pœna huius legis non teneri, quia non est inficiatus scripturam suam, quæ nulla fuit. Sed cur potius qui inficiatur scriptura interueniente coercetur, quã qui nulla scriptura interueniente, cum debitor vtrobiq; pariter mentiatur? Resp. Differentiæ ratio hæc videtur esse, quia potest aliquis error esse in eo, qui sine scriptura confessus est. Fieri enim potest, vt præcedentis confessionis non meminerit, fieri etiam potest, vt conueniatur falsis testibus quorum etiam dicta non probant. At cum scriptura eius ei ostenditur, non potest eam nõ agnoscere, & sine manifesta calumnia eam abnegare.

Exigit constitutio, vt quis neget non scripturam
1 quamlibet, sed propriam. Est autem † propria scriptura debitoris, cum vel ipse scripsit vel subscripsit, ita vt instrumẽtum literas debitoris habeat, sic enim loquitur cõstitutio, vnde hæc Auth. sumta est *in Nou. de trient & semiss. §. studium.* Quid ergo si instrumentum a notario scriptum sit voluntate debitoris, & neget debitor sua voluntate, aut suo mandato scriptum si conueniatur? Respond. Pœna huius legis non tenetur, vt ex verbis apparet. Videtur hoc inique constitui, dicet aliquis, quoniam non interest, vtrum instrumentum a me scriptum sit, an ab alio, mea voluntate. Respondeo. In fide & probatione instrumenti nihil interest: In difficultate probandi instrumentum scriptum esse a debitore aut ab alio multum interest, quoniam facile probari potest, instrumentum scriptum esse ab alio aut a notario, & scriptum mandato debitoris; non item facile probari potest, aliquid scriptum esse a debitore, si is scripturam suam inficietur. Iustinianus pœnam constituit huius difficultatis remouendæ gratia, vt declaratur *in d. §. studium. vers. si enim protulerit.*

Exigit deinde constitutio, vt debitor ex ea scriptura conueniatur. Accursius & Bartol. hoc sic interpretantur cum aliis quibusdam veteribus, si scriptura facta sit, ad obligationem constituendam; diuersum esse, si facta sit ad probationem solum. Et interpretantur scripturam fieri ad obligationem, cum de mutuo cauetur, hinc enim esse literarum obligationem, *Inst. de lit. oblig.* Ceteras scripturas, quæ de aliis negotiis fiunt, dicunt fieri ad probationem. Hæc distinctio tota longe hic repudianda est: primo, quia per se falsissima est: deinde, quia si vera esset, tamen non modo huic loco non conuenit, sed etiam sententiæ Iustin aduersatur. Falsa est, quia ab initio nulla scriptura, nullum instrumentum obligationem parit, non enim figura verborum & literarum obligamur, sed iis caussis, quæ literis comprehenduntur, *l. non figura. de obl. & act.* Ex literis de mutuo scriptis obligatio nascitur post biennium, sed antea nequaquam, *d. tit. de lit. oblig.* Illud etiam magis falsum est, quod dicunt, quasdam scripturas non fieri ad rei probationem. Generalis sententia hæc est iuris, fieri de rebus scripturas, vt per eas facilius res probentur, ceterum sine iis valere quod gestum est, si habeat aliunde probationem, *l. 4. de pig. l. 4. de fid. instrum.* Et tamen vt quis concedat distinctionem hanc esse veram, tamen huic loco aduersatur: nam Iustinianus loquitur generaliter de scriptura debitoris, quam ille suam esse negat, neque distinguit, quæ sit scriptura, proinde qualiscunque erit nihil refert ad sententiam legis. *l. item veniunt. §. petitum. vers. a quo, de petit. her. l. metum autem. §. 1. quod met. l. de pretio, de public. in rem.* Præterea Iustinianus pœnam constituit aduersus inficiationem ob hanc caussam, quia difficile est creditori probare id, quod scriptum est, scriptum esse a debitore, *d. §. studium.* Hæc ratio ad omnes scripturas priuatas debitoris pertinet, quibuscunque de caussis fateantur se debere, proinde in omnibus idem ius statuendum. *l. illud. ad l. Aquil.*

Non obstant verba huius Auth. quæ exigunt scripturam, ex qua debitor conueniatur: nam hæc verba non sunt in Iustiniani constitutione Nouella, vnde hoc fragmentum sumitur, sed tantum ibi loquitur Iustinianus de scriptura, quam actor profert aduersus debitorem: vtut autem hæc verba essent, tamen scriptura, ex qua debitor conuenitur, non significat scripturam, ex qua debitor obligatur. Non potest quidem debitor conueniri, nisi ex ea re, quæ est caussa obligationis. Sed caussa obligationis & actionis duplex est; quædam quæ proprie caussa est, ea est numeratio aut alia caussa, ex qua obligatio nascitur, de quo genere est *in §. vlt. de oblig. cum tit. seq.* Sed etiam est caussa quæ impropriе ita dicitur, ea est caussa, sine qua aliquid non fit, huiusmodi caussa est cautio & chirographum. Nam debitor, qui pecuniam accepit, vere obligatur ex numeratione, sed hæc numeratio frustra allegatur sine probatione, & confirmari non potest, nisi probetur. Hæc probatio est in cautione & chirographo, sine quo ad numerationem probandam non perueniremus. Quo sensu recte dicitur debitor etiam ex cautione conueniri, quantumuis ex cautione non sit obligatus, quod aperte declaratur *in l. 3 hoc tit.* vbi dicitur debitor conueniri ex sua cautione: aduersus quam tamen habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, qua fit vt non teneatur. Tenebimus igitur sine hæsitatione, quocunque instrumento debitor scripserit, se aliquid debere ex quauis caussa, si scripturam suam neget, & postea conuincatur, incidere eum in pœnam huius legis.

Exigit deinde constitutio, vt debitor falso neget suam scripturam esse, & in eo conuincatur legitimis probationibus. Hoc eam vim habet, vt si debitor primo inficietur, postea confiteatur suam scripturam esse, priusquam conuictus sit, euitet pœnam huius legis. Nec interest, vtrum sponte confiteatur, an vero delato ei iureiurando ab actore motus & coactus sit religione vt confiteretur, vt hic scriptum est. Nam hoc casu solum tenetur in sumtus & impensas litis, quod initio temere sit inficiatus: hoc autem ius commune est omnium eorum, qui condemnantur. *l. procurandum §. fin aut. 3. de iudic.*

Quæ pœna constituitur aduersus debitorem, qui propriam scripturam inficiatus est: eadem constituitur aduersus eum, qui primo agnouit scripturam, sed negauit sibi pecuniam numeratam esse, quam se accepisse confessus est. Hic duo notanda sunt: Primo aduersus † eum, qui pecuniam sibi numeratam ne- 2

gat, constitui pœnā huius legis, quocunq; instrumento cōfessus sit se pecuniam accepisse, & ideo nihil referre, vtrū scriptura propria id cōfessus sit, an vero id confessus sit instrumento publice confecto per notarium. Ratio huius interpretationis hæc est, quia hac parte inquiritur inficiatio numerationis. Semper autē eadem inficiatio est, & idē nocet actori, vbicunq; debitor confessus sit, sibi pecuniam numeratā.

Alterum in hac parte notandum est, solam inficiationem debiti incidere in pœnam huius legis in contractu mutui, vbi debitor confessus est, sibi pecuniam esse numeratam & creditam. Quod si ex aliis caussis confessus fuerit, se debere, & postea se debere neget, non tenetur pœna huius legis. I. Quia ex aliis caussis non negat sibi pecuniam esse numeratam, sed solum se debere negat. II. Quia ex ceteris caussis non est necesse eum conuinci, vt hæc constitutio exigit, propterea, quod ex ceteris caussis debitor suæ confessioni stare cogitur. Et hæc est ratio differentiæ cur si quis mutuum acceptū inficietur, teneatur pœna huius legis: sin autē aliud debitum neget, non teneatur, quia priore inficiatione nocet actori, cogit enim actorem probare, pecuniam esse numeratam. *l.* 3. §. posteriore autem inficiatione nihil nocet actori, quoniam etiamsi debitor se debere neget, tamen confessioni suæ stare cogitur. Atq; hæc delicta sunt, quæ coercentur hac lege, in debitore inficiante.

Pœna, quę aduersus has inficiationes constituitur, est, vt debitor conuictus, in duplum condemnetur, id est, vt in eam summam quæ ab eo petitur, & præterea in alteram partem, iubet enim constitutio eum condemnari in duplum. Quid si id postulatum non sit ab actore, vt debitor ita conuictus in duplum condemnetur, an iudex sua auctoritate in duplum condemnabit, & an id facere potest pro parte? Quodcunq; iudicium & quæcunq; actio alicui datur, hanc conditionem habet: si postuletur a iudice seu magistratu. proinde actore duplum non postulante iudex non condemnabit debitorem nisi in simplum, quod petitum est, *l.* 4. §. *hoc autem iudic. de damno inf.* Huc pertinet, quod dicitur, extra id quod in iudicium deductum est excedere iudicis potestatem non posse. *l. in hoc iudicio. de communi diuid. l. vt fundus ff. eod.* Ergo in hac caussa consultum est actori, vt cum conueniret debitorem suum ex cautione sua & chirographo, ita actionem instituat, vt petat ab eo sumtum si fatetur, sin autem inficietur, petat vt in duplum condemnetur.

Actor audiendus est, neque nouo iudicio est opus. Verba constitutionis id ostendunt. Vult enim
3 Iustinianus inficiantem † debitorem & conuictum, ab eodem iudice in duplum condemnari. Non obstat, quod *in l. non videtur. ff. de iud.* exigitur noua interpellatio de iis, quæ post litem contestatam acciduni. Nam interpellatio exigitur noua, non nouum iudicium ceterum noua interpellatio satis est.

Adiicitur ad hanc pœnam, vt debitor quamuis initio soluerit creditori, & posteaquam conuictus est alleget solutionem, tamen ea solutione non euitet pœnam inficiationis. Sed hoc casu scriptum est in hac constitutione, *debitorem debere solidum præstare.* Quibus verbis significatur, non debere eum præter id, quod iam soluit, duplum dependere, sed debere alterum solidum tantum adiicere. & ita recte dicetur duplum pręstare: prius enim simplum soluerat, nunc alterum simplum adiicit, vt fiat duplum. Sed videtur hac parte iniqua esse constitutio & aduersus regulam iuris; nam vbi semel debitor † soluit, bona fides, 4
id est, æquitas non patitur, vt bis idem exigatur, *l. bon. fid. de reg. iur.* Resp. Nihil fit hac constitutione aduersus hanc regulam. Non enim bis idem exigitur, etsi debitor post solutionem factam, alterum tantum præstare cogitur, nā prius soluit, quia debuit, posterius est pœna inficiationis. Quotiescunq; sunt duæ actiones, seu petitiones, quarum vna continet rei persecutionem, altera pœnam, nunquam vna per alteram consumitur. *l. si pro fure. §. 1. de condict. furt.*

Sed rursum non videtur procedere posse huius solidi simpli condemnatio, postquam debitor semel soluit, nam iudex † condemnare non potest, aut ab- 5
soluere, vbi nullum est iudicium, *argumentum in l.* 1. *de re iudic.* nullum autem iudicium esse potest, vbi actor actionem non habet. *l. si pupilli. §. vlt. de negot. gest.* Porro pecunia creditori soluta, nullam amplius actionem creditor habet, quoniam solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio, *§. 1. Instit. quib. mod. toll. oblig. in pr. §. 1. de act.* sic fit, vt hoc iudicio, quod nullum est, non possit reus condemnari, neque in hanc summam, quæ petita est, neq; in aliam. Respond. Hæc vere dicuntur, cum constat aliquid solutum esse. Hic autem ex constitutione hac, quod solutum est, perinde habetur, quasi solutum non esset. vt Iustinianus nominatim cauet, occurrens videlicet illi obiectioni tacitæ, quam supra dixi.

Hęc constituta sunt aduersus debitorem inficiantem. Placet autem hac constitutione coerceri similiter creditorem e conuerso, siue neget propriam scripturam, siue neget pecuniam sibi numeratam a debitore. Propono hoc modo. Debitor decem quæ debebat creditori soluit, & apocham a creditore accepit, qua ille confitetur, sibi decem soluta & numerata esse a debitore, si is conueniat iterum debitorem, & cum debitor se tueretur apocha creditoris, creditor vel inficietur scripturam suam, vel scripturam agnoscens, dicat sibi pecuniam non numeratam. Si postea conuincatur a debitore, pœna hæc est aduersus creditorem, vt duplum præstet debitori.

Sed diligenter animaduertendum est, in hoc duplo, multo grauiorem pœnam constitui, aduersus creditorem, quam debitorem. Nam cum debitor in duplum condemnatur, nihil amittit, nisi simplum, quia id, quod ab eo petitur, non amittit, cum deberet; id solum amittit, quod præterea soluere cogitur, cum non deberet. At creditor ex hac constitutione cogitur primum restituere pecuniam sibi solutam, & præterea alterum tantum adiicere, in quo vtrumque vtiq; amittit, primum amittit id, quod restituit, quia vere ipsi debebatur, & ipsius factum erat; deinde citra dubitationem amittit, alterum tantum, quod adiicit, in quo manifestū est, æqualitatem pœnæ a Iustiniano non seruari aduersus creditorem & aduersus debitorem. Cur hæc tam varie? Resp. Ratio probabilis non alia reddi potest, quam quod fauorabiliores sint rei quā actores. *l. fauorabiliores. de reg. iur.*

Eadem pœna constituitur aduersus tutorem & curatorem in administratione minorum, si de ipsorum scriptura & confessione agatur.

*Ad L. 5. Aduersus.*

Imp. Alexander A. Haustiano.

*Aduersus petitiones aduersarii, si quid iuris habes:*

*uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, vbi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente caussa debiti in chirographum quantitas redigitur: non requiritur, an tunc cum cauebatur numerata sit: sed an iusta caussa debiti præcesserit.*

SVMMARIA.

1 *Mutuum est iusta caussa debiti.*
2 *Chirographo dato, in quo debitor confitetur se ex aliqua caussa pecuniam debere, an stari debeat.*
3 *Sententia huius rescripti.*
4 *Ex caussa mutui conuentus habet exceptionem non numeratæ pecuniæ.*

1 NOn parua obscuritas est huius rescripti. Difficultas nascitur ex versic. vltimo. Nascitur autem ex hac definitione, quæ illic ita traditur. Cum ex præcedente caussa in chirographum quātitas redigitur, id est, cūm quis confitetur chirographo se quantitatem debere, ex caussa præcedente inquiritur, an pecunia numerata sit. Hęc sentētia aperte falsa est. Nam si quis chirographo cōfessus sit, se pecuniam debere ex caussa mutui, is quantitatem redigit in chirographum ex præcedente caussa debiti. Nam mutuum 2 est † iusta debiti caussa, *Institut. quibus modis re contr. obligat. in princ.* Et tamen ex hac caussa cōuentus debitor, si negat se mutuū accepisse, hic requiritur, an pecunia illi numerata sit, & si creditor id probet, debitor condemnatur, *l. 3. supr. hoc tit.*

Hæc res nos admonet, hæc verba: *Ex præcedente caussa debiti*, necessario sic interpretanda esse: *Ex præcedente caussa debiti alia, quam mutui.* Atque hinc difficultas nascitur, cum, vt videtur, ad sententiam veram eruendam, cogimur aliquid vel supplere præter verba, vel contra verba facere. Hac autem interpretatione admissa sunt duæ sententiæ, quæ probabiliter iis verbis rescripti aptari possunt. Vna, vt superiora verba accipiantur de eo debitore qui pecuniam debuit, ex alia caussa quam mutui, & eam pecuniam redegit in chirographum ex eadem caussa, id est, eam pecuniam ex eadem caussa confessus est se debere. Secundum hanc interpretationem, species ex facto ita proponi debet: Iustin. consultor debebat Titio decem ex caussa emtionis, quia fundum ab eo tanti emerat, nec dum pretium soluerat, eam summam redegit in chirographum, ita vt fateretur Titio se 10. debere ex pretio illius emtionis. Conueniebatur debitor ex hoc chirographo, dicebat se eam pecuniam non debere, & contendebat sibi aduersus suam confessionem competere exceptionem non numeratæ pecuniæ, exemplo eius qui cōfessus est se pecuniam debere numeratam.

Consultus Imperator Alexand. respondit, hunc debitorem in proposito exemplo nō numeratæ pecuniæ non hærere, quoniam hæc exceptio tunc locum habet, vbi ex pecunia credita & numerata a debitore petitur, & petitur solum vt credita: Tunc enim non potest esse credita, nisi sit numerata. Proinde si numeratam esse intenditur, recte debitor negat numeratam esse, & apte aduersus intentionem vtitur exceptione non num. pec. At in proposito, cum ex alia caussa debiti præcedente, quantitas redigitur in chirographum, hic non quæritur, an pecunia sit numerata, sed an iusta alia caussa debiti præcesserit. Quorsum hoc? vt intelligatur in his caussis non constare debitori, qui se debere negat, exceptionē non numeratæ pecuniæ. Nam hisce in caussis, creditor non intendit, se pecuniam numerasse debitori, quod si hoc nō intēditur, inepta est exceptio pecuniæ non numeratæ, quoniam hac exceptione intentio non excluditur, quæ intentio de pec. numer. non fuit.

Secundum hanc interpretationem huius rescripti sententia hæc est. Cum quis chirographo † confessus est, se pecuniā debere ex aliqua caussa, & quęritur, an huic chirographo, & confessioni suæ stare debeat? distinguendum est. Nam si confessus est, se debere ex caussa mutui, vbi pecunia petitur, vt tradita & vt numerata, habet exceptionem pec. non numeratæ, qua efficitur, ne cogatur confessioni suæ stare, nisi creditor numeratam probet, *l. 3. supr. hoc tit.* Quod si confessus sit, se debere ex aliis caussis, confessioni suæ stare cogitur, quoniam nullam exceptionem habere hic potest non numeratæ pecuniæ, hæc enim in proposito inepta est ei & inutilis, quia non quæritur, an pecunia sit numerata nec ne. Hæc sententia per se necessaria est, & confirmatur *in leg. generaliter, infr. eod.* Sed huic rescripto nullo modo conuenit, sed potius contra secundum hanc sententiam partim rescriptum ineptum est, partim etiam falsum. 3

Nam primo ait rescriptum, cum ex præcedente caussa debiti, nos subaudimus ex præcedente caussa alia quam mutui, hoc est, peruertere manifeste sententiam verborum, vbi ex generali sententia verborum specialis efficitur, & non tantum specialis, sed etiam redigitur ad certam speciem debiti, cuius hic nulla est mentio. Deinde ait rescriptum: *in hac specie non requiri an pecunia sit numerata, cum pecunia cauetur ex alia caussa quam mutui.* Hoc falsum est. Nam si maritus cōfiteatur chirographo se accepisse 10. ab vxore ex caussa dotis, cōfitetur, se debere ex alia caussa quā mutui, & tamen si postea condemnatus nomine dotis, neget se dotem accepisse, vt confessus est, hic necessario requiritur, an pecunia illi fuerit numerata. Tertio ait rescriptum: In hoc casu requiri, an iusta caussa debiti præcesserit. Male respondet, in hoc casu, quoniam etiam aliquis confitetur se debere ex caussa mutui, si id postea negat, requiritur an iusta caussa præcesserit. Quare superior sententia huic rescripto nullo modo aptari potest, sed ineptum rescriptum efficiet & falsum, vt dixi.

Restat altera sententia quæ huic rescripto conuenire potest, vt superiora verba versic. vltim. intelligantur, de eo quidem debitore, qui pecuniam debet ex caussa tanquam mutui, id est, chirographo fatetur se eam pecuniam a creditore suo retinere vt mutuam, & se vt mutuam debere. Verba rescripti huic hypothesi optime aptari possunt. Nam prius in rescripto hæc verba fuerunt, vbi pecunia credita petitur, cum ergo rescriptum subiicit: Cum autem quantitas in chirographum redigitur: quantitatem hic intelligere debemus, vt sit quantitas credita, cuius prius mentio facta erat. Rursum cum dicitur, ex præcedente caussa debiti, hæc verba sic intelligere debemus, ex caussa debiti, quæ præcedit, supple, mutuum, seu creditorem, sitque hic sensus: Cum autem quantitas seu pecunia credita, de qua prius dixi, redigitur in chirographum ex caussa debiti, quæ mutuum hoc præcedit: & quæ sequuntur, &c. Tunc autem debitor redigit in chirographum pecuniam creditam, ex caussa

debiti præcedente, cum pecuniam ex alia caussa debuit, & conuenit cum creditore, vt eam pecuniam retineret vt mutuam, hac conuentione mutua efficitur, *l. singular. D. si cert. pet.*

3 Secundum † hanc interpretationem hæc est sententia huius totius rescripti: Quidam debuit 10. Titio, ex caussa emtionis, conuenit cum creditore, vt eam pecuniam retineret, & chirographum emisit, quo ita rem gestam esse confessus est, his verbis: Decem quæ Titio debui ex caussa emtionis, ea profiteor, me retinere ex caussa mutui, ipsius voluntate, quam summam ego ex ea caussa, bona fide reddam, cum petierit. Conuenitur debitor ex hoc chirographo, is defensione hac vtitur, dicit sibi pecuniam eam non esse numeratam, cum caussa chirographi carebat, quod & verum est, ab hac conuentione remouet actorem exceptione non numeratæ pecuniæ. Quæritur an in hac specie illi competat hæc exceptio?

Respondet Alexander: Si quid iuris habes, præter exceptionem non numeratæ pecuniæ, aduersus petitionem aduersarii tui, eo iure vti potes, vt puta si chirographum id non scripsisti, id dicere potes, item si metu coactus es, aut dolo inductus vt confitereris, te debere ex caussa emptionis, quod nō debuisti; aut si etiam errore existimasti te debere, quod non debebas, doli mali exceptione te tueri poteris ex iis caussis; ceterum exceptionem non numeratæ pecuniæ, de qua quæritur in proposito, non habes, ignorare enim non debes, hanc exceptionem ibi locum habere, vbi pecunia tāquam credita, id est, mutua petitur, & petitur solum tanquā credita. At cum quantitas credita, redigitur in chirographum ex caussa debiti præcedente, vt hic factum proponis, non requiritur an pecunia tibi numerata sit, sed an iusta caussa debiti præcesserit supplementum, de quo dixisti.

Quorsum hoc responsum? Vt intelligatur, quod proposuit, si in proposito non quæritur an pecunia sit numerata, consequens sit, exceptionem non numeratæ pecuniæ hic esse inutilem, quoniam ad intentionem actoris nihil pertinet. Verum est quod Imperator respondet, in proposito non requiri, an pecunia numerata sit. Nam cum conuenit vt debitor, qui pecuniam ex alia caussa debebat, eam pecuniam ex crediti caussa retineret, hic mutuum contrahitur, sine vlla numeratione, solum conuentione, *l. singular. si cert. petat.* Hoc amplius etiam in proposito non quæritur, an pecunia sit credita debitori, tametsi vere credita est, saltē quæritur, an iusta caussa debiti præcesserit hoc mutuum, vt debitor in suo chirographo confessus est? Id autem sic certo demonstratur. Nam si debitor in proposito fateatur, se 10. debuisse ex caussa emtionis, quæstio omnis & lis tollitur. *l. si debitori. D. iud.* Quod si neget se debuisse, hic nihil amplius quæritur, quam an debuerit ex caussa emtionis, an ex caussa mutui. Quia si debuit ex caussa emtionis, soluere cogitur, si conuenerit vt pecuniam eam creditam haberet, propterea quod duabus ex caussis eam debuit. Sed etsi non conuenerit, vt eam creditam haberet, tamen semper relinquitur præcedens caussa, quod eam debuit. Ita verum est quod Imperator hic respondet: quamuis pecunia hic petatur vt credita, tamen non esse quæstionem an sit numerata aut credita, sed solum quæstionem esse an sit debita ex caussa præcedente. Ex quo efficitur quod dixi: Debitorem in proposito probare debere, se pecuniam nō debuisse, si vult absolui: non autem creditorem debere probare pecuniam ex ea caussa sibi deberi. Nam aduersus confessionem suam debitor nullam defensionem habet, nisi exceptionē non num. pec. Hanc exceptionem in proposito non habet, quia non quæritur an pecunia illi sit numerata. proinde nullam defensionem habet, & ideo confessioni suæ stare cogitur.

Hinc vtilis sententia notanda est, quę huc spectat, vt interpretetur vetus illud dictum, quo traditur: Eum † qui ex caussa mutui conuenitur habere exceptionem non numeratæ pecuniæ. *Instit. de liter. obl. in prin.* Hoc rescriptum docet, id ita esse interpretandum, si debitor conueniatur, ex sola caussa mutui, quod debitori numeratum sit: diuersum esse, si debitor debuerit pecuniam ex alia caussa præcedenti, & conuenerit, vt eam crediti nomine retineret. Nā hic quamuis ex mutui caussa conueniatur, tamen quoniam præcipue conuenitur ex præcedente caussa, ex qua & mutuum postea secutum est, exceptionem non numeratæ pecuniæ habere non potest. 4

### *Ad l. 7. Si quasi &c.*

Impp. Alexander. A. Iuliano & Ammiano.

*Si quasi accepturi mutuam pecuniam aduersario cauistis, quæ numerata non est: per condictionem obligationem repetere, & si actor non petat: vel exceptione non numeratæ pecuniæ aduersus agentem vti potestis.*

SVMMARIA.

1 *Quot modis debitor cauere dicatur.*

2 *Pecunia debitori mutua data in stipulationem deducta, obligatio non ex credito, sed ex stipulatione nascitur.*

Quidam quasi accepturi pecuniā a creditore futuro, cauerunt ei eam pecuniam. Multis modis debitor † cauere dicitur, id est, prospicere creditori suo. Cauet chirographo & scripto, vt scriptum illi valeat ad fidem, cauet etiam stipulanti promittendo, vnde & cautionis verbum varie accipitur. Interdum pro chirographo, *l. emtor, §. vlt. de pact.* Interdum & vsitate pro stipulatione, *l. sancimus, de ver. sig.* Ex instituto & voluntate loquentis significatio distinguitur, vt fit & hoc loco. Cauere dicuntur hic debitores, pro stipulatione se obligare creditori futuro, dum creditori stipulanti ita promittunt, se illam pecuniam ab illo sibi recte numeratam restituturos, cum volet. 1

Hæc significatio intelligitur ex eo quod subiicitur, hos tres debitores posse obligationem condicere, quo se obligauerant creditori, etiam sine numeratione, non obligant se literis, *l. non figura. de obl. & act.* Obligant igitur se eo modo, quo obligatio iure ciuili constituitur, nempe stipulatione, *§. de constituta, de act.* Hic quæsitum est, si debitores ex ea cautione & stipulatione conueniantur, an habeant exceptionē non numeratæ pecuniæ? Et placet habere.

Hic opponitur *L. aduersus, supr.* Non enim locum habet hæc exceptio pecuniæ non numeratæ, nisi vbi pecunia credita petitur. At hic pecunia non petitur a debitore, tanquam credita, seu quasi mutua, sed solum ex stipulatione. Sciendum est enim, cum † pecunia debitori mutua data, in stipulationē deducitur, obligationem non nasci ex credito, seu ex numeratione, sed ex stipulatione, *l. si ita, §. vlt. l. seq. de Non.* Respondeo etsi verum est in proposito pecuniam ex stipulatione peti, non tanquam creditam, tamen stipulatio 2

pulatio interposita est, propter pecuniam creditam, semper autem origo obligationis, non titulus actionis considerandus est, *leg. 3. supr. ad Senatusconsultum Maced.* Obligationis origo est ex pecunia credita, titulus actionis qua agitur certi cōdictione ex stipulatione originem habet, id est, pecuniam creditam spectare debemus; quo fit, vt hic perinde habeatur, quasi petatur pecunia credita. Ita secundum regulam iuris aduersariis recte respondetur, etiam in hac specie competere exceptionem nō numeratæ pecuniæ; sed adiicitur in rescripto, hanc competere debitoribus sub conditione, si cauerint eam pecuniam quasi accepturi, neque ea numerata sit. Ergo debitores hoc dicere debent, si dicunt, secundum regulam iuris probare debent, *leg. 2. de probat. l. qui accusare, supra, de edend.*

Quæro igitur, vtri parti probatio hic incumbat, debitoribusne vt probent sibi pecuniam non numeratam, an creditori, vt probet numeratam esse? Respondetur *ex leg. 3. supr. hoc titul. & l. asseueratio, infra hoc titul.* hoc ipso, quod debitoribus datur exceptio nō numeratæ pecuniæ, intelligi, onus probationis conferri in creditorem, vt nisi probet pecuniam numeratam, debitores absolui debeant. Non obstat quod exigitur in hac lege, vt debitor dicat sibi pecuniam non numeratam esse. & secundum regul. iuris, qui dicit probare debet; Nam vt docui *ad leg. 2. supr.* is, qui exceptione non numeratæ pecuniæ vtitur, hoc ipso satis probat non numeratam pecuniam, quod creditor numeratam non probat, *l. 3. supr.*

Si exceptio non numeratæ pecuniæ in proposito debitoribus competit, consequens est, quod adiicitur in hoc rescripto, etiam eos nō exspectata cōuentione creditoris, posse statim vltro condicere obligationem, id est, petere a creditore, vt liberentur sua promissione. Id enim condictio obligationis significat, *leg. 3. de condict. sine caussa.* Hoc ex priore consequens est, vt dixi, nam exceptio non numeratæ pecuniæ, facit, vt debitores non teneantur quamdiu illa competit, id est, vt nulla sit interim debendi iusta caussa, *leg. 3. supr. hoc tit.* Quod si debendi nulla caussa est, fit locus condictioni sine caussa, *l. 1. 2. de condict. sine caussa.* Ea est condictio, quam hoc loco intelligere debemus.

Exitus condictionis hic est, vt creditores a debitore liberentur. Liberandi ratio est, vt accepta pecunia illis feratur, *§. item per acceptilationem, Institut. quibus modis toll. obligat.* de qua plura *ad leg. 3. supr. de condict. indebit.* Si ii debitores etiam chirographa interposuerint, huius obligationis nomine, chirographi quoque eadem condictio est, quia inane est chirographum, vbi nulla est obligatio, *l. vlt. supr. de condict. ex l.*

### *Ad L. 8. Si intra &c.*

Imperator Alexander A. Materno.

*Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia vsus defunctus est: residuum temporis eius heres habebit tam aduersus creditorē, quam aduersus eius heredem. Sin autem questus est: exceptio non numeratæ pecuniæ heredi & aduersus heredem eius perpetuo competit. Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, etiam si pupillus sit, debitum soluere compellitur.*

Summaria.

1 *Exceptio non numeratæ pecuniæ cui & aduersus quē detur, & nu. 5.*
2 *Tempus, intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ datur, vnde & quando cedat seu computetur.*
3 *Minor viginti quinque annis, si debitori successerit in tempus exceptioni non numeratæ pec. præstitutum, an eo tempore finito amittat exceptionem non numeratæ pecuniæ.*
4 *Succedens defuncto, quamuis ex persona sua priuilegium habeat, tamen defuncti iure vti dicitur, nec in re, in quam successit, vllo proprio priuilegio vti potest.*
6 *Petitio pecuniæ numeratæ non datur tantum creditori sed etiam heredi, qui in ius defuncti succedit.*
7 *Exceptio non numeratæ pecuniæ, an aduersus heredem detur.*
8 *Exceptio non num. pecuniæ datur intra biennium.*
9 *An & post biennium competat.*
10 *Exceptiones omnes perpetuæ sunt, etiamsi sint doli exceptiones.*
11 *Exceptio non numeratæ pecuniæ, cur nō sit perpetua.*
12 *Vsusfructus cur morte vsufructuarii & aliis modis finiatur.*
13 *Debitori cur non permittatur eodem modo querendi aduersus creditorem in ceteris exceptionibus, vt conceditur ei, qui confessus est, se pecuniam accepisse.*
14 *Chirographi & cautionis post lapsum biennii quæ vis sit & potestas.*
15 *Heres, quamuis ex sua persona priuilegium habeat, tamen cum ex persona defuncti conuenitur, eodem iure vti debet quo defunctus, nec potest vllo suo proprio priuilegio defendi.*
16 *Debitor, qui chirographo cauit, se pecuniam accepisse, & ex ea caussa debere, post bienniū exceptionem pecun. non numeratæ nō habet, sed pecuniam, quasi numerata esset, soluere cogitur. Et obligationem hanc ex literis nasci.*
17 *Obligationis ex contractu caussæ.*
18 *Scriptura literarum an obligemur.*
19 *Obligatio literarum cur a Caio Iureconsulto sit prætermissa.*
20 *Debitor an post lapsum biennii possit dicere pecuniam non esse numeratam, quæ vere numerata est, & an liceat ei quicquam aduersus creditoris intentionem obiicere.*
21 *Debitor post lapsum biennii, si vltro paratum se dicat probare, pecuniam sibi esse non numeratam, an omnimodo compellendus sit soluere nec audiēdus sit, nec cum possit probare pecuniam sibi non esse numeratam ad probationem admittendus, & nu. seq.*
22 *Iusiurandum an sit probatio iuranti, an deferenti.*
23 *Confessus pecuniam se accepisse intra biennium habet duas exceptiones, except. non numer. pecun. & exceptionem doli mali.*
24 *Exceptio doli cum alias sit perpetua finitur hic biennio similiter vt exceptio non num. pec.*
25 *Exceptio doli duplex, generalis & specialis.*
26 *Specialis.*
27 *Generalis.*
28 *Condictio sine caussa qua creditor debitori tenetur, vt ei chirographum reddat, & eum liberet, temporalis ne sit an perpetua, & nu. 37.*
29 *Condictio sine caussa nunquam competit, nisi vbi iusta caussa debendi non subest.*

30 *Actiones in personam an omnes perpetuæ sint.*
31 *Obligationes quibus modis tollantur.*
32 *Actio in personam non est, nisi aduersus eum, qui obligatus est.*
33 *Debitor confessus sine scripto, se pecuniam accepisse, si intra biennium questus non sit de pecunia sibi non numerata, an soluere omnino compellatur, nec sit audiendus, si dicat se paratum esse probare creditorem confessum esse, pecuniam a se nondum esse numeratam. Et ratio diuersitatis nu. 35.*
34 *Concessum id cuique iure intelligitur, quod iure ademtum non est.*

HIc agitur de cautione debitoris, sed de cautione ita, vt hoc verbo significetur chirographum, seu scriptura, qua fatetur se debere, quod intelligitur ex adiuncto, quia dicitur debitor cautionem exposuisse seu emisisse. Hæc verba cum adiunguntur scripturæ, caussa significatur, *l. cum de indebito. §. vlt. de probat.* Non agitur de quauis scriptura, sed de ea, qua debitor scripsit, sibi pecuniam numeratam esse seu creditam, vt intelligimus ex exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ illi tribuitur. Ex hac cautione tribuitur debitori exceptio non numeratæ pecuniæ, & de ea cautione & exceptione hoc rescriptum tria complectitur. Primo, de personis, quibus & aduersus quas detur hæc exceptio. Secúdo, de tempore, intra quod competit. Tertio, hoc tempore finito, quam vim scriptura habeat ad cogendum debitoré confessum.

1 Primum igitur placet, † exceptionem intra tempus præstitutum, debitori ipsi citra controuersiam dari. Quod si intra id tempus decesserit, placet etiam dari eius heredibus, sed hactenus, vt nihil amplius detur heredibus, quam reliquum tempus, quod defuncto ad exceptionem competebat. Exempli gratia: Si post chirographum emissum intra annum decesserit debitor, heredi eadem exceptio competit, sed intra annum dixi, quia tantundem temporis solum relictum erat defuncto ad exceptionem, si modo exceptio competit, intra biennium tantum.

2 Hoc loco duo quęruntur: Primo, vnde † & quando cedat, seu computetur hoc tempus reliquū, quod heredi dari diximus? Accursius putat, illi cedere ex adita hereditate, seu ex petita bonorum possessione, *argumento l. ea quæ, supr. de temp. in integ. restit.* Hoc falsum est, cedit hoc tempus hereditate etiam non adita, nec quicquam hic plus tribuitur heredi, quam defuncto tribueretur si viueret. Hoc amplius, hæc quæstio in herede inepta & stulta est: Nam hæc exceptio datur in biennium, quod computari incipit ex eo die, quo scriptura emissa est, *l. in contractibus, in prin. infr.* Competit autem deinceps intra biennium continuum, vt ibidem scriptum est. Proinde biennio continuo præterito, exceptio heredi competere non potest, & si continuum exigimus, inepte quæritur, vnde pars huius temporis cedat, cum partes huius temporis non interrumpātur, sed sint continuæ.

Non obstat, quod heredi, qui hereditatem nondum adiit aut etiam heredi tacenti, non potest imputari quod intra reliquum tempus, querelam non numeratæ pecunię non detulerit. Nam quoties pœna constituitur aduersus debitorem, nisi intra certum tempus aliquid fecerit, vt in proposito constituitur pœna, vt adimatur illi exceptio non numeratę pecuniæ, nisi intra biennium querelam non numeratæ pecuniæ detulerit, toties intra id tempus, mortuo debitore, pœna committitur, etiamsi hereditas adita nō sit, *l. ad diē, de verb. obl.* Nihil ad rem pertinet *l. ea quæ, supr. de temp. in integr. restit.* vbi traditur tempus petendæ in integrum restitutionis, in quam heres successit, non cedere seu non computari, nisi ab adita hereditate. Multum interest vtrum quæratur de initio temporis, intra quod aliquod beneficium competit, an vero de progressu eius tēporis. Initium a certo tempore incipit, hoc tempus non cedit heredi, nisi post aditam hereditatem, *d. l. ea quæ &c.* At hoc tempus semel cœptum, continenter progreditur, nec morte debitoris interrumpitur, alioqui hoc tempus biennii non diceretur tempus continuum.

Deinde hoc loco quæritur, quid † si minor 25. annis successerit debitori, in id tempus quod reliquum erat, an eo tempore finito minor amittat exceptionem non numeratæ pecuniæ? Respond. ius certum est constitutum, in l. vltim. ℑ. in quibus caussis in integrum restituere necesse non est, exceptiones minori competentes, quamuis intra tempus competát, tamen minori non cedere, id est, quamuis id tempus præterierit culpa minorū, non exceptionem amitti ipso iure, sed solum tempus amittendæ exceptionis illius cedere, cum maiores 25. annis facti sunt. Hic occurretur nobis. Nam cum aliquis succedit defuncto, † quāuis ex persona sua priuilegium habeat, 4 tamen defuncti iure vti dicitur, nec in re, in quam successit, vllo proprio priuilegio vti potest, *l. heres absens, in pr. de iud. l. sub prætextu supr. de Inst. act. l. qui in ius. de reg. iur.* At in proposito defuncto hæc exceptio competeret tātum intra biennium, ergo & minori, qui heres debitori exstiterit intra biennium, d. exceptio competet, nec in eo heres beneficio ætatis vti debet. Respond. Verissimum est, heredem nullo suo proprio priuilegio vti posse. Sed eodem iure cum defuncto vti debere, verum in iis tantum, in quæ successit, quæque habet a defuncto. At cum debitor post cautionem emissam intra annum decessit, minor non succedit, nisi in eum annum, quem defunctus habuit. Proinde recte dicitur, pro eo anno exceptionem minorem non habere, quoniā iure defuncti vti debeat. At in reliquum annum plene non successit, quoniam hunc defunctus nunquam habuit. Habet igitur minor hunc annum sequentem ex persona sua. Prius enim minor succedit in obligationem defuncti, ex hac obligatione conuentus habet exceptionem nō numeratæ pecuniæ, non quia heres, sed quia conuenitur ex ea obligatione, cui hæc exceptio tribuebatur.

Cur hæc exceptio detur heredibus, exposuimus sup. tit. huius initio. Si datur † heredibus debitoris, 5 consequens est, quod hic subiicitur, etiam dari aduersus creditorem & eius heredes. Nam hæc exceptio datur aduersus petitionem pecuniæ numeratæ, & vbicunque hæc petitio est, ibi hæc exceptio non numeratæ pecuniæ locum habet. At † petitio pecu- 6 niæ numeratæ, non datur tātum creditori, sed etiam heredi, qui in ius defuncti succedit, *l. heres in damno, de acquir. hered.* Ergo † etiam aduersus heredem pe- 7 tentem eadem exceptio dabitur.

De tempore ita hic cauetur: Exceptionem non numeratæ † pecuniæ, intra certum & præfinitum 8 tempus dari. Id tempus exprimitur, *in l. contractibus, in prin. hoc tit.* Id autem est bienniū, cum prius quinquennium esset, competit igitur hæc exceptio intra biennium. Sed † & post biennium competit, si debi- 9 tor in-

tor intra biennium questus sit de pecunia sibi non numerata. post quam querelam interpositam, incipit hæc exceptio esse perpetua, tam debitori, quam heredibus, & tam aduersus creditores, quam eorum heredes. qualis debeat esse hæc querela, & exceptio vtrum scriptum desideret, an non, comprehensum est *in leg. in contractibus, §. in qua, infr.* vbi hac de re dicitur. Quod si nulla querela mota de pecunia non numerata, biennium elapsum est, exceptio amplius non competit. Hæc summa est de tempore huius exceptionis, ex qua intelligimus temporalẽ esse hanc exceptionem, non perpetuam.

10 Hic opponitur exemplum omnium exceptionum, quas † omnes placet esse perpetuas, etiamsi sint doli exceptiones, *leg. pure, §. vltim. de dol. mal. except.* Et ratio ibi est addita, quæ etiam ad exceptionem non numeratæ pecuniæ pertinet; Quia non est in potestate rei, quando secum agatur, & ideo, si exceptione vsus non sit, non debet ei imputari. Atqui in exceptione non numeratæ pecuniæ idem dici po-
11 test. Cur † non igitur & hæc perpetua est, cum in eadem caussa & ratione, idem ius statui debeat, *l. illud ad l. Aquil.*

Respondeo, dissimilis caussa est huius exceptionis & ceterarum. Differentia hæc est, quia ceteræ exceptiones sine incommodo creditoris reo dantur. sic enim competunt, vt reus exceptionem suam probare debeat, quæ probatio sine onere creditoris contingit. *leg. in exceptionibus, de probatio.* In exceptione non numeratæ pecuniæ, qua euenit, vt qui dicit pecuniam non numeratam, id probare non debeat, sed neganti fides habeatur, & transferatur probationis onus in creditorem, *leg. 3. supr. leg. asseueratio, infra eodem.* Hoc cum non fiat sine manifesto incõmodo & onere creditoris, placuit in re dubia exonerari creditorem hoc incommodo, vt incommodum non esset perpetuum, vt qui probatione oneratur, in tempore probãdi exoneretur, argumento æquitatis *in leg. eum, qui in princ. de iureiur.* Eiusdem equitatis argumentum in vsufructu finien-
12 do, quem placet ideo morte vsufructuarii † & aliis modis finiri, ne proprietas penitus inutilis constituatur domino, *§. vltim. de vsufruct.* Neque in eo fit vlla iniuria debitori. Nam si debitor vere non accepit pecuniam, & aliquod metuit incommodum, ei prospectum est, aduersus hoc incommodum. Fit enim, vt iam dixi, ei potestas intra biennium querendi de non numerata pecunia: si queritur, iam quo queritur fit exceptio perpetua: si non queritur, de se ipso queri debet, qui beneficio legis vsus non est.

13 Sed cur in ceteris exceptionibus non permittitur † debitori, eodem modo querendi aduersus creditorem suum, vt conceditur ei, qui confessus est, se pecuniam accepisse? Respondeo: Ceteri debitores non perhibentur queri aduersus creditores suos. Sed ideo hoc non nominatim illis conceditur lege, quia esset ineptum & superuacuum. Hæc enim querela tantum conceditur debitori in pecunia non numerata, vt exceptionem perpetuam efficiat, quæ prius erat temporalis. Hoc cauere non est necesse in ceteris exceptionibus, quia per se sunt perpetuæ, sine alia querela debitoris.

14 Tertium † restat de vi chirographi & cautionis, quænam sit, biennio elapso, intra quod debitor de pecunia non numerata questus non est? Et hic scriptum est, deinceps chirographi & literarum hanc vim esse, vt debitor omnino numeratum soluere cogatur, nec tantum debitor, sed etiam heres eius, etiamsi sit pupillus. Quod de pupillo dicitur, sic intelligamus, heredem † quamuis ex sua persona pri- 15
uilegium habeat, tamen cum ex persona defuncti conuenitur, debere eodem iure vti quo defunctus, nec posse eum vllo suo proprio priuilegio defendi, *leg. qui in ius, de regulis iuris, leg. heres, in prin. de iud.* Hac vi chirographi & literarum posita, recte colligitur quod Iustinianus colligit, *in Instit. de litera. obligat.* debitorem † qui chirographo cauit, se pecu- 16
niam mutuo accepisse, & ex ea caussa debere, post biennium, exceptionem pecuniæ non numeratæ, non habere, & hoc amplius, obligari literis, ex quo est literarum obligatio, quæ inter caussas quatuor obligationum tertia hic ponitur a Iustin.

Id autem efficitur ex definitione obligationis, nam obligatio est iuris vinculum, qua quis necessitate astringitur alicuius rei soluendæ, *Inst.* Hic debitor, de quo agimus, post bienniũ necessitate astringitur pecuniæ soluendæ, quasi numerata esset, *vt hic diserte scriptum.* Igitur est obligatus. Nasci autem obligationem hanc ex literis, sic colligitur ex remotione partium. nam qui obligatur, necesse est aut re obligari, aut verbis, id est, stipulatione, aut consensu solo, aut si nihil horum est, relinquitur, vt obligetur ex literis & instrumento, quoniam † non sunt 17
plures caussæ, ex quibus obligatio ex contractu nascatur, *l. 1. de oblig. & actio. §. Instit. eodem.* At hic debitor non obligatur re, quoniam eum proponimus, cui reuera pecunia non sit numerata, non quia id constet, sed quia id affingimus, & volumus ita esse. Rursum non obligatur stipulando, quia eum proponimus, qui simpliciter confessus est, se debere, citra stipulationem *dict. tit. Instit.* Multo minus est consensu solo, quoniam non obligaretur, nisi diceret pecuniam sibi esse numeratam. Relinquitur igitur quartum, vt obligetur literis. Recte igitur obligatio hæc literarum constituta in hac specie.

Sed hic opponitur *l. non figura. de obligat. & actio.* vbi diserte scribitur, non † obligari nos scriptura li- 18
terarum, sed oratione, quæ literis exprimitur. Quod si verum est, consequens est non debere dici quenquam obligari literis, sed oratione, proinde non debere dici obligationem literarum, sed obligationem orationis, seu verborum, quæ verba literis continentur. Variæ sunt huius loci interpretationes, sed eiusmodi omnes, vt rem nullo modo expediant. Vna est, quæ a quibusdam affertur, non improbabilis, quod dicunt, *l. non figura*, veram esse Pauli illius temporibus, quibus vere dici volunt, nullam obligationem nasci ex figura literarum, seu ex literis, quia hoc genus obligationis postea natum sit. Id probant *ex l. 1. de obl. & actio.* vbi dicitur obligatio nasci ex tribus caussis, quæ re, verbis, consensu concipiuntur, literarum nulla fit mentio. Sed hoc dicere nobis non licet. Fuit enim & Pauli temporibus hæc obligatio, nam rescriptum quod hic proponitur est Alexandri Imperatoris, in quo Alex. non constituit ius nouum sed antiquum refert. At constat ex historiis Paulum vixisse sub Alexandro. Fuit igitur hæc obligatio Pauli temporibus, vera sententia, *l. non figura.* Et certa solutio hæc est: Obseruandum est, Paulum non dicere simpliciter & absolute, nos nõ obligari figura literarũ, sed sub conditione, quæ subiicitur. Ait enim,

id eatenus verũ esse, quatenus placuit, nõ minus valere quod scriptum est, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. His verbis significat Paulus quatenus iure placeat, & constituitur vt scriptura non minus valeat, quam oratio, id est, vt valeat tantundem atque oratio, non autem plus. Eatenus vere dicitur neminem ea scriptura obligari, sed obligari oratione, quæ ea scriptura comprehensa est. Ratio, quia scripturæ eiusmodi omnes fiunt ab initio ad probationem, *leg. quarta, de fid. instrumen.* Probatio autem nihil amplius cõtinere potest, quam id quod dictum & factum est, id quod comprehensum est verbis & oratione. At in hac specie obligationis literarum, vbi debitor post biennium obligatur literis, id ius locum habet. Hic enim scriptura non valet tantũdem quam oratio, sed plus. Nam si quis scripto confessus est, se debere, post biennium obligatur omni modo, vt hic scriptũ est. At si scripto idem fateatur, post biennium non obligatur, si modo doceat, sibi pecuniam ab initio non fuisse numeratam, vt postea dicemus.

Ex hac interpretatione intelligimus, non modo non infirmari hanc literarum obligationem in *d. l. non figura*, sed maxime eam confirmari, cum Paulus ex definitione illic proposita excipiat hanc speciem scripturæ, quæ plus valeat, quã omnino scripto non comprehensa. Sed rursum hic oritur hic scrupulus, Si etiam temporibus Pauli & prioribus, hæc obligatio literarum fuit, eaque confirmatur *in d. l. non figura*, qui factum est, vt genus hoc caussæ prætermis-
19 sum † sit a Caio Iureconsulto, *in d. l. 1. de obl. & actio.* Cur enim prætermissum est, nisi quia hæc species obligationis non erat? Alioqui vitiosa erit diuisio Caii, in qua aliquod genus prætermissum est.

Respond. id eo factum recte defendi potest, quia hæc obligatio, quæ post biennium aduersus debitorem nascitur, dici potest nasci ex re, dici etiã põt nasci ex literis, diuersis rationibus. Dici potest nasci ex re, quia qui agit, pecuniam petit vt mutuã. Mutuum re contrahitur. *Institut. quibus mod. re contr. in prin.* Si debitor negat, conuenitur ex suo chirographo & sua scriptura, cui omnimodo creditur post biennium: Hac ratione caussa obligationis non est in scriptura, sed eius obligationis probatio. Rursum ideo dicitur recte nasci ex literis obligatio, quia non proprie chirographum pertinet ad probationem solũ. Nam si probationem solam contineret, aduersus eam probationem admitti posset contraria probatio, *l. cum precib. supr. de probat.* Nunc autem contraria probatio non admittitur, vt postea docebimus. Verius est igitur, & melius dici, obligationem nasci ex literis, quã literis probari. Placebat prius Caio & aliis veteribus quibusdam, posterius aliis placuit, deinde receptum est a Iustiniano *in Institut. de literar. obligat.* Et hoc vt rectius intelligamus, tenebimus hanc obligationem literarum recte constitui, non tantum eo, vt confirmetur hæc species, quæ videtur Caio non fuisse cognita, sed etiã vt intelligamus verum esse, quod in hoc rescripto dicitur, eum qui ante biennium habuit exceptioné pecuniæ nõ numeratæ finito biennio, querela pecuniæ non numeratæ non delata, incipere ita obligari, vt omnimodo compellatur soluere, quod se scripsit accepisse.

Quid ergo post † biennium non licebit vllo mo-
20 do debitori dicere, pecuniam non esse numeratam, quæ vere numerata non est: & non licebit ei quicquam aduersus intentioné creditoris obiicere. Respond. Imo vero licebit. Meminisse enim debemus hic agi de eo debitore, qui dicit, tantum pecuniam sibi non esse numeratam, & in eo exceptione nõ numeratæ pecuniæ, vtitur. Dicitur hunc exceptionem non numeratæ pecuniæ post biennium amittere, ergo aliis defensionibus legitimis vti non prohibetur, si quibus vtatur, præter id quod dicit, sibi pecuniam non esse numeratam. Quapropter potest obiicere & aduersus scripturam, & aduersus confessionem suam, quæ scriptura continetur. Aduersus scripturam dicere potest, hanc suam scripturam nõ esse, & si agitur de instrumento Notarii, dicere potest suo consensu scriptum non esse, sed falsum esse instrumentum. Hac defensione perpetuo vti potest, *l. optimum, infra, de contrahend. stipul. l. cum precibus. supr. de probat.*

Sed etsi confiteatur instrumentum, vel a se scriptum, vel ab alio suo consensu, tamen dicere potest, se falso confessum esse, si aliis exceptionibus vtatur, quam exceptione sola, nõ numeratæ pecuniæ. Quid enim si vi coactus sit, vt ita confiteretur? Quid si inductus sit dolo creditoris, vt cõfiteretur, vt puta, creditor dixit debitori futuro, Ego Spiræ numeraui institori tuo centũ aureos mutuos, quos non numerauerat, & debitor persuasus mẽdacio creditoris, emisit chirographũ, quo confessus est, se centum mutua ab illo accepisse, numerata institori suo. Hic debitori & exceptio, ꝙ metus caussa dabitur, & dabitur exceptio doli mali, *tit. de excep. in pr.* Atqui hæ exceptiones perpetuæ sunt, proinde etiã vltra bienniũ competunt, *l. pure, §. vltim. de doli mali excep.*

Fieri etiam potest, vt debitor dicat, se confessum esse sibi pecuniam esse numeratam, sed cum aliud ageretur, aliud simularetur, vt *in l. si ex pretio sup. si cer. petat.* hic locum habet illa communis defensio, eaque perpetua, plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur, *leg. 1. & titul. supr. plus agere &c.* Neque hæc contraria sunt huic loco, tametsi generaliter dicitur, heredem debitoris post biennium omnimodo compelli soluere. Hoc enim dicitur ex conditione præcedentium, quæ hæc fuit, si ageretur de eo, qui se defenderet solum exceptione non numeratæ pecuniæ. Est igitur hæc sententia rescripti, & in hac specie tantum obligatio literarum locum habet, si quis scripto cauerit, se mutuam pecuniam accepisse, & conuentus ex sua cautione, agnoscat cautionem a se scriptam, & nihil amplius dicat, quam sibi pecuniam non esse numeratam. Hic post biennium ita exceptionem nõ numeratæ pecuniæ amittit, vt omnimodo soluere cogatur.

Hic exoritur vetus quæstio. Quid si debitor † vl- 21
tro paratum se dicat probare pecuniam sibi non esse numeratam, An ne sic quidem audiendus est, sed omnimodo compellendus soluere ex hoc loco? Quidam putant non esse audiendum. Accursius contra, de sententia quorundam veterum, putat audiendum esse *ad l. 3. supr. & Instit. de literarum obligat.* Quam & sententiam Bartolus vt æquã & verissimam probat *ad l. 3. supr.* Vtrum igitur verius? Respond. nihil verius neque æquius, quam post biennium debitorem omnimodo compelli, soluere, id est, ita compelli vt nullo modo audiatur, si dicat pecuniam sibi non esse numeratam, quantumuis eius rei probationem offerat. Hæc sententia probatur multis & locis & argumentis manifestis. Primum in hac lege scribitur

bitur, eum omnimodo cōpelli soluere, si omnimodo, consequens est, eum nullo modo euitare posse hanc solutionem, quia qui omnē modum dicit, nullum modum excipit. At si auditur debitor probationem offerens, & hoc modo soluere non compellitur, aliquo modo euitat solutionē, proinde hoc modo non est audiendus.

Secundo, *in l. in contractib. §. respons. j.* diserte scribitur, post biennium nullam omnimodo querelam de non numerata pecunia admittendā esse, ergo ne tunc quidem admittenda est, cum debitor probationem offert, pecuniæ nō numeratæ. Tertio in eadem *l. in contract. §. super, in fi.* scribitur, post præstitutum tempus, intra q̄ competebat exceptio nō numeratę pecunię, adeo nō licere opponere hāc exceptionem, vt nec liceat dicere pecuniam non esse numeratam. Non licere hoc dicere: & dicentem debitorem non esse audiendū, idem significat. Quin etiam ex eodem loco euidenter probatur, debitorē nōn esse audiendum, quamuis probationem afferat, quia prius est, vt dicat sibi pecuniam non esse numeratam, quam vt probet non esse numeratam, *l. 2. de probat.* Quare si non licet ei dicere, non esse numeratam, non licebit probare non esse numeratam.

Quarto in eadem *l. in contractib. in §. illo*, scribitur, eum qui post elapsum tempus exceptionem non habet, vsque adeo non habere eam, vt non liceat ei offerre iusiurandū creditori. Vt puta debitor post biēnium conuentus ex sua cautione dicit sibi pecuniam reuera non esse numeratā, & cum alias probationes non haberet, detulit iusiurandū creditori, vt iuraret se pecuniam numerasse, & ita a lite discederetur. Iustinianus constituit non esse cogendum creditorem suscipere iusiurandum, nec debitorem posse ea delatione uti. Hinc efficitur non esse audiendum debitorem, si vllam probationem pecuniæ non numeratæ offerat. Nam iusiurandum delatum probatio est, nec verum est quod Accursius respondet *ad tit. de litera-*
22 *rum obligat.* Iusiurandum † esse probationem iuranti: sed non esse probationem deferēti. Immo iusiurandum delatum, & iuranti probatio est, & deferenti, iuranti, quia eius iureiurando statur, quasi probasset rem ita esse, vt iurauit, *l. 5. §. dato, de iureiurand.* sed & deferenti probatio est, quia si delato iureiurando, creditor iurare nolit, pro conuicto habetur, quasi probatum sit illum calumniatorem esse, *l. manifestæ, de iur.* Apparet igitur hic denegata delatione iurisiurandi, debitori denegari probationem.

Deinde vt probatio hæc non esset, tamen sic recte ex eo loco colligitur, si debitori ad defensionem pecuniæ non numeratæ non conceditur quod est minus & facile, multo minus conceditur quod est maius & difficilius. At minus est creditori iusiurandum deferre, vbi ille sit testis & iudex in sua caussa, & res illius vno verbo transigi potest, quam vt aliis probationibus quæ longæ sunt, & aduersus inuitum suscipiuntur. At prius non conceditur debitori, *d. §. illo.* Ergo multo minus conceditur suscipere longas probationes. Ad hæc infirmanda nihil valet responsio Bartoli, *ad l. 3. supra*, is ait, omnes istas leges sic accipiendas esse, si debitor neget, sibi pecuniam numeratam, & velit creditorem probare esse numeratam, ceterum si ipse probationem vltro in se suscipiat audiendum esse, neq; locum esse hic legibus. In promtu responsio est, & ea ita manifesta, vt mirum sit, si Bartolus viueret, an infirmare auderet. Hæc lex si vera dicit, debitorem omnimodo compellendū, nempe probationem offerentem. Item *l. in contractibus*, dicit post biennium nullo modo querelā esse introducendam & admittendam: Hæc aperte contradictoria sunt, quæ simul vera esse non possunt. Verum est autem quod leges cauent. Falsum igitur, quod Bartolus dicit, & qui idem sequūtur. Præterea aperte dicitur, *in d. l. in contractibus, §. illo*, debitorem non esse audiendum, querentem de pecunia non numerata, quamuis vel minimam probationem, iusiurandum nempe offerat. Aperte contradicendi studium in illis oportet esse, qui denegata delatione iurisiurandi, volunt concedi debitori, difficiliores probationes, seu rationes suum consequendi.

Quinto, superioris sententiæ quam posuimus, euidens argumentum est, quod post biennium dicitur debitor literis esse obligatus, ex definitione obligationis sic recte colligitur: Obligatus est, ergo necessitate astringitur soluendæ rei. At non astringitur necessitate si aliquo modo euitat solutionē: Proinde nullo modo euitare potest, neque hic, neq; quo modo isti dicunt, neque alio.

Sexto ex eiusdem obligationis effectu sic recte argumentamur: quisquis obligatus est secundum formam iuris certi, non aliter liberatur facto suo, quam si soluat aut satisfaciat creditori, iis modis qui recensentur, *Instit. quibus mod. toll. oblig. l. sic rem. §. omnis, de pig. act.* At dicere pecuniam non esse numeratam, & id probare, non est soluere creditori, sed maxime negare solutionem, multo minus est satisfacere. Proinde debitor literis obligatus ista probationis oblatione liberari non potest.

Septimo, si debitor post biennium in re dubia tenetur, chirographo suo, sed aduersus chirographum illi probatio admittitur, consequens est, etiam ex ceteris caussis, in quibus debitor chirographo suo confessus est, se aliquid debere, obligari eum literis quia ex aliis caussis quam mutui quisque in re dubia confessioni suæ stare cogitur, tametsi admittitur illi probatio in contrarium, *l. generaliter, infr. hoc tit.* Consequens est falsum & absurdum. nam excepta caussa mutui, si quis scribat, se aliquid debere, is literis non obligatur, neque ab initio, neq; post biennium, sed solum hic obligationi locus est in cōfessione mutuæ pecuniæ seu numeratæ, *Instit. de lit. oblig.* Ergo falsum & consequēs, vt proinde statuere ita debeamus, eum debitorem qui fassus est, se mutuum accepisse post biennium obligari ita, vt aduersus chirographū eius contraria ꝓbatio nulla admittatur. Atq; hæc ita sunt ex iure, cum quæritur, an debitor ad probationē admitti debeat, cum possit probare pecuniam sibi non esse numeratam.

Quod si debitor dicens sibi pecuniā numeratam non esse, id per rerum naturam probare non potest, quæstio tollitur, & secundum cōtrariam sententiam debitor statim soluere cogendus est. Conuenit enim inter omnes eum cogendum esse soluere, si nō probet pecuniam nō esse numeratā. At debitor hoc per rerū naturam probare non potest. Generaliter enim scriptū est *l. actor, 7. de prob.* factum negātis per rerum naturam nullam esse probationem. In specie aūt de qua quæritur nempe de pecunia nō numerata diserte scriptū est, eius negationis nullam esse posse probationem, *in l. asseueratio, hoc tit.* Eligant igitur aduersarii vtrum velint, & semper in eandem reprehensionem incident. Nam si volunt debitorem id probare

non posse, verum erit eum statim compellendū neq; audiendum esse ex ipsorum sententia: si volunt eum id probare posse, reprehendūt *l. asseueratio, & l. actor.* Sed ne reprehendant, demōstrare licet, nihil esse verius, quam debitorem dicentem sibi pecuniam numeratam non esse, & nihil aliud affirmantem, nunquam id probare posse.

Non potest probare testibus, quoniam etsi mille testes dixerint, se non vidisse illi numerari, tamen nihil probat, fieri enim potest, vt numerata sit, & illi non viderint. Non potest probare instrumentis, etiamsi debitor dicat se habere chirographum creditoris, quo creditor confessus est, se pecuniam nō numerasse. Hoc instrumentum non probat, pecuniam debitori non esse numeratam, probat quidem de eo tempore, de quo creditor cōfessus est, & quo instrumentum scripsit, sed fieri potest, vt postea creditor numerauerit pecuniā, & si creditor id dicit, habenda ei fides erit, quia non exigitur amplius probatio pecuniæ non numeratæ, solum exigitur probatio a debitore, vt probet non esse numeratam. At postea numeratam non esse, omnino probare non potest, certe non probat ex eo chirographo, quod dicimus. Verum est igitur debitorem post bienniū idcirco compelli omnino soluere, quia etiamsi velit probare pecuniam non esse numeratam, non potest, & dixi etiamsi possit probare, non esse audiendū ex iure certo & manifesto.

Nunc cum dicamus idem per rerum naturā probari non posse, quæstio confecta est etiā ex contraria sententia, quæ vult nō aliter liberari debitorē, quam si probet pecuniam non esse numeratā. Hæc sententia oppugnatur iis argumentis, quibus confirmatur contraria, de quib. iam respondebo. Hæc argumenta sunt quatuor. Primum est eiusmodi. Illicitæ exactiones concedendæ non sunt, *l. illicitas, D. de offic. præsid.* Hæc illicita exactio est, vbi creditor pecuniam non numeratam exigit, tanquam numeratam, facit enim iniustum lucrū, cum recipit, quod non dedit, *d. l. illicitas.* ergo hæc exactio ferenda non est. Respondeo: Illicita exactio est, cum creditor fatetur, se pecuniam non numerasse, & nihilominus exigit. hoc si creditor fateatur, concedo illum audiendum non esse, neque vllam aliam probationem a debitore exigendam esse. sed de eo nunc agimus, qui pecuniam petit, vt a se reuera numeratam.

Fieri autem potest, vt sit numerata, & debitor numeratam neget, ex aduerso actor dicit numeratam esse. Quæritur vtri potius fides habenda sit, creditori an debitori? Nihil est æquius neq; magis secundum ius quam creditori fidem haberi, proferēti chirographum debitoris, nihil æquius, quam debitorem confessioni suæ stare. Primo, quia a principio æquū hoc erat, illū stare suæ confessioni. Deinde, silentio biennii eam confessionem confirmauit. Nō est verisimile illum tamdiu passum esse, chirographum suum esse apud creditorem, quin statuerit pecuniā esse numeratā In summa, illicita exactio est, exigere pecuniam quam constet non numeratam. At vbi controuersia est an sit numerata, de quo nunc agitur, nihil est æquius, quam probationem creditoris admitti, quæ posita est in confessione debitoris.

23 Secundum argumentum est: Is qui † confessus est se pecuniam accepisse, habet intra bienniū duas exceptiones: Exceptionem non numeratæ pecuniæ, & exceptionem doli mali, *l. 3. supr. hoc tit.* Necesse est, vtramq; etiam habeat post biennium, nisi sublata sit. At tollitur exceptio non numeratę pecuniæ, *l. in contractib. in pr. inf. hoc tit.* Nō tollitur doli mali exceptio post biennium, nam hæc exceptio perpetua est, *l. pure, §. vlt. D. de dol. mal. except.* Ergo hanc etiam relinqui debitori post biennium necesse est, dummodo probet sibi pecuniam non esse numeratam. Respon. In ceteris caussis doli mali exceptio perpetua est, in hac specie non est perpetua, sed finitur biennio similiter vt exceptio nō numeratæ pecuniæ, id quod euidenti argumento probatur, Non competit † doli 24
mali exceptio nisi aduersus eum, qui petens dolo facit, *l. 1. de doli mali except.* At post biennium creditor ex chirographo pecuniam numeratam petens, nihil facit dolo, proinde huic obiectio doli post biēnium obiici non potest.

Nihil dolo malo eum facere apparet, quia petit id quod sibi debetur ex literarum obligatione, *Instit. hoc titul.* Itaque in eo suo iure vtitur, *l. nullus. de regul. iuris.* Præterea † doli exceptio duplex est, gene- 25
ralis & specialis. Specialis † aduersus eum, a quo de- 26
cepti sumus, vt promitteremus, *§. 1. de except.* Generalis † quæ oritur ex aliis specialibus exceptioni- 27
bus, *l. 2. §. & generaliter, de except. dol.* Specialis est perpetua, *dict. leg. pure. de exceptio. dol.* At generalis, quæ ex aliis specialibus oritur, non potest alia esse, quam specialis ex qua oritur. At in proposito, exceptio doli mali, quæ competit de pecunia non numerata, generalis exceptio est, quæ oritur ex eo, quod pecunia numerata non est, vt docuimus *ad l. 3. supr.* Proinde qualis est exceptio non numeratæ pecuniȩ, talem in hac specie doli mali exceptionem esse oportet. Prior finitur biennio, ergo & posterior. Id etiam aperte confirmatur *in leg. in contractibus*, vbi Iustinianus non vetat post biennium exceptionem pecuniæ non numeratæ opponi, sed vetat querelam moueri de pecunia non numerata, ergo quauis exceptione hanc querelam moueri vetat, siue sit exceptio non numeratæ pecuniæ, siue doli mali.

Tertium argumentum est: Intra biennium non solum creditor remouetur exceptione nō numeratæ pecuniæ, sed etiam obligatus est debitori ex condictione sine caussa, vt chirographū restituat & eum liberet, *leg. si quasi. supr. hoc titul.* At actiones in personam sunt perpetuæ, *leg. 2. supr. de constit. pec.* Ergo & hac actione perpetuo tenetur creditor, etiam post biennium, vt debitorem liberet & chirographum suum ei restituat, dummodo debitor probet sibi pecuniam non numeratā. Quod si debitori post biennium hanc actionem damus, multo magis debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ competere quis dixerit, probanti sibi pecuniam non numeratam, ex reg. iur. *l. inuitus, §. 1. de reg. iur.* Respon. Condictio sine caussa † qua creditor tenetur debitori, vt 28
ei chirographum reddat & eum liberet, æque temporalis est, & finitur biennio, vt exceptio non numeratæ pecuniæ. Id quoque argumento euidenti declaratur, sumto ex natura eius condictionis. Nam cōdictio † sine caussa nunquā competit, nisi vbi iusta 29
caussa debēdi nō subest. *l. 1. 2. D. de condict. sine caussa.* At post biennium iusta caussa debendi subest, cum creditor pecuniam numeratam petit, quoniam debitor cœpit obligari ex literis, *Instit. de lit. oblig.* Igitur post biennium ea condictio sine caussa aduersus creditorem competere non potest.

30 Sed obiicitur † actiones omnes in personam esse perpetuas, *dict. l. 2. supr. de const. pec.* Respondeo: Intelligere Accursius debebat, hæc ita esse nisi iustis & 31 legitimis modis obligatio sublata sit. Nam † certis modis obligatione tolluntur, vt solutione, & similibus, *tot. tit. quib. modis oblig. toll.*

32 Obligatione sublata, tollitur actio in personam, quoniam † non est actio in personam, nisi aduersus eum, qui obligatus est, *l. obligatum, de obl. & act.* At post biennium tollitur obligatio & condictio sine caussa, qua prius tenebatur debitor, ante biennium, idque certo & legitimo ad tollendam obligationem modo. Nam modus tollendæ obligationis inter ceteros hic est, cũ obligatio redit in eum casum, a quo incipere non poterat. *l. ex part. de seru.* Id autem in hac specie contingit post biennium. Nam a principio condictio sine caussa esse nõ potest, si esset a principio iusta debendi caussa. Hoc autem accidit post biennium, vbi incipit debitor obligatus esse, & pecuniam debere, proinde ex euentu hæc obligatio & actio tollitur.

33 Sed rursum † mouet Accursium, vt dicat hanc condictionem esse perpetuam, nec finiri biennio, quod certi iuris sit, obligationes & actiones initio recte contractas, tempore non finiri, *l. obligat. fere, vers. placet, de obl. & act.* Respondeo, cum dicimus condictionem sine caussa aduersus creditorem non dari post biennium, nihil fit contra superiorem definitionem iuris. Hic enim cõdictio non finitur tempore, sed iusto modo & ciuili, quo obligationes tolluntur, nempe obligatione in eum casum recidente, a quo incipere non poterat.

Quartum & postremum argumentũ Bartoli est, *ex l. asseueratio, hoc tit.* Est autem huiusmodi firmissimum, si recte explicetur. Non potest biennii lapsus creditori adimere, nisi quod prius habuit ex biennio, *leg. non potest videri desiisse. l. nemo videtur rem. de regul. iuris.* At biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis intra biennium, *l. asseueratio. infr.* Ergo lapsus biẽnii ei amplius adimere non potest, quam hanc immunitatem probationis. Relinquitur ergo illi eadem exceptio, quam prius habuit, dummodo in se suscipiat onus probandi pecuniam non numeratam esse. Respondeo: Assumtio aperte falsa est. nam biennium debitori duo tribuit, exceptionem pecuniæ non numeratæ, & huic adiunctum munus probandi, *l. 3. supr. hoc tit.* Quare argumentum aduersus illũ ita conuerti debet, quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit, *l. si intra l. in contractibus, hoc tit.* At biennium debitori non tribuit solum immunitatem probationis, sed maxime exceptionem non numeratæ pecuniæ, *dict. l. 3. supra.* Ergo lapso biennio debitor habere vtrumque desinit, id est, omnino pecuniam non numeratam queri non potest, & hoc expressum est *in dict. leg. in contractibus, in principio, & §. super, infra eodem.*

Quæ argumenta pro contraria sententia cum videamus esse huiusmodi, multo iam certius in superiori sententia cõfirmari possumus & debemus. Meminerimus autem hactenus necessitatem soluendi a nobis constitutam esse, post biennium, in eo debitore, qui literis confessus est, se pecuniam accepisse, aduersus quem post bienniũ nascitur literarum obligatio, id est, necessitas soluẽdæ eius pecuniæ, quam confessus est. Quid si debitor sit confessus sine scripto, se pecuniam accepisse? Nam placet hinc quoq; confessioni suæ stare debere, post constitutum tempus, vt dicemus *ad l. generaliter, infr.* Sed intra biennium huic quoque exceptio non numeratæ pecuniæ competit, vt dixi *ad l. 3. supr.*

Quæro igitur, si hic intra biennium questus non sit, de pecunia sibi non numerata, an æque hic soluere omnimodo compelletur, nec sit audiendus, si dicat, se paratum esse probare creditorem cõfessum esse, pecuniam a se nondum esse numeratam. Respondeo, Puto verius esse, hunc esse audiendum, his argumentis. Primum, quia in *l. in contractibus, infr.* post biennium vetatur introduci querela nõ numeratæ pecuniæ, aduersus eum solum, qui scripto confessus est, se debere. Proinde, si quis scripto confessus non sit, huic querela pecuniæ non numeratæ non adimitur, & ob hanc caussam concessa intelligitur, dummodo probet non numeratam. Nam id iure † cuique intelligitur concessum, quod iure ademtum non est, *l. 1. §. 1. de testibus.* Deinde post biennium is qui scripto confessus est se debere, compellitur soluere, quia obligatur literis, *Instit. de lit. obl.* At 34 literarum obligatio nulla esse potest, aduersus eum, qui sine literis cõfessus est. Proinde & hic post biennium auditur, si dicat sibi pecuniam non numeratam, & probet.

Cur ergo hic auditur † potius post bienniũ, quã is, qui scripto confessus est? Nõ obscura ratio differentiæ est: Nã duo vincula sunt fortiora vno, qui scripto 35 confitetur, duabus rebus tenetur, confessione sua, & scripto quo confessionem confirmauit. Et in hoc scripto maior & certior fides est, neque enim temere quisquam scribit aduersus se, quod verum non est. At qui sine scripto confitetur, is sola confessione tenetur. In ea confessione est magna incertitudo: quoniam leuiter homines effundere solent, etiam quæ vera non sunt. Sed hic videmur nobis pugnantia dicere: nã prius diximus, eum debitorem, qui scripto confessus est, se aliquid debere, post biennium non esse audiendũ, si dicat pecuniam ei non esse numeratam, quia factum hoc negantis nulla probatio est. Nunc autem dicimus, eum debitorem qui sine scripto idem confessus est, post biennium esse audiendum, si velit id probare: Quomodo id probare potest, si eius rei nulla probatio est, vt antea dixi?

Respondeo, Factum negantis nulla directa probatio est, obliqua esse potest, si debitor dicat: Creditorem confessum esse pecuniam a se non esse numeratam. Sed hæc confessio & obliqua probatio refellitur a creditore, qui chirographum accepit. Nam dicet se post eam confessionem suam numerasse pecuniam debitori, & probabit ex chirographo. Nihil enim interest, vtrum debitor post eam confessionem chirographum dederit, an vero chirographum antea datum, passus sit apud creditorem esse, *leg. qua ratione. §. interdum. de acquir. rer. domin.* At in eo debitore, qui sine scripto confessus est, se debere: Si is doceat, creditorem confessum esse pecuniam a se non esse numeratam, non est metuendum ne creditor aduersus hanc confessionem probationem deferat, nisi probet, se postea pecuniam numerasse. Quoniam si ad probationem sequentis numerationis vtatur confessione debitoris, nihil ei confessio debitoris proderit; quoniam hæc confessio est vetus, nec noua cõfessio secuta est priorem confessionem creditoris.

*Ad L. 12. Tam mandatori &c.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. Seueriano.

*Tam mandatori, quam fideiussori non numeratæ pecuniæ exceptio, exemplo rei principalis competit.*

SVMMARIA.

1 *Exceptio non numeratæ pecuniæ an fideiussori competat.*

2 *Item an mandatoribus & eiusdem pecuniæ constitutæ reis. Et in quantum tempus nu. 3.*

4 *Fideiussor, si eo ignorante, vel sciente, & non contradicente, debitori pecunia numerata sit, an exceptionem non numeratæ pecuniæ amittat.*

5 *Fideiussor si ante numerationem creditori denuntiet, ne pecuniã numeret debitori, nolle enim se amplius teneri, an si postea creditor pecuniã numerarit, hac exceptione liberetur, & pecunia postea numerata, non teneatur?*

1 EXceptiones † omnes, omniaque iura debitoris, fideiussori etiam inuito debitore cõpetunt, dummodo non sint personalia, sed rei & caussę cohęreãt, *l. exceptiones. ȷ. l. omnes. de excep. l. ex persona, de fideiuss.* Exceptio autem non numeratæ pecuniæ, rei & caussę cohæret: non enim cõpetit alicui, quia debitor est, alioqui etiam ex ceteris caussis, vbi pecunia numerata non est, competeret. Sed competit propter rem, id est, pecuniam, & propter hãc caussam, quia pecunia numerata nõ est. Sequitur igitur, vt & fideiussori hæc exceptio competat, vt hic traditur.

2 Hoc † ius ad omnes, qui pro aliis se obligant, pertinet, vt ad mandatores & pecuniæ eiusdẽ constitutæ reos, *l. vlt. infr. de fideiuss.* Hoc posito, superuacuum

3 est † quærere, vtrum hæc exceptio fideiussori etiam post biennium competat? Nam cum competat fideiussori ex persona rei principalis, non potest diutius fideiussori competere, quam reo competit. Constat autem hanc exceptionem competere tantum in certum tempus, & constitutum, *l. si intra sup. l. in contractibus, infr.*

Sed eleganter hic duo quæsita sunt. I. Quæritur, si

4 creditor † fideiussore accepto postea debitori pecuniam numerauerit, quam reus confessus erat se accepisse; & in quam fideiussorem dederat, an fideiussor exceptionem nõ numeratæ pecuniæ sibi prius competentem amittat? Quæstio est anceps, quia si dixerimus eũ amittere, eueniet vt facto creditoris ei exceptio auferatur, quod ius non patitur, vt scriptum est *in l. vlt. de pact.* Rursum si dixerimus, secuta numeratione fideiussorem eandem, quam prius exceptionem habere, eueniet vt habeat exceptionem, non numeratæ pecuniæ, vbi vere pecunia numerata est, quod absurdum est. Nec ad rem pertinet, quod pecunia non est numerata fideiussori. Nam hæc exceptio competit ex persona debitoris, ac proinde ex persona debitoris æstimanda est. Constat autem debitori pecuniam esse numeratã, qua numerata non potest illi exceptio competere non numeratæ pecuniæ, *l. 3. supr. hoc tit.*

Respon. Numeratione secuta fideiussor itidẽ vt debitor exceptionem non numeratæ pecunię habere desinit. Non obstat quod dicitur exceptionem semel fideiussori quæsitam, quamuis quæsitam ex persona debitoris, fideiussori auferri non posse, neque facto creditoris, neq; facto debitoris, *d. l. vlt. de pact.* Adiicitur enim non posse auferri inuito fideiussore. At in proposito, numeratione pecuniæ secuta fideiussor exceptionem amittit volens, nõ inuitus, quoniam ab initio obligauit se in hunc casum, si pecunia numerata esset, qui casus postea exstitit. Nemo enim dicet, fideiussorem se obligasse in hunc casum, quo pecunia numerata non esset. Nam hoc casu debitor non tenetur, *l. 3. supr. hoc tit.* Ergo nec fideiussor, cum fideiussor sit accessio solum principalis, *§. 1. & §. fideiussores, Instit. de fideiuss.*

Sed hęc recte dicũtur de fideiussore, quo ignorãte 5 vel sciente & non contradicente pecunia numerata est debitori. Hinc sequẽs quęstio introducitur. Quid si ante numerationem fideiussor denuntiet creditori, ne pecuniam numeret debitori, quod ad se attinet se amplius teneri nolle, si pecuniam numerauerit. Quæro an hac denuntiatione fideiussor liberetur, & quamuis pecunia postea numerata sit, tamen non teneatur? Respon. Puto non teneri, & liberũ esse in hac specie fideiussori recedere a priori fideiussione, vbi hoc denuntiauerit creditori, ac forte ignorans deciperetur, si postea numerarit debitori. Hanc sententiam euidens ratio iuris suadet. Nam in pecunia numerata, quotiescunque conuenit, vt creditor pecuniam mutuam daret futuro debitori, debitor ante pecuniam acceptã non est obligatus vllo modo, vsq; adeo, vt sit in potestate eius, pecuniam postea nõ accipere, & non accipiendo non obligari, *leg. qui pecuniam, si cert. pet.* Ergo nec fideiussor eius rei nomine acceptus, ante eam numerationem vllo modo obligatus est, *d. §. fideiussores. Instit. de fideiuss.* Sed etsi pecunia postea numerata sit debitori, debitor quidem obligatur, sed obligari incipit solum ex tempore numerationis, non autem ex tempore cõuentionis interpositæ, *l. 1. in fi. l. potior, qui pot. in pig. hab.* Ergo si in hac specie post denuntiationem fideiussoris, pecunia debitori numerata sit, non potest fideiussor ex ea numeratione retro obligari, quoniam ante obligatus esse desiit. Desinere autem ante esse obligatum fideiussorem, regula iuris efficitur, quæ est *in l. sicut supra, de act. & obl.* qua efficitur, licere vnicuique nondum constitutæ obligationi renuntiare: ante numerationem pecuniæ obligatio nulla constituta erat: liberum igitur fuit fideiussori renuntiare præcedenti fideiussioni: & hac renuntiatione consequitur, ne tunc sit obligatus. Necessario sequens, cum non trahatur retro, perspicuũ est, eum semper manere non obligatum, qui prius obligatus non erat.

Non me mouit ratio Bartoli. Ait ille sero denuntiari creditori, ne pecuniam numeret debitori futuro, quoniam obligatus est saltem propter existimationem vel verecundiam suam, vt pecuniam numeret, quam pollicitus est se numeraturum. Vbi quis ita obligatus est, protestatio & denuntiatio contraria recte ab eo cõtemni potest, *l. quint. D. mand.* Respondeo, Fideiussorẽ in proposito non liberari propter denuntiationem. Concedo etiam denuntiationem hanc non impedire, quo minus creditor recte pecuniam numeret debitori, sed de hac re non quæritur. Agitur hic non vtrum creditor sit obligatus debitori, aut debitor creditori. Sed vtrũ fideiussor sit obligatus ante numerationẽ, & an non potuerit illi obligationi futuræ renuntiare? Effectum est illum posse, proinde sequens necessario illi non nocebit.

*Ad L. 13. Generaliter &c.*

Imp. Iustinus A. Theodoro PP.

*Generaliter sancimus, vt, si quid scriptis cautum fuerit pro*

*rit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente caussa descendentibus, eamque caussam specialiter promissor ediderit; non iam ei licentia sit caussæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confeßionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertißima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis poßit instruere, quod in alium quenquam modum, & non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

SVMMARIA.

1 *Qualem confeßionem hæc lex exigat.*
*Confeßionis vis sitne eadẽ in creditore, q̃ in debitore.*
2 *Debitor, si extra iudicium sine scripto confessus sit, se pecuniam creditori debere, an confeßioni suæ stare cogatur.*
3 *Testium & instrumentorum in litibus exercendis eadem est vis.*
4 *Debitor an cum absente creditore confessus est se illi debere, an etiam tunc confeßioni suæ stare cogatur, an vero præsentia creditoris in hac confeßione sit necessaria.*
5 *Debitor, an caussa debiti in chirographo non expressa, chirographo & confeßioni suæ stare cogendus sit?*
6 *In conuentionibus & negotiis gerendis nõ minus valent tacitæ quam expressæ conditiones.*
7 *Creditor cum confitetur de pecunia accepta aut debitore liberato an confeßioni suæ stare debeat, etiamsi nullam liberationis caussam expresserit.*
8 *Simpliciter caussam edicere quid.*
9 *Species in iure significat idem quod Dialecticis indiuiduum.*
10 *In stipulatione an caussa necessario exprimenda sit.*
11 *Confeßus sibi pecuniam numeratam ex mutui caussa, an confeßioni suæ stare cogatur, exceptione non numeratæ pecuniæ reiecta.*
12 *Confeßionis vis & potestas.*
13 *Debitor an admittatur ad probandum siue testibus, siue instrumentis, se non debere cõtra confeßionem suam.*
14 *Testium & instrumentorum eadem vis est.*
15 *Indebitum non potest probari nisi instrumentis.*
16 *Cautio mutui & cautio in ceteris contractibus quid differant: & quæ sit huius differentiæ ratio, & n.17.*
18 *Testator si instrumento suo profiteatur, se decem ex certa caussa Titio debere, an ipse vel heredes eius, Titio agente, confeßioni testatoris stare cogantur.*
19 *Dictio scilicet explicatur.*

Lex est de confessione debitoris, qui confitetur se aliqd debere creditori suo. De vi huius cõfessionis statuitur hac lege, debitorem confessioni suæ stare debere, sed certis conditionibus & exceptionibus. Itaque huius legis explicatio duobus capitibus continetur. Primũ est de confessione, qualem confessionem lex exigat, vt eam vim habeat, quam quærimus. Secundũ est de vi huius confessionis, quæ sit hæc vis, & quousque progrediatur.

1 Qualem confessionem † hæc lex exigat, intelligitur ex iis conditionibus, quæ hoc loco comprehensę sunt. Hæ sunt tres, quæ an sint necessariæ, & quales sint cõsideremus. Prima conditio est, si quis promissor quid cauerit, id est, se debere confessus sit. Est igitur lex de debitore cõfitente, quid si creditor confessus sit se pecuniam accepisse a debitore? Resp. Idem iuris est, & multo magis hic confessioni suæ stare cogendus est. Nam cum debitor cogitur stare confessioni suæ, res eo spectat, vt debitor obligetur. Cum autem cogimus creditorem confessioni suæ stare, id agitur, vt debitor liberetur. Multo igitur magis hæc posterior confessio seruãda est, quoniam promiores debemus esse ad liberãdum, *l. Arrianus, de obl. & act.* Cur ergo hæc lex de debitore concepta est, non de creditore? Respond. quia de debitore maior erat dubitatio vtrum hic cogendus esset confessioni suæ stare, vt obligaretur. Si sic igitur positum hoc ius est, ex quo id quod minus dubium erat, decideret, hinc intelligimus hanc conditionem exempli caussa & dubitationis tollendę gratia adiectam & positam esse, ceterum conditionem necessariam non esse, cum ius pariter ad debitorem & ad creditorem confitentem pertineat.

Secunda conditio est, ad vim huius confessionis, de qua quæritur: Si debitor scripto cauerit, puta vel chirographo priuato, vel instrumento per notarium confecto. Quid ergo † si debitor extra iudicium sine scripto confessus sit, se pecuniam creditori suo debere, an necesse nõ habet cõfessioni suę stare? Respon. si conditionem hanc sequimur, necesse non habet. Non enim frustra conditio adiecta est, nec potest vtiliter adiecta intelligi, nisi vt confessio non scripta excludatur. Sed verius est, quod & vulgo placet, etiam tunc debitorẽ confessioni suæ stare debere, cum sine scripto confessus est, se debere creditori. Non obstat initium legis. nam quod in principio legis positũ est. de specie, postea generali regula comprehensum est in fine legis: *Vnumquemque acquiescere debere confessioni suæ.* Quinimo si verba sequi volumus, verba extrema rescripti potius referũtur ad eum debitorem, qui sine scripto cõfessus est: sic enim verba sunt. *Neminẽ infirmare posse, quod voce sua dilucide protestatus est.* Vox ad eos qui loquuntur, nõ ad eos qui scribunt pertinet, si proprietatem spectamus. 2

Defenditur hæc sentẽtia hac ratione optima. Nam si debitor, qui scripto cauit, se debere, neget se debere, chirographo suo conuinci põt, ergo & is, qui sine scripto confessus est, conuinci potest testibus, vt non minorem fidem testes faciant ad probandum, quam chirographum, quoniã in litibus exercendis, eadem vis est testium, † & instrumentorum, *l. in exercen. ꝟ. de fid. instr.* Sed dubitatio omnis tollitur ex Nou. de testibus, *§. & licet. vers. hæc autem inania*, vbi diserte Iustinianus recipit confessionem debitoris, dicentis se debuisse, dummodo confessio probetur idoneis testibus. Vnũ in hac probatione testium de hac specie proprium & singulare exigitur, vt testes producãtur, qui fuerint rogati, vt confessionẽ debitoris audirent & meminissẽt, de qua re dixi *ꝟ. in auth. rogatus, de test.* 3

Sed hic opponitur, quod constitutum est de confessis, *in l. 1. de confeßis, & l. vn. ꝟ. de confeßis*, vbi traditur, cõfessos ꝓ iudicatis haberi, sed hac cõditione, si in iure cõfessi sint, id est, apud prætorẽ & tribunal. *l. 4. de int. in iure fac.* Respon. hæc obiectio non magis obstat confessioni nõn scriptæ, quam scriptæ. Nam & confessio non scripta emittitur extra ius, & tamen conuenit cõfessioni scriptę ius illud de confessis non obstare. Quare non debet existimari magis obstare confessioni non scriptæ, de eo enim paulo post suo loco docebimus. Si debitor sine scripto cauẽs se debere, cogitur cõfessioni suæ stare, cur in hac lege addita est hæc conditio, *si quid scriptis cautum sit?* Resp.

Ex extremo constitutionis apparet, exempli caussa additum esse, vt in vna specie confessionis scriptæ, reliquæ species intelligerentur, quoniam vt antea dixi, in extremo generalis sententia est: *Vnumquemque stare debere confessioni suæ, nec posse proprio testimonio resistere.*

4 Hac † confessione nõ scripta recepta, quæsitũ est, an debitor etiam tunc confessioni suæ stare cogatur, cum absente creditore confessus est, se illi debere, an vero præsentia conditoris in hac confessione sit necessaria, vt debitor cõfessione sua teneatur creditori? Resp. Apparet ex verbis huius legis liquido, præsentiam creditoris non esse necessariam. Dicitur enim, vnumquenq; debere stare confessioni suæ: At debitoris confessio, est cõfessio, etiamsi absente creditore sit confessus. Dicitur præterea neminẽ posse infirmare ꝙ voce protestatus est, neminẽ posse testimonio proprio resistere. Testatio & testimoniũ debitoris, non minus est, si absente creditore sit testatus, & certe superuacua est & inepta præsentia creditoris, si ex hac confessione debitor creditori non obligatur. Si obligaretur non posset obligari nisi conuentione, non esset conuentio, nisi inter consentientes, *l.* 1. §. 1. *de pact.* Non posset esse consensus, nisi inter præsentes aut inter absentes, interposito nuntio vel epistola, *d. l.* 2. *de pact.* Nunc autem confessionem hic dicimus tantum valere ad probationem & fidem faciendam aduersus creditorẽ, vt confessio debitoris hanc vim habeat, præsentia creditoris in confessione non est opus. Sed opponitur, *l. certum*, §. *si quis absente, D. de confessis*, vbi si quis absente aduersario confessus sit in iure se debere, placet eum pro iudicato nõ haberi. Obiicitur in eandem sententiam, *l. vlt. de interrog. in iur. fac.* vbi placet, si quis in iure confessus sit, nõ interrogãte aduersario, eum ex ea interrogatione non teneri. Resp. illi loci ad hanc quæstionem nihil pertinent. Dissimilitudo manifesta est, nam in illis locis, agitur de debitore obligando, qui ex responsione & confessione teneatur. Iam dixi, non posse eum teneri nisi conuentione sua. Nullam aũt esse cõuentionem nisi inter consentientes, eoque & præsentes, vbi res per nuntiũ aut epistolam non agitur. Hic aũt agitur de confessione, non ex qua debitor creditori obligatur, sed vt tanquã eo prius obligato, cõuincatur eum obligatum esse, vt dixi, quam ad rem confessio fidem facit sine partium præsentia. Si debitor sine scripto confessus est se debere, confessioni suæ nihilominus stare cogitur, vt dixi: multo magis, si creditor sine scripto confessus sit, se accepisse pecuniam a debitore suo confessioni suæ acquiescere cogendus est. Id diserte traditur *in Auth rogati* §. *de testib.* vt dixi. Ex iis rursum apparet conditionem hanc de cautione scripta, hic non esse necessariam, cum confessione non scripta non minus debitor & creditor teneantur.

5 Tertia † conditio sequitur, vt si debitor confessus sit, se debere ex iusta debiti caussa præcedente, & eam caussam specialiter edixerit, hoc modo: *Profiteor me 10. debere ex caussa emtionis Lucio Titio*, vel *me 10. debere L. Titio mihi mutuo ab illo numerata.* Confessio & cautio cum caussam ita habet, tum demum debitor confessioni suę stare cogitur. Contra vero quantumuis cõfessus sit se debere, nisi nominatim caussam expresserit, per quam debeat, nullo modo confessione sua tenetur, quantumuis agnoscat se confessum esse, & agnoscat chirographum suũ, vt hic scriptum est, & *l. cũ de indebito circa fi. de prob.* Exempli gratia: Sit hoc chirographũ, *Ego profiteor me Titio 10. ex iusta caussa debere, quæ ego bona fide illi reddam, cum petierit.* Hoc chirographum totũ est inutile, nec debitori quamuis chirographum & confessionẽ agnoscenti nocet.

Sed videtur huic sentẽtiæ hæc ipsa lex, & manifesta æquitas refragari. Nam si debitor cũ caussam expresserit, cur debeat, confessioni suæ stare cogitur. Ergo & cum cõfessus est se debere nulla caussa expressa, eadem ratione confessioni suæ stare cogendus est. Non enim hic minus fatetur se debere quam prior. Paribus in caussis & vbi eadẽ ratio est, idem ius statuendum, *l. illud, ad l. Aquil.* Resp. In totum vere & recte dicitur in hac lege, debitorem debere stare suæ confessioni, sed confessionẽ prius esse oportere, & non est confessio, nisi quæ est vtilis. Porro cum sine caussa debendi confessus est, se debere, inutiliter confessus est, ideoque nec confessus intelligitur.

Id nõ subtili ratione intelligitur, sed iuris ratione notum & apertũ efficitur. Nam nemo potest debere nisi ex iusta aliqua caussa, ex qua obligatio nascitur. Certæ sunt enim & constitutæ caussę, ex quibus iure nascũtur obligationes, §. *vlt. Inst. de oblig. & deinceps.* Proinde nihil prodest creditori aduersus debitorem agenti, si creditor dicat, *debitorem sibi debere*, nisi adiiciat eum debere ex hac aut illa caussa, ex qua nascitur obligatio: si hanc caussam dicit creditor, probare debet secundum formã iuris, *l. 2. de prob.* Hanc chirographo probare non potest, quia chirographo debitoris non est expressa, ex quo efficitur chirographum creditori ad hanc probationem esse inutile.

Sed rursum hic occurretur ex hac ipsa lege aduersus superiorem responsionem. Si exigimus, vt debitor caussam debendi exprimat, & caussa expressa confessioni suæ stare cogitur, consequens est, etiam eum debere stare confessioni, vbi simpliciter dixit se debere, ex hac ipsa ratione, quia qui se debere dicit, vi ipsa, se ex aliqua caussa debere dicit quoniam iure ciuili sine caussa deberi non potest. Proinde vt caussa expressa confessioni suæ stare debet, ex hac lege. Nec ad rem pertinet, quod caussa verbis expressa non est: satis est eam expressionẽ tacite intelligi, quia in conuentionibus & negotiis † gerendis, non minus conuentiones tacitæ valent quam expressæ, *l. item quia de pact. l.* 3. *si cert. pet.* Resp. Verum est eũ, qui dicit se debere, etiam vi ipsa dicere, se debere ex aliqua caussa, sed hoc non est satis, vt cogatur ex hac lege confessioni suę stare, dicere enim debet, ex qua caussa debeat, quod hic non facit. Vt in debitore, qui cõfitetur se debere exigimus, vt caussam cur debeat exprimat: sic in creditore qui confitetur debitorem nõ teneri, exigere oportet ad liberationẽ, vt exprimat caussam, cur debitor sit liberatus, alioqui nec confessioni suæ stare cogitur eadẽ ratione, qua debitor caussam exprimere cogitur. Nã vt certę sunt caussæ obligationis sine quibus nemo debet, ita certæ sunt & constitutæ caussæ liberationis, sine quibus nemo debitor liberatur. Proinde, si creditor ita scripsit: *Profiteor me 10. a Titio accepisse*, nulla caussa liberationis expressa, non valet confessio ad liberationem. 6

Hæc sententia vulgo non placet, existimãt † enim cum creditor fatetur, de pecunia accepta, aut debitore liberato, eũ debere confessioni suę stare, etiamsi nullam liberationis caussam adiecerit. Et hanc sententiam probant ex *leg. tale factum, de pact.* vbi ita scriptum est: *Tale pactum profiteor te non tenere, & generale tam ad debitorem, quam ad eius heredes pertinere.* 7

*tinere.* At in hoc exemplo nulla caussa expressa est, propter quam debitor diceretur non teneri, proinde hic nihilominus caussa non expressa confessione sua tenetur creditor. Sed hoc loco maxime refelluntur, vt nō alius locus pro sententia superiore, q̃ posuimus, citandus sit, q̃ hic. Nam cum ego creditor dico; *Profiteor te nō teneri*, hoc dico, *profiteor te nō teneri propter pactū quo ego te libero.* Nā hęc ipsa professio pactū est & pactū appellatur in ea *l. tale pactū.* Constat autē debitores vt solutione iure ciuili liberantur, sic iure p̃torio liberari pacto. *l. 5. §. de pact.* At sic nō exprimit caussā obligationis creditor, a qua velit debitorē liberari? Resp. Nō est hoc necesse, quoniā cū agatur de debitore nō obligādo, sed liberādo; satis est exprimi caussā liberationis, de qua agitur. Satis autē exprimitur, cū præsens creditor præsenti debitori dicit: *Profiteor te nō teneri*, sic enim pactū exprimitur, quod est idonea caussa ad liberandum iure prætorio, vt dixi.

Ceterum si neq; hæc, neq; alia caussa liberationis contineretur confessione creditoris, ea confessio illi non magis noceret, q̃ confessio debitoris, vbi debitor nulla caussa obligationis expressa, se debere dixit. Propone hoc modo: Creditorē absentē sine scripto dixisse, corā testibus, *Profiteor L. Titiū creditorem meū mihi nō amplius teneri*, dicemus creditorē hac confessione non teneri, eadem ratione, q̃ in debitore supra exposuimus, qa cum debitor a creditore postea conuentus, dicat, se aliquādo debuisse, sed iam liberatum esse, hanc liberationē ꝓbare debet, *l. 1. §. de probat.* & ideo debet, quia qui mutatā obligationē dicit, mutationem ꝓbat, *l. eum qui. de ꝓbat.* At hāc liberationem cōfessione superiori creditoris probare non potest. Nā vt sit liberatus necesse est, vt liberatus sit aliquo certo modo, vel iure pretorio cognito, vel iure ciuili. Nō potest dicere, se liberatum iure prætorio, pacto, quia hic pactum esse non potuit, inter absentes non cōsentientes, ex definitione pacti, *l. 1. §. 1. de pact.* Aliū autē modum si dicit, non potest eum ꝓbare confessione creditoris, quia cōfessione expressus nō est. Restat igitur vt ei nil ꝓsit superior cōfessio, ita fit, vt quādo exigitur expressio certæ obligationis, in cōfessione debitoris, vt cōfessio sua illi noceat, hoc idem exigendū sit in cōfessione creditoris, vt caussā liberationis exprimat, si confessionē ei suam nocere volumus.

8 Exigit lex, vt caussa debēdi † simpliciter edicatur. Quid est simpliciter? Vtrū vt species tantū contract⁹ vel maleficii exprimatur, an vero vt exprimatur etiā in specie res, de qua contractū est, & species facti, in quo maleficiū admissum est? vtputa, debitor fatetur se debere Titio 10. ex caussa emtionis, vtrum satis est dicere, ex caussa emtionis, an vero adiicere debet, ex caussa emtionis illius fundi Tusculani? Mouet quasi

9 ꝙ species † nostris significet id, quod Dialectici Indiuiduum vocant, id est, rem certam, numero & loco comprehensam & designatam. *l. 2. in princ. si cert. petat. l. certum, eod. l. in stipulationibus. alias de verborum oblig.* Respondeo. Satis est, speciem contractus exprimere, etiamsi res, de quibus contractum est, non exprimatur. Obseruandum enim, in hac lege exigi solum, vt exprimatur caussa debiti seu obligationis, emtio & similes contractus, item singula maleficia, idoneæ caussæ sunt, ad obligationem faciendam, nec res, quæ emta est, emtionem mutat.

10 Hoc loco quæsitum est, an † hæc explicatio in stipulatione etiam adiici debeat, propter quam quis aliquid promittit? Respondeo. Non satis apta hæc quæstio est: nam ipsa per se stipulatio abunde idonea caussa est debendi, *§. de constituta. Instit. de act.* Sane si constet stipulationem esse interpositam ex alia aliqua caussa præcedente, & constet eam caussam non præcessisse, exceptio agenti stipulatori obstat. *l. 2. §. circa. de dol. mal. excep.* Sed id ad hunc locum nihil pertinet. Horum summa hæc est: Siue quis fateatur se debere, siue fateatur debitorem non teneri, dummodo debitor caussam debendi exprimat, & creditor caussam liberationis; omnem ita confitentem ex hoc loco, debere stare confessioni suæ, nec referre quis confiteatur, vtrum debitor, an creditor: Item nihil referre, qua ex caussa præcedente debitor fateatur se debere. Et ait lex generaliter se id constituere de quibuslibet pecuniis ex antecedente contractu nascentibus.

Huic parti opponuntur ea, quæ hactenus hoc titulo constanter tradita sunt de contractu mutui, in quo placet, si quis † confessus sit, sibi pecuniam numeratā esse ex mutui caussa, eum non debere confessioni suæ stare. Nam intra biennium habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. aduersus. §.* Hæc exceptio ꝓbationem exigit a creditore. Itaq; facit, ne debitor cōfessioni suæ stare cogatur. *l. asseneratio. l. 3. §. h. tit.* Verba generalia huius legis mouere nos possunt, vt tentemus num etiam caussam mutui huic legi includamus. Dixerit igitur aliquis, exceptionem non numeratæ pecuniæ locum habere in mutuo, tunc cum debitor simpliciter fassus est sibi pecuniam numeratam, vt ita accipiantur superiores loci, de quibus hac exceptione cautum est. Diuersum esset, si debitor non solum id sit confessus, sed amplius stipulanti creditori promiserit, se iam pecuniam redditurum. Et hanc sententiam esse huius legis, quia l. scripta est de promissore & stipulatore, & de pecunia, quam debitor cauit, quod verbum proprie vsurpatur de promissione stipulāti reddita, *l. sancimus. §. de verb. sig.* Sed in promtu responsio est. Nam quamuis debitor eam pecuniam, quam se dicit accepisse stipulanti creditori cauerit, nihilominus habet exceptionem pecuniæ non numeratæ. *l. si quasi. sup. hoc tit.* 11

Quid ergo si dicamus, superiora, quę de exceptione non numeratæ pecuniæ constituta sunt, emendari hac lege, quæ est posterior? Respondeo. Id multo minus dici potest. 1. Quia hæc lex non est ex genere earum, quæ ius vetus emendent: sunt enim solum in hoc numero decisiones Iustin. & Nou. extra quas Iustin. nihil vult esse contrarii. *l. 2. §. contrarium. de vet. iur. emend.* Praeterea *l. in contractib. seq.* quæ est Iustin. ideoque multo posterior, confirmat nominatim exceptionem pecuniæ non num. vti ex veteri iure competebat, præterquam in quinquennio. Restat igitur vt dicatur, in quo recte omnes Interpretes consenserunt, legem hanc de ceteris omnibus caussis constitutam esse: excipi mutui eam, in qua si quis fateatur sibi pecuniam numeratam, non cogitur intra biennium confessioni suæ stare, sed nec post biennium, si intra tempus constitutum querelam mouerit de pecunia non numerata.

Sed nobis opponūtur verba huius legis, nā ait lex generaliter, sancimus vnumquemq; confessioni suæ acquiescere debere, generaliter vult in vniuersum, & sine exceptione. *l. 2. §. & generaliter. de except. dol. mal. l. qui restituere. in fin. de rei vindic.* Præterea ait lex de quibuslibet, & de omnibus pecuniis idem valere. Omnes qui dicit, nullum excipit. Respondeo.

In generali oratione, qualis eſt oratio huius legis, verum eſt, compendio ſermonis omnes ſpecies ſine exceptione contineri, ſed hoc tunc, cum nulla ſpecies nominatur, quæ excipiatur. nam vbi excipitur in generali oratione exemta intelligitur, hicque locum habet regula iuris; In toto genere iuri per ſpeciem derogari, *l.in toto.de reg.iur.* Conſtat autem aliis locis excipi cauſſam mutui, in qua placet confitentem non cogi ſtare confeſſioni ſuæ, proinde per hanc ſpeciem generali oratione huius legis derogatum intelligitur, vt lex ita accipi debeat, quaſi ſcriptum eſſet: *Generaliter volumus in omnibus cauſſis debitorem ſtare confeſſioni ſuæ, niſi cauſſa ea nominatim hic excepta ſit.* Non obſtat quod cauſſa mutui hac l. excepta non eſt, ſed aliis legibus. Nam in iure ciuili hæc regula tenenda eſt; ſemper poſteriores leges ad priores trahi, & contra priores ad poſteriores, quaſi priores poſterioribus ineſſent, niſi priores & poſteriores ſint ex diametro contrariæ, *l.non eſt nouum. l. ſed & poſteriores, de legib.* Ex iis tenemus, quam confeſſionem hæc lex exigat, vt ea ſeruetur.

12 De vi confeſſionis videamus. De ea † ſic conſtituitur hac l. ſuperiori confeſſioni ſuæ vnumquemque acquieſcere debere, cum hac exceptione tamen, vt ſi debitor contra probare velit ſe non debere, quod debere ſe confeſſus eſt, probatio admittatur, ſed inſtrumentorum, non teſtium. Primo vult lex vnumquemque ſtare debere confeſſioni ſuæ, & addit rationem, quia indignum ſit quenquam reſiſtere proprio teſtimonio, idque eſt quod dicitur *in l. de cetr. de interrogat.* cuique aduerſus ſe fidem haberi debere: merito, quia non eſt hoc teſtimonium ſuſpectum: nemo enim præſumitur damnum facile iactare ſuum, *l.cum de indebito, de probat.*

Sed huic conſtitutioni videtur aduerſari ius conſtitutum de confeſſis, ſiue quis confeſſus fuerit ſcripto, ſiue ſine ſcripto. Nam, vt antea dixi, placet confeſſos pro iudicatis & conuictis haberi, ſed ita, dum ſint confeſſi in iure, *l.1. de confeſſis. l.vn. inf. de confeſſ.* Reſpondeo, non eſt huic legi ius contrarium: vt quis confeſſus pro iudicato habeatur, oportet eum in iure confeſſum eſſe, vt autem cogatur confeſſioni ſuæ ſtare, tanquam iuſto teſtimonio, non eſt neceſſe, vt confiteatur in iure, ſed vbicunque confeſſus erit, confeſſio tanquam iuſta probatio eum tenebit. Vtrum quis debitor pro iudicato habeatur, an vero dicatur cogi ſtare ſuæ confeſſioni, hoc intereſt, quia cum dicimus eum pro iudicato eſſe, hoc dicimus, ita eum teneri confeſſione ſua, vt nulla probatio eius contraria admittatur, quia poſt rem iudicatam & confeſſam nihil amplius quæritur. *l.poſt rem. de re iudic.* At cum dicimus debitorem ſtare debere confeſſioni ſuæ, hoc dicimus eum debere ſtare confeſſioni ſuæ in re controuerſa, ſed hac lege, vt contrarium probare volens, audiatur, vt hic poſtea conſtituitur.

Adiicitur igitur in conſtitutione hæc exceptio, vt debitor ita ſtet confeſſioni ſuæ, niſi ſe falſum confeſſum eſſe doceat, idque argumentis ex ſcriptura petitis. Hinc colligimus confeſſionem omnem ſuperiorem, de qua dixi, non ponere obligationem, ſed tantum probationem confeſſi continere. Nam ſi debitor confeſſus obligaretur, neceſſe haberet ſoluere, quicquid poſtea contra probare conaretur. Nam obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur, *Inſtit. de obligat. in pr.* Nunc autem contrarium doceri poteſt. Hoc vero commune eſt omnium probationum, vt aduerſus teſtes productos, & prolata inſtrumenta, contrariis teſtibus & inſtrumentis vti poſſimus, *l.cum precibus. ſup. de probat.* Tunc ſolum obligatio naſcitur ex confeſſione chirographi, cum de mutuo agitur, & exceptio intra biennium appoſita, aut querela mota non eſt de pecunia non numerata, de quo dixi *ad l.ſi intra. ſup.* Illud diligenter obſeruandum eſt in hac lege, quod dicitur, debitorem admitti † ad probandum, ſe non debere, contra con- 13
feſſionem ſuam, dum rem probet inſtrumentis. Vnde intelligimus aliis teſtibus locum non eſſe. Idem ſcriptum eſt *in l.cum de indebito. in fin. de probat.*

Hæc ſententia multis modis videtur falſa eſſe: nam debitor conuentus ex chirographo publice confecto, ei inſtrumento ſtare debet in re dubia, ſed ſi dicat non eſſe inſtrumentum ſua voluntate confectum, & deniq; falſum, audiendus eſt: & placet eum id probare poſſe, non tantum inſtrumentis, ſed etiam idoneis teſtibus, vt diſerte cautum eſt *in l. optim. inf. de comm. & conſer. ſtip.* Sed etſi debitor agnoſcat, aut chirographum ſuum, aut inſtrumentum ſuo mãdato confectum, tamen dicere poteſt, ſe metu coactum ab aduerſario, vt diceret ſe debere, quod non debebat; poteſt dicere ſe mendacio eius eſſe circumuentum, quas exceptiones ipſe habet. *§.1. Inſt. de except.* At conſtat metum & dolum aduerſarii non poſſe probari inſtrumentis: neque enim is, qui vim facit, aut qui mentitur, interponit inſtrumentum, quo fatetur ſe vim facere, aut ſe mentiri. Ita poteſt vtraque res non probari niſi teſtibus. Præterea poteſt debitor dicere, ſe ſimulaſſe obligationem, cum reuera id ageretur de alio obligando, aut denique vt aliud ſimularetur, quo caſu debitor non tenetur, *l.1. plus valere, &c. ſup.* Porro eam ſimulationem niſi teſtibus probare non poteſt. Non eſt igitur verum, quod hic conſtituitur: Debitorem negantem ſe debere, quod ante ſe debere confeſſus eſt, non admitti ad probandum contrarium, niſi inſtrumentis. Reſpondeo. Hęc omnia vera ſunt, ſed nihil aduerſus hanc conſtitutionem faciunt. Nam obſeruandum eſt, hic agi de debitore, qui primum agnoſcat cautionem & confeſſionem ſuam: dicitur enim, vnumquemque debere ſtare ſuæ confeſſioni. Non eſt confeſſio, niſi vbi conſtat aliquem confeſſum eſſe, vel ipſius confeſſione, vel quia conuictus eſt. Nam ſi neget ſe confeſſum, niſi aduerſarius id probet, neceſſe eſt reum abſolui, *l.qui accuſare. ſup. de edend.* Agitur hoc amplius de eo, qui ita agnoſcit cautionem & confeſſionem ſuam, vt ſimpliciter tantum neget ſe debere aduerſus confeſſionem ſuam. Nos quæ ſupra attulimus, de eo dicta ſunt, non ſolum qui neget ſe debere, ſed etiam præterea aliqua affirmet, quæ probare velit, puta metu ſe & dolo inductum, rem ſimulatam eſſe. In his affirmationibus probandis, pariter adhiberi poſſunt & teſtes & inſtrumenta, quinimo potius teſtes quam inſtrumenta. At vbi debitor nihil amplius, quam negat ſe debere, & probationem a creditore exigit, vt hoc loco; hic recte dicitur, debitorem non poſſe indebitum probare, niſi inſtrumentis, ſeu argumentis ſcripto habitis.

Sed hic rurſum occurritur *ex l.in exercendis. ſup. de fide inſtrum.* vbi generaliter traditur in exercendis litibus, *eandem † vim eſſe teſtium & inſtrumentorum.* 14
Quibus verbis efficitur, vbi inſtrumenta admittuntur, ibi & teſtibus locum eſſe. Reſpondeo. Et hoc verum eſt, vbi natura rei teſtes admittit; At ſpecies propoſita-

posita non recipit testimonia testium, ideo necesse est, sola instrumenta admitti. Itaque errant vulgo Interpretes, cum putant singulari hoc iure cõstitutum esse, ne testes recipiantur. Non enim id iuris ratione fit, sed natura rerum ita cogente, idq; in promtu est attendenti. Nam cum debitor fatetur, se aliquid ex aliqua caussa Titio debere, possunt interesse testes, qui id audiant, & affirment; At vtrum debitor vere debuerit, nec ne, nulli testes per rerum naturam possunt certo affirmare, neq; enim diuinare potuerunt.

15 Remotis † igitur testibus sola relinquentur instrumenta, quibus hoc indebitum probetur. Sic autem probabitur. Exempli caussa: Finge heredem legatario promisisse 100. quæ diceret se illi debere ex testamento L. Titii. Si heres hanc cautionem suam postea agnoscat, & tamen dicat, se tantũ non debuisse, audietur, dummodo id probet. Probare autẽ solũ potest ex instrumento testaměti, cuius mentio facta est. Legetur enim testamentũ, & ex eo patebit aut nihil deberi, aut deberi solum 50. Idem perhibebitur platis postea codicillis, quib. ea 50. testamento legata postea ademta sunt. Idem tamẽ dicere si quis confessus sit se Titio debere 100. ex huiusmodi caussa, quod tanti emisset ab eo fundum Tusculanum, id falsum esse probabitur instrumento auctoris prolato, in quo pretium dictum sit solum 50.

16 His expositis intelligitur, quid † intersit inter cautionem in ceteris contractibus, & inter cautionem mutui. Intelligitur autem hæc distare & ab initio, & progressu: nam in ceteris contractibus etiam ab initio vnusquisque debitor confessioni suę stare debet; At hic in mutuo intra biennium confessioni suæ debitor stare non cogitur, sed recte probationem pecuniæ non numeratæ a creditore exigit. *l. 3. l. aduersus. sup.* progressu autem & post biennium hoc discrimen in contrarium commutatur, & plus tribuitur debitori in cautione ceterorum contractuum, quam in mutui cautione. Nam in ceteris contractibus, & initio, & perpetuo ita debitor cogitur stare suæ confessioni, vt tamen contraria eius probatio recipiatur, vt hoc loco. In mutuo contra, exacto biennio ita debitor cogitur stare confessioni suæ, vt nec contraria probatio eius vlla audiatur, vt docuimus *ad l. si intra. sup. hoc tit.*

17 Qua differentia constituta, hoc loco tempestiuum est quærere, quę sit huius differentię ratio? Nec abs re hoc quæritur; nam cum in omnibus contractibus tam mutuo, quam ceteris, eadem sit confessio, & idem instrumentum debitoris, æquitas exigere videbatur, vt in quibus eadem ratio est, in iis idem ius statuatur, *l. illud. ad l. Aquil.* Cur ergo contra statuitur. Respondeo. Hæc ratio est: Quia vbi periculum intenditur, ibi subueniendum est, vbi autem nullum est periculum debitoris, ibi auxilio non est opus, *l. 1. §. sed & si quis. de Carbon. edict.* At in ceteris contractibus nullum commodum præsens aut futurum ostenditur debitori, cur velit præmature confiteri, se debere quod non debet, quoniam ex iis debitor pecuniam dat, non accipit, & cauet se debere vt debet, non vt accipiat. Nemo autem tam supinus est, vt velit fateri, se debere, cauens creditori, vbi ex ea confessione nullum commodum consequatur. At in mutuo, spes commodi futuri, & eius desiderium, periculum inducit, cui succurrendum est. Nam debitor cauet creditori, non solum vt reddat pecuniam, sed magis vt accipiat. Creditores enim pecuniam daturi solent exigere prius a debitore cautionem mutui, vt sibi prospiciant priusquam dent pecuniam, & promittunt se cautione accepta pecuniam petenti numeraturos. Debitor vero qui pecunia indiget, quiduis cauebit creditori vt pecuniam accipiat, præsertim cum speret, se accepturum ab eo qui promittit.

Hæc non semper ita fiunt, sed experientia nos docet, vtplurimum ita fieri, & postea creditores pecuniam non numerare, sed aut moras nectere, aut abire longius. Iura constituta sunt ad ea, quæ vtplurimum accidunt, non ad ea, quæ raro, *l. non ad ea. & 2. praeced. de legib.* Hinc igitur initium proponendæ exceptionis pecuniæ non numeratæ in mutuo. Quod autem post biennium ius commutatur, & debitor ex cautione sua obligari incipit, remota omni specie probationis contrariæ, eo fit, quia cum posset intra biennium queri, videtur silentio suo confirmasse fidem cautionis, quia poterat infirmare, & non fecit, *l. 3. supr. de postul.* Non idem fit in ceteris contractibus etiam post biennium, quia si debitor in illis questus intra biennium non est, ideo fecit, quia necesse habebat facere, non enim poterat queri cum ex hac lege confessioni suæ stare cogeretur. Hæc omnia dicta sunt de iis, quæ creditores ac debitores cauent, inter viuos: agitur enim de promissore & stipulatore, & eo quod istis scriptis caueat, quæ omnia ad viuos pertinent.

Sed cum † definitio huius legis generalis sit, vnumquemque confessioni suæ stare debere, non alienum est hoc loco quærere, quod & vulgo quæritur, quid iuris sit, si testator testamento suo professus fuerit, se 10. ex certa caussa Titio debere, an hic quoque vel testator, vel heredes eius, Titio agente, confessioni testatoris stare cogendi sint? 18

De eo sic habendum puto, quamdiu testator viuit, non cogitur confessioni suæ stare, quamuis testamentum venerit in manus Titii, & eo vtatur aduersus testatorem; optima ratione, quia quicquid in testamento scribitur, ita valet: si testator mortuus fuerit, cum testamentum scribatur de iis, quæ quis post mortem suam fieri & cauere vult. *l. 1. qui testament. facere possunt.* Mortuo autem testatore heredes confessioni eius stare coguntur. Et hoc citra controuersiam, si testator iurauerit se debere. *Authen. quod obtinet. supr. de probat.* Idem est, etsi testator non iurauerit se debere, sed scripserit se iurasse Titio redditurum. *l. cum quis. §. codicillis. de legat. 3.* Ego autem puto, etsi testator neque iurauerit in testamento se debere, neque dixerit se olim iurasse se redditurum, nihilominus scripturæ standum esse. Moueor his rationibus. I. Generalis hic sententia traditur, vnumquemque acquiescere debere confessioni suæ, & indignum esse quenquam proprio testimonio resistere. Deinde, si cautioni priuatæ inter viuos emissæ, credendum est, aduersus eum, qui emisit, quasi verum dixerit, multo magis testamento, aduersus testatorem credendum est, quia testatores cum in testamentis de extremis cogitant, ac proinde cogitět de iudicio Dei, solět omnia religiosius ac sanctius affirmare. Tertio, verisimile est testatorem non fuisse id affirmaturum, nisi vere debuisset, propter heredes. quoniã in exonerandis heredibus, solět faciliores esse voluntates testatorũ, *l. vnũ. § si rẽ. de legat. 2.*

Obstat *d. l. cum quis. §. codicillis. de legat 3.* vbi scriptum est, Scripturæ testamenti credendum esse, sci-

licet cum se iurasse testator affirmauit. Respondeo.
19 Hoc verbum, scilicet, † accipiendum est pro præsertim, vt sit sensus: Ex iis, quæ illic proponerentur, credendum esse scripturæ, præsertim cum testator affirmauit hæc, se iurasse. Id ideo ita interpretandum est, quia is, qui dicit in testamento se olim iurasse, non magis iurat, quam is qui dicit se debere. Quare si dicenti se iurasse fides habetur, etiam dicenti se debere fides adhibebitur, quia vbique affirmatio est sine iureiurando.

Obiicitur etiam *l. Lucius.* §. *quisquis 2. de legat.* 2. vbi dicitur; Ex huiusmodi scriptura testamenti, qua fatetur testator, se debere Titio, placet summam peti posse ex fideicommisso, si ea non deferatur, ex quo manifeste colligitur, eam summam ex cautione testamenti non deberi ex præcedenti caussa. Respond. Et hoc verissimum est, neque nunc dicimus ex cautione vel priuata vel testamentaria obligationem oriri, sed dicimus, probationem ex ea impleri posse, quod & ipsum verum est *ex l. Publia.* §. *vlt. depositi.* Est igitur sensus eius loci: Si constaret testatorem non debuisse, quod scripsit, debere, quod constare potest vel legatarii confessione, vel quia heres probauerit testatorem nihil debuisse: hoc casu nihilominus summa ex fideicommisso debebitur. Interim non negatur, quin ea cautione debitum probari possit.

Postremo obstat *Auth. quod obtinet, sup. de probat.* vbi dicitur, affirmanti testatori credendum esse, sed vbi iureiurando id affirmarit. Ex quo colligi videtur, sine iureiurando confirmationi testatoris credendum non esse. Sed hoc non recte colligitur, idque apparet ex *d. l. cum quis,* §. *codicillis. de legat.* 3. vbi scripturæ testatoris creditur, cum tamen testator non iurasset, se debere, sed tantum dixisset, se iurasse, inter quæ multum interest. Nam qui dixit se iurasse, fieri potest, vt non iurauerit. Sed certa sententia Auth. quod obtinet, hæc est: Cum testator aliquid de bonis suis affirmauit, iureiurando, puta in proposito, affirmauit se debere Titio 100. placuit Iustin. heredes stare debere huic affirmationi, quamuis testator nullam caussam debendi expresserit, & quamuis heredes parati sint contrarium probare, vt declaratur in Nou. *de iureiur. a mor. præstit.* Sine hoc iureiurãdo fatemur, non ita standum esse affirmationi testatoris. Nam secundum formam iuris communis stabitur confessioni testatoris, si caussam expresserit, vt exprimitur *in d. l. cum quis.* §. *codicillis.* Et præterea ita stabitur ei confessioni, vt contraria probatio heredum admittatur, vt colligi potest ex *d. l. Lucius.* §. *quisquis. de legat.* 2.

Illud monendi sumus, quicquid de hac quæstione statuerimus, non admodum solicitos & anxios nos esse debere, quia etiamsi eiusmodi confessioni testatoris fides non habeatur, nihil minus tamen semper summa a testatore expressa debiti, si creditur scripturæ, debebitur ex vetere caussa a testatore comprehensa. Si non creditur, nihilominus recte creditor petet eam summam, tanquam ex fideicommisso, vt expressum est *in d. l. Lucius.* §. *quisquis.* Et ob hanc caussam creditor, qui eam summam petere volet, ita actionem instituet, vt dictet duas actiones, veterem & nouam ex fideicommisso, protestatus se debitum insequi velle ex vna tantum harum actionum, quod est consilium Vlpiani, *in l. 1.* §. *quia autem. ff. quod leg.*

*Ad L. 14. In contractibus.*

Imp. Iustinianus A. Mennæ Præfecto prætorio.

*In contractibus, in quibus pecuniæ vel aliæ res numeratæ vel datæ esse conscribuntur, non intra quinquenniũ, (quod antea constitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem obiicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum: vt, eo lapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit: his scilicet qui propter aliquas caussas specialiter legibus expressas, etiam elapso quinquennio in præteritis temporibus adiuuabantur, etiam in posterum (licet biennium pro quinquennio statutum est) eodem auxilio potituris.*

Summaria.

1 *Exceptio non num. pecuniæ tam debitori, quam creditori competit.*
2 *Et quæ sint propria vtriusque, & quæ vtriusque in ea communia.*
3 *Caussæ exceptionis non numeratæ pecuniæ debitori competentis enarrantur.*
*I. Vt de mutuo agatur, quod debitor se fatetur accepisse.*
*II. Vt in mutuo sit pecunia numerata.*
4 *An exceptio hæc etiam in ceteris contractibus, quam mutuo, detur. & nu. 7.*
5 *Huius legis cum proxime præcedentibus ἀντινομία & conciliatio.*
6 *Pecunia generaliter accepta quæ comprehendantur.*
8 *Mutui nomine non tantum pecunia numerata intelligitur, sed etiam omnes res mutuo datæ.*
9 *De vino, oleo, frumento mutuo datis, &c. an exceptio non numeratæ pec. detur.*
10 *Exceptio pecuniæ non datæ quæ.*
11 *Debitor sine scripto confessus se accepisse, an exceptione non num. pec. vti possit.*
12 *Obligatio an etiam vlla contrahatur verbis in futurum non conceptis.*
13 *Tempus intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ datur, olim erat quinquennium, hodie biennium.*
14 *Exceptio hæc an etiam currat minoribus & maioribus absentibus.*
15 *Post lapsum biennii, quo competit exceptio non numeratæ pecuniæ, an debitor confeßioni suæ stare, & sine exceptione soluere cogatur.*

Lex est trita de exceptione non numeratæ pecuniæ. Summa constitutionis est: Hanc † exceptionem lex tribuit partim debitori, se debere confitenti, partim creditori confitenti sibi pecuniam esse solutam a debitore. De debitore initio legis cauetur; de creditore cauetur *in* §. *1.* §. *super.* Vtriusque generis quędam propria sunt: Quæ † debitoris propria sunt, exponuntur in pr. vbi de debitore agitur. Quæ sunt propria creditoris, exponuntur item vbi de creditore agitur, nempe *in* §. *1.* §. *super.* Quæ sunt communia vtriusque, exponuntur *in* §. *in illo.* & *in* §. *vlt. vsque ad fin. legis.* 1 2

Initium, vt dixi, legis est de debitore profitente se aliquid debere creditori. Huic lex exceptionem non numeratæ pecuniæ tribuit, sed certis conditionibus, in quibus tria hæc obseruanda sunt, quæ lex cauet. Primo, quibus in caussis hæc exceptio competat debitori: deinde, intra quod tempus: postremo, finito hoc tempore an debitor cõfessioni suæ stare debeat.

3 De † caussis diligenter notandum est, quod hic cauetur: nam videtur Iustinianus aliquid constituere nouum, præterquam quod superioribus legibus cautum est. Nam *in l. aduersus. sup.* traditur, huic exceptioni locum esse, cum a debitore pecunia credita petitur: quibus verbis duo exiguntur, primo, vt de mutuo agatur, quod debitor fatetur se accepisse, deinde vt in mutuo sit pecunia numerata. Id enim pecuniæ verbum in mutuo proprie significat, idque ita esse verba exceptionis declarant. Dicitur enim exceptio pecuniæ non numeratæ, cui locus esse non potest, nisi vbi pecunia numerata petitur. Iustinianus autem in hac lege videtur hanc exceptionem tribue-
4 re † debitori, confitenti se debere, in omnibus contractibus. Ait enim in contractibus verbo generali, non autem in contractu, aut in contractu mutui. Eandem exceptionem videtur tribuere in rebus omnibus, quas debitor fatetur sibi datas esse. Ait enim, *in quibus vel pecunia numerata, vel aliæ res datæ conscribuntur.*

Sed recte Accursius & alii omnes interpretes hęc verba sic accipiunt, vt *in contractibus* valeat idem, quod *in contractibus cuiuscunque mutui*, & illa verba, *vel aliæ res*, sic quoq; acceperunt, vt intelligerentur aliæ res, quæ pondere vel mensura, aut numero constant, id est, in summa res, in quibus mutuum consistit, vt sit sensus legis: *Exceptionem non num. pec. tribui debitori in mutuo, sed ita in mutuo, vt nihil intersit, quæ res debitori mutuo datæ sint, vtrum pecunia numerata, an vero vinum, oleum, frumentum, argentum infectum, quæ omnes res mutuo recte dantur æque atq; pecunia numerata. Inst. quib. mod. re contrah. in pr.*

Sed huic interpretationi statim opponuntur verba legis: nam Iustin. generaliter dicit in contractibus, in quibus vel pecunia numerata, vel alię res datę sint. Nihil igitur nos, neq; in contractibus, neq; in rebus datis distinguere debemus, quin debitor confessus in omnibus exceptionem habeat, & ita mutentur priores leges, *argu. in l. item veniunt. §. petitum. de pet. her. l. metum autem. §. 1. quod metus caussa, & similibus locis.*

5 Recte † respondebimus hanc interpretationem esse ex mente l. partim ex verbis, partim ex prioribus ll. Ex verbis huius l. est hæc interpretatio, quia Iustin. in hac exceptione referenda, aperte se retulit, ad veteris iuris exceptionem, in qua dicit se tantum corrigere quinquennium, quod antea constitutum erat, & pro quinquennio biennium statuere, cum præter quinquennium in hac exceptione nihil mutet, consequẽs est, eum ius antiquũ in reliquis circa legis exceptionẽ seruare. *l. præcipimus. in fin. J. de appel.* Sed etsi nihil expressum esset aliud in hac lege, vnde intelligeremus Iustinianum rem referri velle ad veteres leges; tamen in interpretatione omnium legum posteriorũ, hæc regula tenenda est, semper priores & antiquiores, ad posteriores trahi, *l. non est nouum. de legib.* Hæc sententia est: Quæ prioribus legibus, de aliqua specie in certis personis, & certis rebus aut contractibus constituta sunt, ea omnia in posterioribus legib. pariter intelligi, quę leges de eadẽ specie constitutæ sunt, *l. ideo. de ll.* Veteres autem leges, quæ exceptionem non num. pec. tribuũt debitori, hanc tribuũt nominatim in mutuo: proinde & leges posteriores, de hac exceptione loquẽtes, de mutuo solũ accipiẽdæ sunt, nisi quid cõtra in posteriorib. legib. aperte caueatur. Sed quod hęc constitutio exceptionem hic porrigit etiam ad ceteras res, præter pecuniam numeratam, videtur hæc aduersari veteribus legibus, inter alias *d. l. aduersus. supr.* vbi dicitur, huic exceptioni locum esse, vbi pecunia creditur. Respond. Etsi verisimile est, legem illam loqui de pecunia, quæ proprie ita dicitur, id est, de pecunia numerata; tamen post hanc legem Iustiniani generaliter † pecunia illic sic 6
accipienda est, vt intelligatur omnis quantitas, id est, res omnis, pondere, numero, mensura consistens, in qua mutuum possit consistere, idque efficitur ex alia regula iuris, infra, quæ hic adhibenda est, quod vt priores leges ad posteriores trahuntur: ita e conuerso posteriores trahantur ad priores, *l. sed & posteriores. de legib.* Sensus est: Quod posterioribus legibus de eadem specie cautum est, id videtur & in prioribus inesse, quasi aut posteriores sint ita interpretatæ priores leges, aut prioribus hoc adiecerint, quod cauẽt. Interim summa hæc relinquitur, quam dixi: Exceptionem † non numeratæ pecuniæ debitori dari, sed 7
in mutuo dixi, non in reliquis contractibus, vnde in reliquis etiam nunc manebit ius constitutum, *in l. generaliter. §. sed* † in mutuo ita hanc exceptionem lo- 8
cum habere, vt locum habeat in reliquis omnibus mutuo datis, non tantum in numerata pecunia.

Hic occurritur. Nam † quomodo in vino, oleo, 9
frumento, argento infecto, mutuo datis potest vsurpari exceptio non numeratæ pecuniæ, cum res istæ omnes non numerentur, nec numero constent, sed dentur aut mensura, vt vinum, aut pondere vt argentum infectum? Certum est verba rebus consequentia esse debere, *§. vlt. Instit. de don.* At non potest verbum, exceptio non numeratæ pecuniæ, conuenire ei rei, in qua pecunia numerata non est. Respondeo. Et hoc de nomine exceptionis admittendum est *ex d. §. vlt. Inst. de don.* sed exceptio sic accipienda est, vt in pecunia non numerata dicatur exceptio non numeratæ pecuniæ: In ceteris autem rebus dicatur † exce- 10
ptio pecuniæ non datæ.

Addit Iustinianus competere hanc exceptionem in rebus mutuo datis, quæ conscribuntur. Quid ergo, si debitor † sine scripto confessus sit se accepisse? 11
Resp. Dixi *ad l. 3. §.* nihilominus eum exceptione hac vti posse, sed ideo de pecunia scripta cõstitutio cõcepta est, quia subiicitur eum, qui ita scripsit, post biennium literis obligari, vt sine exceptione soluere cogatur. Hæc obligatio solum contrahitur in eo, qui scripto cauit, non etiam in eo, qui sine scripto idem confessus est, *vt docui ad l si intra, in fin. sup. eod.*

Addit Iustinianus, *in iis rebus, quæ numeratæ vel datæ conscribuntur.* Quibus verbis declaratur, hanc exceptionẽ cõpetere debitori tunc, cum scribit, pecuniã sibi numeratã, aut alias res mutuo datas esse, nẽpe verbis in præteritum conceptis, quod & aptius comprehensum est *in Instit. de literar. obligat. in prin.* Hic occurritur. Nam si debitor solum scribit, sibi pecuniam datam aut numeratam, quomodo post biennium obligari potest, vt hic scribitur? Subiicitur enim, debitorem post biennium omnino compelli soluere. Mouet dubium, † quod omnis contractus, & o- 12
mnis obligatio contrahitur verbis in futurum conceptis, cum scilicet debitor promittit, aut se in hoc obligat, vt aliquid postea det aut faciat: argumentum ex stipulationis definitione, *in l. 5. §. stipulatio. de verb. oblig.* Ob hanc caussam Accursius, & veteres alii complures, hunc locum sic acceperunt, vt dicerent: debitori competere exceptionem non numeratæ pecuniæ de iis rebus, quas scripsit sibi datas, aut

numeratas, si modo nominatim etiam adiecerit, se eas creditori redditurum. Hoc ideo fecerunt, vt occurrerent obiectioni superiori illi, & probarent hanc adiectionem ex *l.3.§. de postul.* vbi is, qui scripsit, sibi pecuniam numeratam, proponitur nominatim addidisse, se eam redditurum.

Respondeo. Nihil verius est, quam obligationem contrahi non posse, nisi in futurum: est enim obligatio omnis, vt quid soluatur; non potest solui, nisi postea vbi obligatio procedit, sed non ideo efficitur, eum non obligari, qui simpliciter scribit, se pecuniam mutuam accepisse. Hoc qui facit, vi ipsa se obligare intelligitur, vt eam pecuniam reddat, quoniam in mutuo pecuniæ datio est caussa obligationis. Nascitur enim obligatio ex re, id est, ex numeratione pecuniæ, *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Caussa posita necessario effectus ponitur, ita qui prius dicit, & posterius dicit. Idque manifestum est ex verbis, quibus mutuum contrahitur. Nam cum dico, *me tibi mutuo pecuniam dare*, & tu dicis, *te mutuo accipere*: mutuum contrahi constat, quamuis de reddenda pecunia nihil nominatim exprimatur, videlicet, quia hoc non expressum vi ipsa intelligitur. Ex numeratione enim, vt antea dixi, nascitur obligatio necessario, vbi dictum est, pecuniam mutuam numerari. At in hac non exprimitur? Respondeo, non eo minus intelligitur, quasi expressum esset: semper enim in contrahendo id, de quo agitur, pro certo habetur, *l.3. si cert. pet.* Quapropter bene hoc loco, & bene in titulo de lit. obligat. dicitur, post biennium obligatio contrahi ex hac scriptura, cum quis simpliciter scripsit, se pecuniam sibi datam debere.

13 De tempore † cauet constitutio, olim quinquennium fuisse; nunc se constituere biennium continuum. Addendum est *ex l. si intra. §. & ex l. hac. §. in omni*, si debitor intra biennium questus erit de pecunia sibi non data, exceptionem perpetuam effici. Quod dicit Iustinianus, hoc biennium continuum fore, a tempore cautionis, id pertinere vult ad eos, qui nullo singulari iudicio adiuuantur, non etiam ad eos, quibus beneficium in integrum restit. iure tribuitur. In hoc numero sunt minores 25. annis, aut ii, qui Reipub. aut alia de necessaria caussa absunt. Mi-
14 noribus † hæc exceptio non currit, nisi post 25. annos *l. vlt. §. in quib. caus. rest. in integ. non est neces.* Ceteris maioribus qui per absentiam, iustam querelam mouere non potuerunt, intra biennium, cedit quidem & amittitur exceptio, sed in integrum restituuntur, vt exceptionem, quæ de bonis exiit, recipiant.
15 *l. 1. ff. ex quib. caussis maior.* Post hoc † tempus placet debitorem cautione sua ita teneri, vt sine exceptione cogatur soluere, ex quo est illa literarum obligatio, quam legimus in Instit. de quo loco satis est dictum *ad l. si intra. §.*

*Ad §. Sed quoniam. 1.*

*Sed quoniam securitatibus & instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse perspeximus, huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero breui tempore concludere. Ideoque sancimus instrumento quidem depositionis ceterarum rerum, vel certæ pecuniæ, securitatibusque publicarum functionum, siue in solidum siue ex parte soluta esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quæ post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

SVMMARIA.

1 *Depositarius an ex sua cautione conuentus confessioni suæ stare cogatur, nec habeat exceptionem pecuniæ non numeratæ.*
2 *Exceptio non numeratæ pecuniæ an deneganda sit deponenti, qui deposito reddito scribit se depositum accepisse? & casus tres sequuntur, quibus ea non datur.*
3 *Exactores tributorum, vectigalium, aut aliarum publicarum functionum, cauentes se pecunias eo nomine a debitoribus & collatoribus accepisse, an habeant exceptionem non numeratæ pecuniæ.*
4 *Cautio ab exactore publicarum functionum emissa, vt noceat exactori, an etiam noceat fisco, si fiscus eandem pecuniam exigat?*
5 *Cautio solemnis quæ sit.*
6 *Debitor pupilli si soluerit tutori, & a tutore cautionem acceperit, etiam solemnem, an cautio noceat pupillo eandem pecuniam repetenti.*
7 *Maritus cauens dotem sibi numeratam an confessioni suæ stare cogatur, nec vti possit exceptione non numeratæ pecuniæ.*
8 *Et intra quantum tempus exceptionem non numeratæ pecuniæ dotis habeat. & nu 9.*
9 *Maritus in confessione dotis solutæ vtrum creditor an debitor sit?*
10 *Creditor aut debitor si post primam cautionem de pecunia sibi numerata emissam, secundam emittat, an exceptionem non num. pec. prius competentem amittat? & quid in marito. nu. 9.*
11 *In emtore rerum fiscalium pecuniam fisco soluente & solemnem cautionem accipiente an cesset exceptio non numer. pecuniæ?*
12 *Mulier si instrumento publice confecto, adhibitis tribus testibus, confessa sit se pecuniam ab aliquo accepisse, an exceptione non numeratæ pecuniæ tuta sit.*

Hoc loco proponuntur tres species cautionum, in quibus cessat exceptio non numeratæ pecuniæ. Prima species est eius cautionis, in † qua deposi- 1
tarius scribit, pecuniam, aut alias species, apud se esse depositas. Ex hac cautione conuentus confessioni suæ stare cogitur, nec habet exceptionem pecuniæ non numeratæ. Ratio hæc est, quia depositarius res depositas non sibi accipit, sed deponenti, nullumque commodum eius in deposito versatur. Ideo verisimile non est, illum falsa confessione se onerare velle, vbi ex ea nil commodi consequatur. Quod secus est in eo, qui fatetur se pecuniam numeratam accepisse: cupit enim pecuniam accipere, quæ eius commodo accipitur, & cupit inuitare creditorem ad credendum, postquam cautionem acceperit. Sed quid opus fuit hoc cauere, de cautione depositarum pecuniarum, cum Iustinianus generaliter dicere debuerit, omnem debitorem ex omni contractu stare debere confessioni suæ, ex caussa mutui, *l. generaliter. sup. hoc tit. h. l. in pr.* Respondeo, non fuisset necesse de hac specie cautionis hoc loco exprimi, nisi litigatores, temporibus Iustiniani, conati essent huic cautioni depositarum pecuniarum apponere exceptionem non numeratæ pecuniæ. Hanc dubitationem Iustinianus hic sustulit, vt ipse testatur. Quæritur † an et- 2
iam exceptio non numeratæ pecuniæ deneganda sit depo-

deponenti, qui deposito reddito scribit, se depositum recepisse? Respondeo, hæc quæstio pertinet *ad § super. infr. hoc tit.* vbi dicetur.

3 Secunda species cautionis est, qua † exactores tributorum, vectigalium, aut aliarum publicarum functionum, cauent, se pecunias eo nomine à debitoribus & collatoribus accepisse. Exactores si idem exigant coguntur suæ confessioni stare, nec habent exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ratio hic eadem, quæ supra, quoniam nullum commodum exactori in iis pecuniis versatur, vt non sit verisimile, illos scripturos, se accepisse, quod non acceperunt. Sed rursum quæro, quid opus fuit de hac specie nominatim cauere, cum iam dixerim, regulam esse generalem, exceptionem non numeratæ pecuniæ non dari, nisi in caussa mutui, *h. l. in pr.* Non dat autem mutuum exactor, sed nec mutuum exigit, proinde hæc species satis ad regulam generalem pertinebit. Respondeo. Quod dicitur, exceptionem non numeratæ pecuniæ solum locum habere in contractu mutui, tunc dicitur, cum agitur de debitore confitente se mutuum accepisse. Ceterum creditori confitenti sibi pecuniam solutam esse, etiam eadem exceptio tribuitur *in §. super. seq.* vt necesse sit, eam regulam etiam ad cautionem publicarum functionum pertinere, nisi illæ cautiones excipiantur, hic ergo excipiuntur. Vnde apparet, exceptionem hanc ad regulam infra scriptam *in d. § super*, referendam esse.

4 Sed cautio † ab exactore publicarum functionum emissa, ipsi exactori nocet, an etiam nocebit fisco, si fiscus eandem pecuniam exigat? In hac re iuris distinctio est: Si debitor solemnem apocham & cautionem accepit ab exactore, etiam fisco cautio nocebit, vt exceptione pecuniæ non numeratæ fiscus vti

5 non possit. Est autem † solemnis cautio, vbi tabularius fiscalis ad eam rem destinatus cautionem subnotauit. *l. 2. circa fin. infr. de quadr. præscript. l. 2. infr. de conuent. fisc. debita. lib. 10.* Quod si priuata tantum cautio exactoris fuit, non solemnis, hactenus cautio non nocet fisco, vt prius cogatur excutere exactorem, vt si soluendo sit, debitor liberetur; si soluendo non sit, tum debitor possit conueniri, & cogatur pecuniam inferre. *d. l. 2. j. de conuent. fisc. debit.*

6 Hoc exemplo recte quæritur, An si debitor † pupilli soluerit tutori, & a tutore cautionem acceperit, etiam solemnem, an cautio noceat pupillo eandem pecuniam repetenti? Respondeo: Non nocere, quoniam cum debitores publicarum functionum exactori soluunt, nihil est quod eis imputetur qui soluunt, quia soluere necesse habent. Debitores autem pupillorum non habent necesse soluere, nisi sententia iudicis coacti. Itaque si secus soluant, de se queri non debent, *§. vlt. Instit. quib. alien. & pec. l. sancimus. de administrat. tut.*

7 Tertia species est eius cautionis, quam † maritus post confectionem dotalium instrumentorum emittit, qua fatetur, dotem sibi esse numeratam. Hic cōfessioni suæ stare cogitur, nec vti potest exceptione non numeratæ pecuniæ. Hic opponitur extremum eiusdem legis, vbi scriptum est, etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ dotis iure admitti, & in ea eadem seruanda esse, quæ infra scripta sunt. Respondeo: Vtrumque horum verum est, & quod hic, & quod illic scribitur. Admittitur exceptio non numeratæ pecuniæ dotis, vt illic declaratur, sed non semper, quod sic ostenditur. Tunc enim denegatur hæc exceptio, cum maritus post confectionem dotalium instrumentorum confessus est, se dotem accepisse. Ex quo aperte intelligitur, si in ipso instrumento dotali idem confessus sit maritus, exceptioni locum esse. Ergo his verbis introducitur hæc distinctio, cum quæritur an maritus cauens sibi dotem solutam esse, habeat exceptionem non numeratæ pecuniæ; si id cauit in instrumento dotali, exceptionem habet, vt hic colligitur, & expressum est *in l. 1. & l. vlt. j. de dot. caut. num.*

8 Habet autem † exceptionem *ex d. l. vlt. inf.* intra annum continuum, numerandum ex die soluti matrimonii. Sed hoc tempus postea aliter temperauit *in Auth. quod locum. eod. tit. de dot. caut. non num.* de quo hæc sententia est: Si matrimonium soluitur intra biennium, ex quo contractum est, maritus aut heredes eius soluto matrimonio intra annum possunt opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ. Quod si post biennium intra tantum 10. dies, matrimonium solutum sit, potest maritus aut heres eius opponere exceptionem non numeratæ dotis. Sed intra tres menses tantum. Si vero matrimonium solutum sit post 10. annos, hic denegatur omnis exceptio.

Sed huic parti opponitur *l. generaliter. j. vt & hæc l. in princip.* vt principium interpretati sumus. Nam vtroque in loco generalem hanc sententiam tradi diximus: Vnumquemque debitorem in omni contractu confitentem se debere, stare oportere confessioni suæ, remota omni exceptione pecuniæ non numeratæ, præterquam in caussa mutui. Constat autem maritum cum accipit dotem non accipere mutuum, & cum de dote sibi soluta confitetur, non confiteri de mutuo, proinde secundum regulam suprascriptam confessioni suæ stare debebit. Et maxime hoc in dote admittendum fuit, quia dotis caussa semper & vbiq; præcipua est, eiusq; restitutioni præcipue faueri oportet, *l. 1. l. Caius in fin. sol. matrim.* Respondeo: Quod dicitur exceptionem non numeratæ pecuniæ cessare in omnibus contractibus, excepto mutuo, iam dixi tunc locum habere, cum agitur de debitore confitente se debere. Diuersum est si creditor fateatur sibi solutum se accepisse: nam huic ex omnibus caussis pecunia soluta tribuitur exceptio pecuniæ non numeratæ, nisi aliqua species nominatim excipiatur. *d. §. super. seq.* Obseruandum est autem maritum, qui confitetur sibi dotem datam in hac confessione magis creditorem esse, quam debitorem. Nam dos prius ei debebatur cum esset ei promissa, proinde cum ei numeratur, magis illi solui, quam nunc primo dari intelligitur. Sic fit vt ex reg. suprascripta creditori huic quoq; exceptio non numeratæ dotis tribui debeat.

Hunc autem potius in † hac confessione creditorem esse quam debitorem argumentum est, quod illi exceptio datur non intra biennium, vt datur debitori de mutuo confitenti, sed intra annum, aut tres menses tantum; & tamen quia eodem tempore maritus de dote sibi numerata cauens, dotem debere incipit, ideo recte placuit mediam viam hic sequendam esse, vt ei biennium non detur, quia solum debitor non est, & rursum plus tribuatur quam ceteris creditoribus, quibus dantur tantum 30. dies, quia & hic maritus partim debitor esse incipit. Quod si maritus post confectionem dotalium instrumentorum noua cautione cauerit sibi dotem numeratam: hic 9

cessat exceptio non numeratæ dotis, vt hic cautum est. Differentiæ ratio hæc est: Quia cum maritus ab initio in instrumentis dotalibus, quæ ante nuptias interponi solent, fatetur sibi dotem numeratam, duę res ei exceptionem tribuunt, desiderium matrimonii contrahendi, & spes accipiendæ dotis: sed inprimis desiderium matrimonii contrahendi, quia cupit contrahi, & videt contractum matrimonium non iri, nisi instrumenta ita conficiantur, vt fateatur se pecuniam accepisse, & promissorem accipiat fore, vt contractis nuptiis statim pecuniam accipiat. At vbi post contractas nuptias confitetur, sibi dotem numeratam, cessat prius periculum, quod metuebatur: habet enim quod cupiebat, vxorem, & de dote postea accipienda non laborat. Quod si in instrumento dotis iam falsus erat, se dotem accepisse, manifesta ratio est, cur secunda cautione teneri debeat, vbi rursum id confitetur. Nam posteriore cautione prioris fidem aperte confirmauit, qua confirmata, exceptionem habere non debet, *arg. in l. 3. sup. de postul.*

Sed etsi in instrumento dotali tantum dos pmissa est, nec numerationis mentio vlla facta, nihilominus probandum est ex hoc loco, si maritus postea scripto confiteatur sibi dotem datam, eum debere stare confessioni suæ. I. Quia cessat periculum superius, quod dixi. II. Quia fauore dotis multa de iure communi remissa sunt *d. l. Casus. in fin. solut. mat.*

10 Hoc exemplo eleganter quæritur, si creditor aut debitor post primam cautionem de pecunia sibi numerata emissam, secundam emittat, qua confitetur, eandem pecuniam se accepisse, an exceptionem non numeratæ pecuniæ prius competentem amittat, exemplo mariti, qui amittit propter secundam cautionem? Et verius puto eum amittere, hoc argumento. I. Quia plus valet aperta confirmatio prioris cautionis quam tacita: at tacita confirmatio prioris cautionis est in eo, si debitor aut creditor intra tempus constitutum non queratur de pecunia non numerata, placetque hanc sententiam priorem cautionem confirmare, *d. l. 3. sup. de postul.* Ergo multo magis secunda, eaque aperta confirmatio fidem priori cautioni astruet.

Præter has tres species cautionum narrantur ab Accursio etiam aliæ duæ, in quibus cessat exceptio non numeratæ pecuniæ, id est, in quibus is, qui confessus est, se accepisse pecuniam, confessioni suæ stare cogitur. Vna est, cum emtores † rerum fiscalium 11 pecuniam fisco soluerunt, & acceperunt a fisco solemnem cautionem. Hic verius est cessare exceptionem non numeratæ pecuniæ, idque magis colligi videtur *ex l. 2. circa fin. infr. de quad. præscript.* Et certe hæc species similis est iis cautionibus, quibus exactores fatentur se publicas collationes accepisse. Altera species est, cum † mulier fatetur, se pecuniam 12 accepisse ab aliquo, vt pro eo intercederet. Hic placuit, si mulier instrumento publice confecto adhibitis tribus testib. id confessa sit, eam omnimodo stare debere confessioni suæ, *l. antiq. sup. ad Velleian.* Hæc sententia per se vera est, sed exceptio huic loco nullo modo conuenit: nam mulier non est creditrix in hac specie, cum pecuniam accipiat; rursum non est debitrix ex caussa mutui, sed accipit pecuniam vt faciat.

Proinde hæc species satis continetur regula generali, *l. generaliter. supr.*

***

*Ad §. Super ceteris.*

*Super ceteris vero securitatibus, quæ super priuatis debitis a creditore conscribuntur, partim debiti sortis vel vsurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc fœneratitia cautione apud creditorem manente, soliditamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti fœneratitii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias, vel alias res, vel partem earum significantes: intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratæ pecuniæ posse obiici: vt, si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere.*

SVMMARIA.

1 *Creditor confitens pecuniam sibi a debitore solutam, vti potest exceptione non numeratæ pecuniæ, quibuscunque ex caussis pecunia sibi soluta sit.*

2 *Creditor confessus sibi stychum solutum, & eandem speciem accepisse, an vti possit confessione non numeratæ pecuniæ.*

3 *Creditori confitenti pecuniam sibi a debitore solutam, intra quantum tempus tribuatur exceptio non numeratæ pecuniæ?*

VT debitori confitenti, se pecuniam numeratam accepisse, exceptio tribuatur non numeratæ pecuniæ, de quo initio huius legis: sic † tribuitur hoc 1 loco creditori confitenti, sibi pecuniam a debitore solutam esse. Ratio æquitatis eandem exceptionem postulat. Nã & creditor, qui cupit pecuniã accipere, potest iure prærogare apochã debitori suo, & inuitare eum ad soluendum, simul vt ostendat se ei, vt viro bono, fidem habere. De hac exceptione itidem, vt de exceptione, quæ debitoribus tribuitur, Iustinianus hoc loco complectitur tria, quibus in caussis hæc exceptio creditori detur, intra quod tempus, & post id tempus, quam vim habeat cautio & confessio creditoris. De caussis aliud constituitur, quam in confessione debitoris. Nam debitori confitenti exceptio datur solum in contractu mutui. *h. l. in prin.* ceteris in contractibus confessioni suæ stare cogitur, *l. generaliter. sup.* At in cautione & confessione creditoris placet confitenti hanc exceptionem dari, quibuscunq; ex caussis pecunia illi soluta sit.

Differentiæ ratio non est admodum obscura: nam pecunia numerata cum datur, non solet dari, nisi ex mutuo, vbi commodum debitoris versatur. At pecunia solui ex omnibus caussis potest. Sic fit vt ex omnibus caussis dici possit, pecunia creditori non numerata. In rebus etiam obseruandum est, quod Iustin. ait, hanc exceptionem creditori dari, siue illi pecunia numerata soluta sit, siue alia res. Quæritur quomodo alias res accipere debeamus, vtrum etiam species, veluti, si † creditor confes- 2 sus fuerit, sibi stychum solutum esse; An etiam hic vtetur exceptione stychi non soluti. Dicendum est, etsi verba huius loci generalia sunt, de rebus aliis, tamen hic res alias intelligi debere, vt initio huius legis fecimus, vt intelligantur nec aliæ similes pecuniæ numeratæ, nempe eæ quæ pondere aut mensura consistunt, idque efficitur hoc argumento. Nam debitor si confessus sit, se

spe-

ſpeciem aliquam debere, quæ pondere, numero aut menſura non conſtat, cogitur ſtatim confeſſioni ſuæ ſtare, *l. generaliter. ſup.* & docuimus initio huius legis. Ergo multo magis creditor, eandem ſpeciem ſe accepiſſe confeſſus, confeſſioni ſuæ ſtare cogendus eſt, quia plus tribuitur debitoribus quam creditoribus, ſunt enim debitores fauorabiliores, *l. fauorabiliores, de regul. iur.* Quare ſi debitori de aliis rebus confitenti exceptio hæc non datur, multo minus creditori de iis rebus confitenti dabitur. Tribuitur † hæc exceptio creditori intra 30. dies tantum. Sed cur non ſimiliter intra biennium, vt debitori datur, cum vterque pecuniam habere velit? Reſpond. Quia ibi magis ſubueniendum eſt, vbi maius periculum eſt, *l. 1. §. ſed ſi quis. de Carb. edict.* At minus periculum eſt, ne creditor falſo confiteatur ſe accepiſſe, quam non acceperit: nam etſi pecunia indiget, & eam habere vult, tamen poteſt cogere debitorem vt ſoluat, neque neceſſe habet ad pecuniam accipiendam prærogare ei apocham. Veruntamen, quia creditores non contentioſi & humani, malunt eblandiri ſolutionem officio, quam iudicio contendere, ſolent debitoribus dicentibus, velle ſe pecuniam ſoluere, apocham prærogare, poſtea pecuniam accepturi. At debitor pecuniam a creditore accepturus, non poteſt pecuniam conſequi inuito creditore, niſi cautionem illi prærogauerit, & hoc officio creditorem inuitet, ad credendum, quoniam creditor pecuniam credere non cogebatur. Merito igitur in maiori periculo debitoris longius tempus ad exceptionem illi tributum eſt.

Sic autem creditori exceptio competit intra 30. dies, vt meminerimus intra hos dies fieri illi poteſtatem querendi, ſibi pecuniam ſolutam non eſſe. Quod ſi recte facit, efficit exceptionem perpetuam. *§. in omni. ead. l.* Poſt hoc tempus creditori præſtitutum, ſic creditor exceptionem amittit, vt omnimodo cautioni ſuæ ſtare cogatur, nec poſſit querelam mouere de pecunia ſibi non ſoluta, quod illi cum exceptione debitoris commune eſt, de quo initio huius legis.

### *Ad §. Illo.*

*Illo videlicet ſemper obſeruando: vt, in quibus non permittitur exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere vel ab initio vel poſt taxatum tempus elapſum, in his nec iuſiurandum offerre liceat.*

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum creditori debitoriue poſt lapſum temporis exceptioni non numeratæ pecuniæ præſtituti an admittatur.*
2 *Manifeſtæ turpitudinis eſt nec iurare velle, nec iuramnetum referre.*
3 *Iuriſiurandi recuſandi vna & certiſſima cauſſa.*
4 *Iuſiurandum litis conteſtatæ & iudicii vim habere.*
5 *Quibus ex cauſſis quis iudicium ſuſcipere non cogitur, ex iis cauſſis nec iurare cogendus eſt.*

EX iis, quæ ſupra ſcripta ſunt in hac lege, apparet, commune eſſe tam debitori quam creditori, vt poſt tempus præſtitutum exceptionis opponendæ vterque confeſſioni ſuæ ſtare debeat, nec poſſit dicere ſibi pecuniam non numeratam, quam numeratam confeſſus eſt. Hinc conſequens, quod traditur hic; vt neuter poſt tempus præſtitutum poſſit de pecunia numerata iuſiurandum aduerſario ſuo afferre. Finge poſt biennium, intra quod debitor queſtus non eſt eum ex cautione ſua conueniri, dixi eum ſoluere omnimodo compellendum eſſe. Quod † ſi iuſiurandum deferatur creditori, an non ſaltem hic cogendus eſt creditor iurare, ſe pecuniam numeraſſe? Æquiſſimum videtur, cum ea res ei non noceat, & cum fiat iudex & teſtis in ſua cauſſa, vt de iureiurando dicitur *in l. vltim. infr. de fid.* Placet non eſſe cogendum etiam iurare. Idemque dicimus in creditore, ſi poſt triginta dies vel aliud tempus præſtitutum vtatur exceptione pecuniæ ſibi non ſolutæ: quamuis enim iuſiurandum deferat reo, vt iuret pecuniam ſe ſoluiſſe, tamen nec ſic quidem reus iurare cogendus eſt. 1

Hic opponitur manifeſta æquitas, vt videtur, & ius commune, quo placuit, manifeſtæ † turpitudinis eſſe nec iurare velle, nec iuramentum referre. *l. manifeſtæ. de iur.* Reſpondeo. Ita manifeſtæ turpitudinis eſt, nolle iurare, & in totum ita quiſque iurare cogendus eſt, niſi iuſta de cauſſa recuſet iuſiurandum. Ceterum iuſta de cauſſa recuſari poteſt. *l. generaliter. §. ſin autem. ſupr. de iureiurando.* Inter ceteras autem cauſſas iuriſiurandi recuſandi † hæc vna certiſſima eſt, ſi is, cui iuſiurandum defertur, non rogatur de ea re iudicium ſuſcipere & litigare. Nam † iuſiurandũ litis conteſtatæ & iudicii vim habet, *l. qui iuraſſe. §. vltim. de iureiurand.* Et hinc regula certi iuris, vt † quibus ex cauſſis quis iudicium ſuſcipere non cogitur, ex iis cauſſis nec iurare cogendus ſit, *l. ſed etſi reſtituatur. §. quibus ex cauſſis. de iureiur.* 2 3 4 5

Ac ſupra conſtitutum eſt, cum debitor conuenitur poſt biennium, creditorem non eſſe cogendum iudicium ſuſcipere de pecunia non numerata, nec de ea re litigare cogendum. Ergo ſuperioris regulæ conſequens eſt, quod hic diligentius cauetur, vt nec de ea pecunia iuſiurandum ſuſcipere cogendus ſit.

Item conſtitutum eſt, cum creditor remouetur poſt triginta dies ex apocha ſua, debitorem de pecunia non ſoluta litigare non cogi, conſequens eſt igitur nec de ea reum cogendum iudicium ſuſcipere. Atque hic locus & ſuperior ratio euidenter demonſtrant verum eſſe quod docuimus *in l. ſi intra ſup.* poſt biennium ita debitorem literis obligari, vt omnimodo ſoluere cogatur, nec vlla eius probatio contraria recipiatur: nam ſi recipitur eius probatio, creditor de pecunia non numerata iudicium ſuſcipere cogitur ex hoc loco; Ergo nulla probatio debitoris oblata recipienda eſt.

### *Ad §. In omni. vlt.*

*In omni vero tempore, quod memoratæ exceptioni taxatum eſt, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus ſcripto miſſis querelam non numeratæ pecuniæ manifeſtare ei, qui numeraſſe eam, vel alias res dediſſe inſtrumento ſcriptus eſt: vel ſi abeſſe eum his locis, in quibus contractus factus eſt, contigerit, in hac quidem alma vrbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in prouinciis vero apud viros clariſſimos rectores earum, vel defenſores locorum eandem querelam manifeſtare, eoque modo perpetuam ſibi exceptionem efficere. ſed ſi præſens quidem ſit, qui pecunias numeraſſe, vel alias res dediſſe ſcriptus eſt, aliquam vero adminiſtrationem in hac alma vrbe vel in prouinciis gerat, vt difficile eſſe videatur denuntiationem ei mittere: licentiam damus ei, qui memorata exce-*

*ptione vti velit, alios iudices adire vel in hac alma vrbe, vel in prouinciis, & per eos ei manifestare, cui exceptionem huiusmodi obiicit, factam a se super non numerata pecunia querelam esse. Quod si in prouinciis vel non sit alius administrator ciuilis vel militaris, vel propter aliquam caussam difficile sit ei, qui memoratam querelam opponit, adire eum, & ea quæ dicta sunt, facere: Licentiam ei damus per virum reuerendissimum Episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare, & ita tempus statutum interrumpere. Quæ etiam in exceptione non numeratæ dotis locum habere certum est. Datum Kal. Iulii Constantinop. Dn. Iust. A. II. Cos.*

SVMMARIA.

1 *Testatio creditoris & debitoris de pecunia sibi non numerata, quam numeratam fassi erant, quam vim habeat.*
2 *Testationem hanc qualem esse oporteat, vt exceptionem perpetuam efficiat.*
3 *Denuntiatio pecuniæ non numeratæ quomodo significari debeat ei, qui dicitur non numerasse.*
4 *Denuntiationis significandæ modus: & an in ea requiratur scriptum.*

COMMVNE est hoc debitori & creditori, vt intra tempus exceptioni præstitutum non solum exceptione vti possint, sed vt vltro queri & testari possint, sibi pecuniam non numeratam, quam numeratam
1 tam fassi sunt. Quæ † testatio si interposita erit, hanc vim habet, vt deinceps perpetua efficiatur exceptio, quæ prius erat temporalis, vt significatur hic in versu secundo, & expresse *in l. si intra. supr.* Sed testationem hanc solemnem esse oportet, id est, in ea seruari ea, quæ ius præscribat, vt in testando iuri pareatur, vt scriptum est *in l. cum vltra. sup.* Id autem comprehensum est hoc loco, vsque ad finem legis, & *in Auth. hanc autem seq.*

2 Sententia autem hæc est: Testationem † hanc eiusmodi esse debere, vt eius qui dicit sibi pecuniam non numeratam denuntiatio debeat innotescere ei, qui numerasse scriptus est, præterea vt debeat innotescere scripto ad eum transmisso, non verbis tantum, quæ duo comprehensa sunt *in Authent. sequen.* in exceptionibus quidem dotis non numeratæ, sed ita vt nihilominus ad ceteras caussas vtrumque pertineat, *vt declaratur in hoc §. vlt.*

3 Primo volumus hanc † denuntiationem pecuniæ non numeratæ significari ei, qui dicitur non numerasse, quomodo ei innotescat & significetur, hoc §. cautum est diligentius ad hanc summam. Præsenti recte denuntiari potest. Si aduersarius vel abest, vel ita præsens est, vt facile adiri non possit, propter potestatem & imperium quod gerit, licet denuntiationem exponere iudici ordinario, & dare operam, vt per eum iudicem denuntiatio significetur aduersario. Si iudicis ordinarii in illis locis copia non est, aut etiam deterretur is, qui denuntiat eum adire, propter iustas caussas, fit ei potestas adeundi Episcopum, per quem etiam denuntiatio aduersario significetur. Quod dictum est de episcopis iis, qui politica tractant cum iurisdictione, & suos publicos ministros habent, ad imperia exsequenda, quales maxima ex parte fuerunt temporibus Iustiniani, quibus Episcoporum auctoritas in immensum excreuerat. Quod si qui sint Episcopi vere Episcopi, qui iuxta verbum Dei non implicentur secularibus, nec satellitium more Regum & Principum habeant, iis imponere istam necessitatem denuntiationis ad alium transmittendæ, valde ab eorum persona & munere alienum est.

Modus † significandæ denuntiationis in eo est, vt 4
qui denuntiat, scripto complectatur denuntiationem pecuniæ sibi non numeratæ, & eam tradat aduersario, vt comprehensum est *in hoc §. in princ.* Sed videtur in hanc rem scriptum inepte exigi, & contra formam iuris, quia dummodo debitor præsentibus testibus denuntiat creditori, sibi pecuniam non numeratam, superuacuum est aliud scriptum exhibere, & ius prohibet scriptum exigi, quoniam non est minor fides & auctoritas testium, quam instrumentorum. Respondeo: Hæc vere dicerentur, si hic exigeretur scriptum probationis caussa. Nam denuntiatio satis probaretur adhibitis testibus. Nunc autem scriptum ideo exigitur, vt caueatur creditori, nempe vt possit secum deliberare diligentius, quid sibi denuntietur, & non possit caussari, se non satis percepisse, quod debitor dicebat. Sed videtur etiam in huiusmodi denuntiationibus repudiari scriptura, vbi testes interuenerint; id fit *in l. vltim. supr. de negot. gest.* vbi licet domino negotiorum denuntiare negotiorum gestori, vt abstineat se a rei suæ administratione, placetque eius denuntiationis hanc vim esse, vt dominus in posterum non teneatur, etiamsi denuntiatio sine vllo scripto processerit. Rursum contrarium hic non tantum exigitur, sed etiam *in l. 2. infra de annal. exc.* Hæc ita recte conciliantur, si denuntiatio spectat ad ius nostrum solum retinendum, nec quicquam aduersario adimitur, quæuis denuntiatio sufficit, siue testibus adhibitis fiat, siue scripto, vt contingit in eo domino, qui non vult alteri administratori teneri, *in l. vltim. supr. de negot. gest.* Diuersum est, si denuntiatio spectat ad aliquid nobis acquirendum aduersus alium, & ita ad alterius ius dirimendum, vt accidit & hic & *in dicta l. 2. infr. de annal. except.* vbi is, qui exceptionem tantum temporalem habebat iure constitutam, vult consequi denuntiatione sua, vt habeat perpetuam. Non est æquum illi permitti ius adimere aduersario, nisi recte admonito, quod fit scriptura.

*Ad L. penult. Si cui, &c.*

Imp. Iustinianus A. Mennæ PP.

*Si cui non numeratæ pecuniæ competere possit exceptio: etiam eo supersedente tali auxilio vti, vel præsente, vel absente, creditores eius (siue ipsi conueniantur, vt potiores eius detinentes ab his, qui debita eius exigunt, cui competit huiusmodi exceptio, vel dotis vel alterius caussæ nomine: siue contra alios possidentes aliquam actionem ipsi moueant) possint in examinando negotio suis aduersariis eandem non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: nec eo prohibeantur, quod principalis debitor ea nunquam vsus sit: ita tamen vt neque principali debitori, neque fideiussori eius aliquod præiudicium generetur, si is, qui eam exceptionem opposuerit, victus fuerit: sed possint illi postea si conueniantur intra statuta scilicet tempora eadem se exceptione tueri.*

SVMMARIA.

1 *Creditor secundus, qui propter obligationem debitoris conuenitur a priore creditore, an possit eadem exceptione vti, qua debitor vteretur.*

2 *Cre-*

2 *Creditori secundo an exceptio non numeratæ pecuniæ ex persona debitoris competat, non solum consentiente debitore, sed etiam absente, aut præsente & inuito.*

3 *Sententia lata, debitorem primo creditori debere, an debitori, aut fideiussoribus eius noceat.*

QVI ex parte debitoris, propter eius obligationem conueniri possunt, iis omnibus exceptio non numeratæ pecuniæ competit, quæ & debitori competeret. In hoc numero sunt citra controuersiã omnes accessiones principalis debitoris, vt fideiussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, de quibus traditur *in l. tam mandatori.* ꝟ. Sed sunt etiã in hoc numero, de quib. maior dubitatio est, etiam creditores debitoris, quib. a debitore res eius pignori obligatæ sunt. Quod contingit in hac specie, si debitor duobus creditorib. res suas pignori obligarit, diuersis temporibus & posterior a priore cõueniatur. Nã si debitori exceptio nõ numeratæ pecuniæ competeret aduersus creditorẽ, eadem exceptio aduersus priorem creditorem posteriori dabitur, quod hac l. cautum est.

Propone ita: Debitor scripsit, se a primo 10. mutua accepisse, spe futuræ numerationis, & in eam rem illi omnia bona sua pignori obligauit, habet hic debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ aduersus creditorem hunc intra biennium. Idem debitor paulo post ab alio secundo creditore 10. mutua reuera accepit, & ei rursum bona sua obligauit. Conuenitur posterior creditor a primo hypothecaria actione, & si vere illi hypotheca data est, necesse est illum iure esse potiorem, quia tempore prior est. *l. 2. §. ꝟ. qui pot. in pig.* Sed posterior creditor priorem hoc modo remouet, quod dicat, priori non potuisse res debitoris obligatas esse, sine principali obligatione. *l. res hypothecariæ, de pign.* Nullam autem hic principalem obligationem subesse, quia obligatio remoueatur exceptione non numeratæ pecuniæ, quam in hac specie debitor habuit, & nunc habet. Nihil enim interest, vtrum quid non debeatur, an per exceptionem remoueatur. *l. nihil interest. de reg. iur.* Hic refert prior creditor, exceptionem non numeratæ pecuniæ competere debitori, & debitorem ea vti posse; sed creditorem posteriorem non item vti posse, non ex persona sua, quia debitor non est; non ex persona debitoris, quia debitor hanc exceptionem in illum non transtulit.

1 Quæstio, an secundus † creditor, qui propter obligationem debitoris conuenitur a priore creditore, possit eadem exceptione vti, qua debitor vteretur? Mouet quæstionem, quod hanc exceptionem legimus dari accessionibus, *l. tam mandatori.* ꝟ. Sed hic creditor accessio non est, non est enim debitor eiusdem obligationis, sed creditor, præterea hanc exceptionem cessam a debitore non accipit. Quo iure igitur re aliena vtatur, sine domini voluntate? Hic constituitur etiam posteriorem creditorem aduersus primum hypothecas vindicantem, eadem exceptione vti posse. Hæc ratio est, quia reuera posterior hic creditor cõuenitur ex persona debitoris, & propter debitoris obligationem. Nam nisi is debitor vere obligatus sit primo creditori, non consistit primi creditoris intentio in pignore. Igitur primus pignus vindicat, quia dicit debitorem fuisse sibi obligatum, & in eam obligationem sibi pignus datum. Non debet ex obligatione debitoris teneri, vltra quam contineatur ex obligatione: At obligatio debitoris aduersus primum creditorem eiusmodi est, vt exceptione non numeratæ pecuniæ infirmetur, proinde ac recte creditori eandem conditionem obligationis seruabimus, dabimusq; ei eandem exceptionem.

Nihil ad rem pertinet, quod hæc exceptio primũ quæsita est debitori, nec a debitore cessa est creditori posteriori: nam hæc exceptio est nõ personæ, sed rei, & caussæ cohærens, vt ostendimus *ad l. tam mãdatori.* ꝟ. cui consequens est, vt ad quoscunq; caussa eadem, id est, eadem principalis obligatio pertinebit, ad eos quoq; omnes transeat eadem exceptio. Idẽ iuris erit in eodẽ exemplo, si secundus creditor pignus vindicet a primo isto creditore. Nã si primus creditor vtetur exceptione cautionis, qua debitor scripsit, se illi debere 10. & sua bona se illi obligasse: secundus creditor vtetur replicatione non numeratæ pecuniæ, id est, dicet, non numerasti pecuniam debitori, & ideo tibi pignus teneri eo nomine non potuit.

Hoc constituto amplius quæsitum est, *an huic creditori † secundo exceptio non numeratæ pecuniæ ex persona debitoris competat, non solum consentiente debitore, sed etiam absente, aut præsente & inuito?* Et hic amplius constituitur, hanc exceptionem secundo creditori competere etiam debitore inuito. Idem placuit in omnibus esse exceptionibus, quę ex persona debitoris accessionibus dantur. Placuit enim eas dari etiã reo inuito, *l. omnes except. de except. l. ex persona. de fideic.* Sed quomodo inuito debitore competere alteri potest, ꝙ ex persona eius competit? Respond. Optime, quia etsi hæ exceptiones ex persona debitoris competunt, non tamen ex voluntate eius competunt, sed iure. Exceptionem aliis iure quæsitam, debitor suo facto adimere non potest. *l. vlt. de pact.* 2

Deinde quæsitum est: *Quid † si in hac lite posterior creditor victus est a priore creditore, id est, pronuntiatũ sit, debitorem primo creditori debere, nec habere exceptionem non numeratæ pecuniæ, & ideo primum creditorem in pignore esse potiorem?* Cauet Iustinianus hanc sentẽtiam neq; debitori, neq; fideiussoribus eius nocere, vt intelligamus, quemadmodum debitoris factũ secundo creditori nocere, & adimere exceptionem non potest, sic nec factum creditoris in hac exceptione opponenda, nocere debitori, aut vllis aliis. Ius scriptum ex regulis iuris: *Res inter alios actas, aliis non præiudicare*, cum iis, quibus nocere volumus, eos qui ante iudicari sunt, prohibere non potuerunt, quo minus agerent, vt hic accidit. *l. sæpe. in princ. & verſ. cum autem. de re iudicat.* 3

*Ad L. Indubitati, vlt.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni PP.

*Indubitati iuris est, non numeratæ pecuniæ exceptionem locum habere & in talibus nominibus, vel fœneratitiis, vel aliis cautionibus, quæ etiam sacramenti habent mentionem. Quæ enim differentia est in huiusmodi exceptione, siue iusiurandum positum est, siue non, tam in fœneratitiis cautionibus quam in aliis instrumentis, quæ talem exceptionem recipiunt.*

SVMMARIA.

1 *Exceptio pecuniæ non numeratæ an competat debitori etiam tum, cum iurauerit se accepisse.*

2 *Debitori iureiurando affirmanti se pecuniam accepisse non competit exceptio non num. pecu. Ratio ib.*

3 *Turpitudinem suam allegans non est audiendus.*

4 *Verbum reddendi pertinet ad ea, quæ accepta sunt.*

5 *Iurans se iudicio sisturum nõ peierat si iusta ex caussa aliqua exceptione vtatur.*

QVI scripsit se pecuniam accepisse, exceptionem habet pecuniæ non numeratæ, vbi scripsit sine iureiurando. *l.3. l.si intra. l.in contractibus. supra eodem.* Idem placuit hoc rescripto, & si quis scripserit, mentione facta Senatusconsulti, id est, adiecto iureiurando. Duobus modis iusiurandum adiicitur, primo modo, vt debitor iuret se accepisse; altero modo, vt simpliciter se accepisse dicat, sed iuret se redditurum.

1 Quæritur † ex verbis huius rescripti, *an quocunque modo ex his debitor iurauerit, exceptio ei non numeratæ pecuniæ competat?* Verba exceptionem admittere videntur in vtroque casu, quia nihil distinguitur, cui affirmationi iusiurandum hoc hic adiicitur. Sed verius est, non competere exceptionem non numera-
2 tæ pecuniæ ei, qui † iureiurando affirmauit, se pecuniam accepisse, quia qui hac exceptione vtitur pecuniæ non numeratæ, is de periurio suo aperte confite-
3 tur. Non † est audiendus, qui turpitudinem suam allegat. *l.merca. sup. de condi. ob turp. caussam.* Non est etiam exceptio cuique tribuenda, *argum. l.transact. finita. sup. de transact.*

Restat igitur, vt hanc legem sic intelligamus, vt competat exceptio non numeratæ pecuniæ ei, qui cum scripsisset, se pecuniam accepisse, adiecit promissionem cum iureiurando fore, vt eam pecuniam remitteret. Sed cur hoc casu potius exceptio iurisiurandi datur? Respondeo: Quia non datur aduersus iusiurandum, nec peierat, qui in hac specie hac exceptione vtitur. Nam in hac promissione: *Iuro me eam pecuniam redditurum*, inest ex verbis conditio, *si ac-
4 cepero.* Nam † verbum *reddendi* pertinet ad ea, quæ accepta sunt ante, cum proprietatem verbi sequi volumus, vt semper in re dubia & aduersus dubitationem fieri oportet. *l.non aliter. de legat.3. l.1. §.in rem. de exerc. act.*

Huc pertinet, quod dicitur *in l. vltim. qui satisdar.
5 cogant.* eum † qui iurauit se iudicio stiturum non peierare, si ex iusta aliqua caussa exceptione vtatur, scilicet quia in ea promissione inest hæc conditio, *vt debitor sistat, si possit.* Nam impossibilia præstare non potest. Atque hoc loco notabimus exceptionem, quam in exceptione non numeratæ pecuniæ teneamus, vt scilicet qui scripsit se aliquid accepisse, non habeat exceptionem, si iureiurando affirmauit. Diuersum est, si iureiurando promisit se redditurum.

## AD TITVLVM XXXI. COD. De Compensationibus.

SVMMARIA.

1 *Compensatio est debiti & crediti in vnum contributio.*

2 *Contribuere debitum & creditum, est ita permiscere vtrumque, vt confundantur.*

COMPENSATIO est species quædam solutionis, *l. 4. infr.* Itaque hæc species inter genera liberationum numerari debet. At quamobrem hoc loco collocetur hæc tractatio, nulla ratio probabilis dari potest. Ius de compensatione in summa ita habet. Qui quid debet, ea re soluta ita liberatur, *Instit. quibus modis toll. obligat. in prin.* Idem est, si ei debitori quid inuicem debeatur, & id velit compensare cum eo, quod debet, hac compensatione consequitur, vt tanquam solutione liberetur, idque ipso iure. *l.4. hoc titul.* vbi definitio iuris plenius traditur & explicatur. Compensatio est † debiti & crediti in vnum contri- 1
butio. *l.1. ff. eod.* Contribuere † debitum & creditum, 2
est ita permiscere vtrumque, vt confundantur. Nam confusio & contributio promiscue vsurpantur iuris auctoribus, vt passim *in l. quod ratione. §. quod vulgo. circa prin. & §. si filio. circa fin. §. quæsitum. ad l. Falcid.* Hæc contributio & hæc confusio huic loco optime congruit. Nam hæc confusio facit vt debito & credito confusis vtrumque tollatur. Vis hæc est confusæ obligationis. *l. debitori. §. de pact.*

*Ad L.1. Et Senatus.*

Imp. Antoninus A. Dianensi.

*Et Senatus censuit, & sæpe rescriptum est, compensationi in caussa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quæ petit. Atque hoc iuris propter confusionem diuersorum officiorum tenaciter seruandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cuius mentionem fecisti, deberi constiterit: quamprimum recipies.*

SVMMARIA.

1 *Compensatio non tantum aduersus priuatum creditorem, sed etiam fiscum ipsum admittitur. Quod tamen restringitur ita, si modo debeatur ab ea statione, quæ petit. & nu. 5. Et ratio diuersitatis.*

2 *Stationes dicuntur loca, vbi statur & consistitur ad res fisci administrandas.*

3 *Statio etiam dicitur munus ipsum administrandum & actus.*

4 *Statio quoque dicuntur personæ, quæ hanc stationem obtinent.*

5 *Compẽsatio an admittatur in duobus tutoribus, quorum officia diuisa sunt.*

6 *An quoque in diuersis officiis fiscalibus diuisis.*

7 *Debitori fiscali, cui volenti compensare, quod ei inuicem a fisco debetur, licet debeatur ab alia statione, non licet, an fiat iniuria.*

QVI quid debet, creditorem suum submouet, si inuicem debitori debeatur, & debitor compensare velit, quod sibi debetur, *l.2. ff. eod.* Non admittitur † solum hæc compensatio aduersus priuatum 1
creditorem, sed etiam aduersus fiscum ipsum, *l. idem, ff. eod.* Sed hoc in fisco accipiendum est, cum ea exceptione, quæ hoc rescripto traditur, vt scilicet debitor fisci conuentus possit compensare, quod sibi a fisco debeatur, si modo debeatur ab ea statione, quæ petit: quod ab alia statione debetur, in compensationem vocari non potest, sed solum ab ea statione exigitur, a qua debetur. Hocius eiusmodi est: Fiscus in singulis territoriis habet ea, quæ ad fiscũ pertinẽt, vt vectigalia, tributa, quæ illic exiguntur. Res fisci proprie, quæ administrari debent & vendi, vbi res postulat. Ea res facit, vt necesse sit, ad res ad fiscum pertinentes recte administrandas, præfici singulis territoriis, opportunis in locis, homines idoneos, ꝑ quos eæ res curentur & administrentur. Ea loca dicuntur stationes, † vbi videlicet & statur & consistitur ad res 2
administrandas: etiam † munus ipsum administran- 3
dum & actus, dicitur statio: immo etiam significantur hoc verbo personæ † ipsæ, quæ hanc stationem 4
obtinent, *vt in hoc rescripto, & l. 1. infr. ne fiscus rem quam vendid.* figura nominis vsitata, vt cum minister dicitur pro ministerio, *l. 1. §. in publicum. de fu-*

*de fugitiuis.* officium pro officialibus magistratibus, *l. cum sententiam, infr. de sent. & interl. omnium iud.* *§. antepen. D. de euict.* Hinc quæ hoc loco dicitur statio, alibi aperte & sine figura dicitur Stationarius, vt *in l. vniuersi, infr. de vectigal.*

Ex facto igitur ita quæsitum est. Quidam cum statione fiscali huius territorii, ita contraxit, vt conduceret portorium aliquod huius territorii, quo nomine mercedem fisco & huic stationi debebat Idem stationi fiscali proximi territorii, eidem principi subiecti, mutuam pecuniam dederat ad eandem quantitatem, aut etiam maiorem, quam debebat hoc loco. Conuenitur a statione huius loci: desiderat compensare, quæ sibi a vicina statione fisci debentur. Quæritur an admittenda sit hæc compensatio? Ius videtur hanc compensationem admittere. Nam debitor fisci compensare potest, quod sibi fiscus debet, dummodo nõ compenset in iis caussis, quæ exceptæ sunt, de quibus *in l. 3. infr. hoc tit.* Id ius est multis locis traditum, *d. l. idem, D. eod. l. aufertur, §. qui compensationem, de iure fisci.* At in proposito debitor a fisco conuenitur & compensare vult, quod sibi fiscus idem debet, nam quod a vicina statione debetur ab eadem fisco debetur.

Respondeo, quod ab alia statione debetur, quam ab ea, quæ petit, compensari non posse. Hæc videntur repugnantia. nam debitor compensare potest, quod debetur ab ea statione quæ petit, quia vicissim a fisco debetur, cur non igitur compensare potest, quod debetur ab alia statione, cum pariter a fisco debeatur? Non sunt hæc contraria. Differentiæ ratio explicatur hoc rescripto. Constitutum id est propter confusionem officiorum, id est, non vt incidat aliqua confusio officiorum, sed vt vitetur ea confusio, vt Accursius bene interpretatur. Vitandæ huius confusionis duæ sunt caussæ. Prima, quia hæc confusio nocet stationibus & officiariis. & est contra administrationem officiorum. Nam si statio huius loci cogitur admittere compensationem eorum, quæ alii stationi debentur, cogetur in ea inquirere, quæ alia statio gerit, & videre, quæ recte gesta sint, & an debeantur ab illa, quæ dicuntur esse debita. Ita oneratur hæc statio vltra quam administrationi proposita est. Deinde ex hac confusione creatur manifestum periculum fisco. Nam si compensatio admittitur aduersus stationem huius loci, fieri potest, vt altera statio, q̃ debet ignoret, aut eius stationis successores, in qua ignorantia facile erit debitori, quæ hic compensationem obiicit, iterũ exigere debitum suum ab ea statione, a qua debebatur. Ex quo manifestum est periculum fisci, quia fieri potest, vt postea nõ possit exigere solutum, aut si velit petere, debitor nõ sit soluendo.

5 Hoc loco opponitur, *lex inter tutores, D. de administr. tutor.* vbi † sub personis duorũ tutorum, quorum officia diuisa sunt, contrarium respondetur de compensatione, & confusio officiorum, de qua hic dicitur, illic contemnitur. Sic autem loci exemplum est. Duo sunt pupillo tutores dati, inter eos postea tutela diuisa est a magistratu; quo facilius pecunia per eos administratur, & primus præfectus est rebus Italicis, alter prouinciæ. Quidam debuit tutori rerum Italicarum 100, sed vicissim a tutore rerum prouinciæ ei 100 debebantur. Conuenitur debitor a tutore Italicarum: compensare vult, quod sibi a tutore prouinciæ debetur, id est, quod debetur ab alia statione, & ab alio officio. Placet admittendã esse æquitatem compensationis. Respondeo, non sunt hæc contraria. Diuersum est enim in tutela, inter tutores diuisa, quam in diuisis fisci administratoribus. Differentiæ ratio tacite exposita est in *d. l. inter tutores.* Est autem hæc ratio Papiniani, cur debeat admitti cõpensatio eius, quod a tutore prouinciæ debetur, quia debetur ab eodem pupillo, non autem a tutore. Itaq; quamuis diuersi tutores sint, tamen idem est pupillus, cui debetur, & qui inuicem debet.

Nõ obstat diuisio tutelæ inter tutores, de qua præcipue Papin. respondet, quia inquit, hæc diuisio iurisdictionis est non iuris, id est, tutela diuiditur inter tutores iurisdictione, id est officio magistratus, non autem diuiditur iure, quia nihilominus singuli in solidum sunt tutores iure, vsq; adeo, vt qui omnino tutelam non administrat, nihilominus sit honorarius tutor, & inspectionẽ habeat rerum, quæ ab aliis geruntur, & si suspectos non facit, cum tutela male ab eis administraretur, periculum tutoris sustinet, *l. 3. §. 1. de admin. tut.* Et ideo inquit Papin. Ea diuisio quæ non est iuris, modũ administrationi facit, id est, non diuidit tutelam, sed tantum administrationem tutelæ, ipsa tutela, seu ipso tutelæ periculo integro manente. Subiicit: *Hæc diuisio est tãtum inter ipsos tutores & pupillum, quo scilicet res facilius inter ipsos gerãtur & componantur, quia iuxta prouerbiũ: Multitudo Cariam perdidit, quod ad omnes administratores recte pertinet.* Subiicit: *Et ideo nec ea diuisio, cum pupillo experiri volentibus, obstare debet. Qui compensationẽ obiicit, ex eo quod sibi debetur, a tutore prouinciæ experitur, & agit non aduersus tutorẽ prouinciæ, sed cum pupillo ipso, quia pupillus est a quo pecunia debetur, nõ tutor prouincialis.* Hæc ratio Papiniani exposita ostẽdit, cur † diuersum statutum sit in diuersis officiis fiscalibus diuisis. Nam etsi quod ab alia statione debetur, intelligitur semper deberi ab eodem fisco, tamen cum officia ab initio in administratione fisci distinguuntur, iure distinguuntur non iurisdictione, quia ab initio non plus singuli capiunt, quã in eo territorio, cui sunt præpositi, vt recte dici possit, diuisionẽ istorum officiorum, modum ipsis officiis facere, nõ ipsorum officiorum administrationem, vt Papin. loquitur. 6

Quid ergo † an non sit iniuria debitori fiscali, cui non licet cõpensare, ꝙ ei inuicem a fisco debetur, licet debeatur ab alia statione? Subiicitur in extremo rescripti, nullã ei fieri iniuriã, quia potest exigere ab alia statione, ꝙ sibi debetur ab ea, & si deberi constiterit, statim cõsequetur. Inter mhoc monet, si debitor fisci velit compẽsare quod sibi debetur ab ea statione quæ petit, cõpensationi locum esse. Hæc pars rursum sic intelligenda est, nisi in caussis quibusdam exceptionem habeat, quæ comprehensæ sunt, *in l. 3. infr. hoc tit.* 7

*Ad L. 2. Ex caussa.*

Imp. Antoninus A. Asclepiadæ.

*Ex caussa quidem iudicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati conuenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.*

SVMMARIA.

1 *Debitor condemnatus an quod ex caussa iudicati soluit, ei debeatur.*

2 *Solutum ex caussa iudicati repeti non potest.*

3 *Debitor condemnatus si nondum ex caussa iudicati soluit, & ex ea caussa iudicati conueniatur, an actioni iudicati possit compensationem alterius rei sibi ab eodem creditore debitæ opponere, & nu. 6.*
4 *Compensatio an per exceptionem opponatur.*
5 *Exceptiones omnes opponi debent ante sententiam, & rem iudicatam.*

Debitor a creditore conuentus & damnatus est. Post rem iudicatã duo quæsita sunt ab hoc condemnato. Primo, si is conueniatur postea ab eodem creditore ex alia caussa, & debitor ante iudicatum fecerit, an possit compensare aduersus creditorem, quod ante ex caussa iudicati soluit, eo quod diceret, se iudicatum soluisse. Placet eum non posse.
1 Quæstio in eo est, an quod † debitor condemnatus ex caussa iudicati soluit, ei debeatur. Non potest autem ei aliter deberi, quam si indebitum ex caussa iudicati solutum repetere possit. Ob hanc caussam declaratur, initio huius rescripti, quod debitor ex caussa iudicati soluit, ei nullo modo deberi. Non potest enim tanquam indebitum solutum repetere. Quod
2 ex † caussa iudicati solutum est, repeti non posse certum est, *l. 1. supr. de condict. indeb.* Hæc ratio est: Quia qui ex hac caussa soluit, debitum soluit, vt hic significatur. Debetur enim ex caussa iudicati & in eam caussam est actio iudicati, *l. miles, §. vlt. de re iud.* Hæc actio ex contractu est, quoniam iudicium accipiendo contrahitur itidem vt stipulatione, *l. 3. § idem scribit, de pecul.*

3 Alterum quæritur, si hic † debitor condemnatus nondum ex caussa iudicati soluit, & ex ea caussa iudicati conueniatur, an actioni iudicati opponere possit compensationem alterius rei sibi ab eodem creditore debitæ? Et placet posse. Quæ pars obscurior est, ac videtur actioni iudicati, compensationem opponi non posse. Nam compensatio † per exceptio-
4 nem opponitur, si vera est sententia vulgaris *in l. 4. infr. hoc tit.* vbi plenius dicetur. Porro exceptiones
5 omnes, † quamuis peremtoriæ opponi debent ante sententiam & rem iudicatam, postea frustra opponuntur, *l. præscriptionem, l. siquidem, infr. de exceptio.* Proinde exceptio compensationis post rem iudicatam, actioni iudicati opponi non potest.

6 Hic duplex † responsio est idonea. Primum negandum est compensationem obiici tantum creditori per exceptionem: Nam iure ipso eum liberat, vti etiam solutio, *l. 4. hoc tit.* Proinde vt solutio, ita & compensatio omni tempore, omni actioni opponi potest. Altera responsio est non minus idonea: Nam etsi fateremur compẽsationem liberare debitorem tantum per exceptionem, tamẽ idcirco post rem iudicatam opponi creditori potest, quia intelligitur noua esse exceptio actionis præsentis, non actionis eius, de qua iudicio actum est, propterea quod compensatio ei solum actioni nocet, cui ex voluntate debitoris destinatur, *l. verum, l. quod Labeo. D. eod.*

*Ad L. 3. In ea.*

Imp. Alexander A. Capitoni.

*In ea, quæ Reipublicæ te debere fateris, compensari ea, quæ inuicem ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea renotio est, iubebit: si neque ex Kalendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque eius qui statutis sumtibus seruit, neque fideicommissi ciuitatis debitor sis.*

SVMMARIA.

1 *Reipublicæ nomine simpliciter lectæ hic intelligitur Romana.*
2 *Ciuitates priuatorum locum habentur.*
3 *Reipublicæ appellatione hic qualibet ciuitas significatur.*
4 *Compensatio in quibus caussis aduersus rempublicam cesset, & nu. seqq. recensentur septem.*
5 *Calendarium iuris auctoribus quid & vnde dictum.*
6 *Debitor ex calendario quis sit.*
7 *Vectigal quid & vnde dictum.*
8 *Compensatio cessat in omnibus rebus a fisco emtis, vbi pretium rei emtæ petitur.*
9 *Annona dicitur omnis res ad victum pertinens.*
10 *Tributum quid.*
11 *Debitor alimentorum ciuitatis quis dicatur.*
12 *Compensatio cur cesset in debitore fideicommissi ciuitati relicti.*

Debitores fisci cõpensare possunt, quod inuicem fiscus eis debet, præterquã certis in caussis, quæ commemorantur, *in l. aufertur, §. qui compensare. D. de iur. fisci*, quod ius illic fisco tributum est, idem tribuitur hoc loco Reipub. & ciuitati. Rempublicam cum simpliciter † legimus, placet intelligi Rempub. 1
Romanam, per excellentiam, *l. eum qui vectigal. l. inter, de verb. sign.* Itaque si in hoc rescripto non intelligeremus quid lex sentiret Reipub. verbo, acciperemus Rempub. Romanam, id est, fiscum publicum, & multo magis fiscum Principis, vt esset huius loci eadem sententia, quæ *in dict. §. qui compensat. leg. aufertur, de iure fisci.* Neque hoc priuilegium transferemus ad ciuitates † reliquas, quæ priuatorum loco es- 2
se dicuntur, *in d. l. eum qui vectigal. de verb. sign.* Sed apparet ex verbis rescripti Reipublicæ † appellatio- 3
ne hic significari quamlibet ciuitatem: Nam qui initio dicitur, *Reipub. debitor*, is in fine dicitur, *debitor ciuitatis.* Scimus autem κατὰ χρηστικῶς reliquas ciuitates etiam respublicas appellari in vsu iuris, *l. 5. infr. de seru. fugit. l. si in aliam, de offic. procons.*

Caussæ, † in quib. aduersus Rempub. cessat com- 4
pensatio, hoc loco comprehensæ sunt hæ septem. Primo, si quis sit debitor ciuitatis ex Calendario, id est, si mutuam pecuniam fœnori a ciuitate acceperit, continens hic positum est pro contento. Nam Calendarium † iuris auctorib. erat liber rationum, 5
in quem fœneratitiæ pecuniæ referebantur, *l. qui filium, de legat. 3. l. Stycho, §. serui, vers. item quæro an eo, de stat. lib.* Dictum est ex eo, quod veteres mutuas pecunias & vsuras pecuniæ in singulas Calendas stipulari solebant, vt fit in exemplo, *l. lecta, si cert. petat. l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus, de verb. oblig.* Igitur † ex 6
Calendario debitor est, qui debitor est ex fœneratitia pecunia in Calendarium relata. Hoc priuilegium tribuitur pecuniæ publicæ, quia in pecunia publica sunt nerui ciuitatis ad res gerendas.

Secunda caussa est si quis debitor sit ex vectigalibus. Vectigal † est quod præstatur nomine mercium, 7
quæ inuehuntur aut reuehuntur, inde nomen vectigalis a vehendo, *l. vniuersi, infr. de vectig. & com. l. inter. de verb. signific.* Vectigalia in primis ad vsum rei bellicæ Rerumpub. penduntur Reipub. Hinc priuilegium in caussa vectigalis. Tertia caussa est, si quis debitor sit ex pecunia frumenti, vel olei publice emti. nam hæc sententia per se vera est, si fiscus pretium rei a se venditæ petat, compensationem in hac caus-

sa oppo-

sco opponi nō posse, *l. aufertur, §. qui compensat. de iur. fisci*. Sed hæc interpretatio minus commoda est, nam neque verbis conuenit, neq; rei de qua agitur, quod ad verba attinet, pecunia non significat pretium, sed ex omnibus caussis pecunia dari potest. Deinde & hoc loco dicitur, non posse compensationem opponi fisco, si quis debitor sit ex pretio frumenti & olei
8 publice emti. Non satis dicitur: Nam † non tantum cessat compensatio, vbi frumentum vel oleum emtum est, sed in omnibus rebus a fisco emtis, vbi pretium rei emtæ petitur. *l. si ex vendit. infr. d. l. aufertur, §. qui compensat. de iure fisci.*

Melius est igitur, vt hæc verba sic interpretemur: *si quis sit debitor ex pecunia frumenti vel olei publici*, id est, pecunia, quæ eo nomine debetur. Et in summa, si quis sit debitor ex pecunia frumenti, vel olei publici, id est pecunia, quæ eo nomine debetur, & in summa si qs debitor sit ex pecunia annonę. Nam
9 frumētum & oleum annona est, & generaliter † annona dicitur omnis res ad victum pertinens, *leg. prima, & leg. vltim. ad legem Iuliam, de annona.* Constat autem fisco compensationem opponi non posse in caussa annonaria, id est, vbi quis ob annonam publicam administratam tenetur fisco, siue male administrauit, siue pecunia ex ea re desit, vt est comprehensum, *in dict. leg. aufert, §. qui compensat. de iure fisci.*

Quarta caussa est, si quis debitor sit ex pecunia tributorum, & simpliciter debitor sit tributorum. Tri-
10 butum † est modica pecunia, quæ a ciuibus publice tribuitur pro modo census, cuiusque rei, *definit Varro libr. 4. de legibus circa fin.* a qua definitione non est aliena Pomponii definitio *in l. ager. de verbor. signific.* Constat & caussam annonæ & tributorum, quemadmodum & vectigalium maxime ad summam Reipub. pertinere. Vnde & hæc in eadem caussa cum supra scriptis habentur.

Quinta caussa est, si quis debitor sit alimentorum ciuitatis. Nam verbum *Ciuitatis*, quod in extremo
11 est, hic coniungi debet. Debitor † alimentorum ciuitatis hic dicitur, qui debitor est eius pecuniæ, quæ redigitur in alimenta ciuitatis, id est, non quæ ciuitati præstantur, sed quæ ciuitas publice præstat vt pauperibus, Ptochotrophis, Xenodochiis, Nosocomiis, & miserabilibus locis, quæ commemorantur, *in leg. pen. supr. de sacrosanct. eccles.* Hæc alimēta præcipuum fauorem merentur, propter caritatem, & propter necessitatem moram non faciunt. Ideo hic quoque denegatur compensatio.

Sexta caussa est, si quis debitor sit eius, supple, *pecuniæ, quæ statutis sumtibus seruit*, sic enim legendum esse quidam recte monent, non autem, *eius qui*, Hic enim intelligitur pecunia quæ seruit statutis sumtibus, id est, quæ destinata est ad certos sumtus publice faciendos, vel in res certas, vel in certas personas, quales sunt pecuniæ destinatæ in hunc vsum, vt inde soluantur stipendia magistratibus, consiliariis, professoribus publicis, & aliis ministris vel principis vel ciuitatis, vt enim eorum opera necessaria in ciuitate, sic necessaria præstatio eius est pecuniæ, quę istis suppeditatur, vt operam nauent. Hinc priuilegium idem in hac caussa.

12 Septima caussa est, † si quis debitor sit fideicommissi ciuitatis, id est, fideicōmissi ciuitati relicti. Sed cur in hac specie non admittitur cōpensatio, cum fideicommissum non pertineat ad vsum necessarium superiorum rerum, sed ad honorem ciuitati habendum. Respondeo, duæ caussæ coniunctæ sunt, quæ hic compensationem repudiant. Primo, generalis illa quæ ad omnia fundamenta etiam priuatorū pertinet, quod publice interest supremas voluntates testantium exitum habere, idque primo quoque tempore, *l. vel magna. D. quemadmod. testam. aper. l. 1. sup. de sacrosan. eccles.* Accedit altera caussa, quia fisci caussa est, quæ est magis fauorabilis, vt apparet ex his caussis exceptis, quæ exceptiones in priuatis creditoribus locum non habent.

His caussis octaua est adiicienda, *ex d. l. aufertur, §. qui compensare, de iur. fisci.* Nam si ex illis verbis, ex frumenti vel olei publici pecunia, intelligimus excipi pretium rei a fisco emtæ, octauam caussam adiicere debemus annonariam. Sin autem supra scriptis verbis magis placet excipi caussam annonariam, octaua caussa adiicienda erit pretii rei a fisco emtæ. Et quemadmodum hæc caussa hoc loco supplenda est *ex dict. l. aufertur, §. qui compensare.* Sic ex hoc loco, vbi plures caussæ excipiuntur, supplendū esset, quod deest *in d. l. aufertur, §. qui compensare*, vt ii loci inter se coniuncti tradant mutuas operas, & vnus alterum interpretetur.

## *Ad L. 4. Si constat.*

Imper. Alexand. A. Luciano.

*Si constat pecuniam inuicem deberi ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur, vtique quo ad concurrentes quantitates: eiusque solius, quod amplius apud alterum est, vsuræ debentur, si modo petitio earum subsistit.*

SVMMARIA.

1 *Compensare quis queat.*
2 *Aduersus quem compensare quis possit.*
3 *Quod & quale debitum compensetur.*
4 *Debitor quando compensatione vti possit.*
5 *Compensationis effectus primus est, vt cōpensatio pro soluto habeatur.*
6 *Secundus, vt iure nulla amplius maneat obligatio.*
7 *Ipso iure quid fieri quid significet, & nu 9. 11.*
8 *Compensatione an debitor liberetur.*
10 *Ipso iure liberari quid significet.*
11 *Liberari per exceptionem quid.*
12 *Tertius, vt compensatio habeatur pro soluto ex eo tempore, ex quo pecunia ab vtraq; parte debetur.*
13 *Vsuræ non possunt dari sublata principali obligatione.*
14 *Vsuræ compensari nequeunt.*
15 *Quartus vt admittatur non nisi ad concurrentes quantitates.*

HOc rescriptum commode complectitur ius de compensatione. Itaque in huius rescripti explicatione, explicatio totius fere iuris huius, & totius huius tituli maxime continetur, si tamen explicetur: nam breuitas rescripti facit, vt non statim omnes huius iuris partes intelligant, quæ nobis plenius explicandæ sunt, vt res tota facilius intelligatur.

Huius iuris duo sunt summa capita, quæ licet obseruare hoc rescripto esse comprehensa. Prius est in eo, quando compensationi locus sit, secundum de admissa compensatione, quis sit effectus, & quod commodum admissæ compensationis, vt prius contineat caussam, quæ locum faciat compensationi, alterum contineat effectum compensationis.

1 Quod ad caussam compensationis attinet, de ea sic recte & facile quærendo inuestigabimus. Primo igitur quæro, *Quis † compensare queat*? Respond. is a quo pecunia petitur, *l.2. D. eod.* Sed vt petatur ab eo pecunia exigimus. Nam hoc præscriptum exigit, vt pecunia inuicem debeatur. Hoc eo pertinet monere, vt intelligamus, si creditor speciem aliquam, veluti equum petat, debitorem compensationem opponere non posse, quamuis ei non species, sed pecunia numerata a creditore debeatur.

2 *Aduersus † quem compensare potest*? Respon. Aduersus omnem qui petit, *d. l.2. D. eod.* Nec refert quis sit creditor, priuatus aut filius, aut Respub. Et fisco & Repub. petentibus compensatio opponi potest, itidem vt priuatis. *l. idem. D. eod.* Præterquam certis in caussis, quæ excipiuntur in persona fisci & Reipub. quod ius comprehensum est *in l. 1. & l. 3. supr. hoc tit.*

In quibus caussis cōpensare quis pōt? In omnibus siue in personam agatur, siue in rem. *l. vlt. infr. hoc tit.*

3 *Quid † compensabit*? Pecuniam quæ ei a creditore debeatur. Hoc comprehensum est verbis huius rescripti, dum exigitur, vt pecunia debeatur, & debeatur inuicem. Quibus verbis quatuor comprehendimus, quæ diligenter obseruanda sunt, habent enim suam vim singula. Primo exigimus, vt sit pecunia quam debitor compensare vult, quæ ipsi debeatur. Proinde si creditor ab eo pecuniam petit, & inuicem ei species aliqua ab eodem creditore debeatur, cessat compensatio. Vt pecuniæ cum specie petita nulla compensatio est, sic speciei inuicem debitæ, cum pecunia petita nulla itē compēsatio est, sed pecuniam vtrinq; deberi oportet, vt hic scriptū est. Secundo exigimus, vt vnde petitur, debeatur debitum. Hoc sic accipimus primo si vere debitū sit, & tale ꝙ possit reus a petitore exigere, de quo nulla est dubitatio, cum id demum & solum vere sit debitum, *leg. debitor. de verb. sign.* Sed nihilominus & hic debitum intelligimus & id, quod naturaliter debetur, quamuis exigi non possit: Hoc debitum etiam in compensationem venit, *l. etiam. D. eo.* Exempli caussa promisisti mihi 10. pacto, hæc a me petere non potes, quia ex pacto nulla nascitur actio, *l. ius gent. de pact. §. sed cum nulla.* Veruntamen naturaliter mihi obligaris, *l. 5. §. imperator, de solut.* Si ergo centum tibi vere debeam ex alia caussa, eaque a me petas, recte tecum compensabo 10. ea quæ mihi pacto debes. Item pater credidit pecuniam filio, quem in potestate habet, vel frater fratri, cum in eiusdem patris potestate essent, neque filius patri, neq; frater fratri ciuiliter obligatur, sed tantum naturaliter. *l. frater a fratre, de condict. indeb.* Si filius hic emancipatus contraxerit cum patre, ita vt pater ei cœperit debere, & filius debitum a patre petat, recte pater cōpensabit pecuniam ante filio mutuo datam, quamuis naturaliter tātum debitam.

Solum id debitum non continetur hoc verbo, ꝙ debitum est iure ciuili summo, non naturali, id est, quod ita debetur vt iure summo peti possit, sed petitio per exceptionem remoueatur, cuius generis debiti exempla sunt complura, *sub tit. de except. Institu.* Hoc est quod definitur *in l. quæcunque, D. eod.* Quæcunq; per exceptionem remoueri possunt, in compensationem non veniunt. Exempli caussa: Debes mihi 10. vere mutua, deinde pactus sum, ne a te peterem, etsi summo iure obligatus manes, tamen tibi competit exceptio pacti, qua me petentē remoueas. *§. præterea, Instit. de except.* Si tu 10. a me petas, quæ ego ex alia caussa vere tibi debeo, non possum tecum compensare, quod prius mihi debebas, quia per exceptionem remouetur. Hac exceptione fit vt hic nihil mihi debeatur, neque iure ciuili, neque naturali. Non deberi natura, argumento est exceptio quæ datur, quia æquum est te non teneri, vt est *in d. tit. de except.* Sed nec iure ciuili teneris, quia non est petitio, quæ effectum non habet. Et hoc est quod regula iuris dicitur, nihil interesse vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest, de reg. iur.*

Sed quodcunque debitū dixerimus in compensationem venire, debitum præsens intelligendū est. Quod in diem debetur ante diem compensari non potest, *l. quod in diem, D. eo.* vtputa petis a me 10. quæ vere tibi debeo, tu vicissim mihi ex alia caussa 10. debes, sed quæ promisisti Calendis proximis, si a me petas, non possum compensare, quod mihi in diem debes, quia ante diem inuitus non debes, alioqui auferetur tibi cōmodum temporis, quod obligatione tibi constitutum est, *§. plus autem, vers. tempore, Instit. de actio.*

Sed hic obstat *l. in diem, de condict. indeb.* vbi diserte scribitur, in diem debitorem adeo debitorem esse, vt quamuis ante diem soluerit, repetere nō possit: soluit igitur debitum: nos autem indebitum dicimus. In eandem sententiam est *l. cedere, de verb. sig.* vbi traditur in obligatione in diem cœpisse deberi, tametsi dies obligationis nō venerit, id est, dies quo peti possit. Respon. Quod in diem debetur, statim debetur volente debitore, inuito nō debetur. Debetur illo volēte, quia totum id spatiū pro illo comparatum est. *l. eum qui Calend. §. vlt. de verb. oblig.* Licet igitur illi eo non vti, quia licet vnicuique iuri pro se introducto renuntiare, *l. pen. supr. de pact.* Sed meminisse nos oportet, loqui nos de die, qui obligationi adiectus sit: non autem de die, qui hereditatis caussa indulgetur ad solutionem, qualis est dies, qui iudicatis datur ad soluendum. Quod ex iudicati caussa mihi debetur, si iudicatus a me quid petit, compensare cum eo possum, etiam ante diem iudicato præstitutum, *l. cum militi, l. si cum milite, §. 1. D. eod.*

*Quæ differentiæ ratio est*? Et Papinianus hanc reddit in eo loco, quē citaui, quia aliud est venisse diem obligationis, aliud diem hereditatis caussa solutioni indulgeri. Sed refellitur hæc ratio ex regula iuris, indultum a iure beneficium, nulli est auferendum, *l. indultum, de reg. iur. in sexto.* Dies iudicato datus, est beneficium lege iudicato tributum, *l. 2. l. intra, de re iud.* Ergo nō magis hoc beneficium iudicato auferri potest, quam dies obligationi constitutus. Respon. Neque dies obligationi constitutus, neque beneficium lege tributum, contra legem auferri potest, sed non aufertur beneficium lege tributum, vbi beneficium tribuitur certa de caussa, & hæc caussa cessat, nā cessante caussa beneficium deficit, *l. in omnibus caussis id obs. de reg. iur.* At beneficium dierum iudicato tributorum, tribuitur hereditatis caussa, vt recte Papinianus scribit in supra scripto loco, id est, tribuitur vt succurratur reo pulsato, & laboranti propter solutionē quæ ab illo expetitur. Quare si ipse vltro pulsat creditorem suum, cessat caussa legis, incipit enim pro reo actor esse, pro pulsato, is qui pulsat, proinde beneficio legis nō vtitur aduersus creditorem suum, sed cogetur ius commune compensationis pati, vt

quemad-

quemadmodum ipse experitur aduersus creditorem suum, intra tempora iudicati, ita patiatur & creditorem suum intra idem tempus aduersus ipsum experiri. Quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure vtatur, *l. 1. quod quisque iuris.*

Tertio exigimus, vt qui compẽsare vult, debeatur ei ipsi id quod compensare vult, non autem alii, vt sic inuicem debeatur. Proinde si creditor creditoris velit compensare, quod sibi debetur nomine eius debitoris, qui nunc conuenitur, non audietur, quia vult compensare quod debetur a creditore agente, sed non quod debetur ipsi debitori, qui conuenitur, *l. eius, infr. hoc tit. l. in rem. §. 1. D. eod.*

Quarto: Ad extremum exigimus, vt quemadmodum pecunia debetur ei ipsi, qui conuenitur, sic etiam ei debeatur ab eodem qui agit, vt sic efficiatur vtrinque, quod hic dicitur, vt pecunia inuicem, seu ab vtraque parte debeatur. Sit hoc exemplum. Duo sunt defuncti heredes, vni 10. debeo, alter ex alia caussa mihi 10. debet, is cui debeo a me petit 10. non possum illi compensare, quod mihi debetur ab altero coherede, non enim inuicem debetur, quod hic exigimus. Exemplum est *in l. cum militi, in pr. D. eod.*

4 *Quando † debitor compensatione vti poterit?* Hic scriptum est, tunc posse, cum constabit vtrinque pecuniam deberi, id est, deberi etiam ei qui conuenitur. Quid ergo si de eo erit controuersia an actor reo inuicem aliquid debeat? Respon. Et olim admittebatur compensationis & mutuæ petitionis allegatio, nec prius debitor condemnabatur, quam actor mutuæ petitione respondisset, *l. neque scriptum, infr. eod.* Sed id nunc immutatum est a Iustiniano, *leg. vlt. infr. hoc tit.* de quo suis locis. Ergo cum superiora concurrant, & in personis compensantium, & in caussis ex quibus agitur, & in rebus quæ vocantur in compensationem, & in tempore compensationis opponendæ, tum videlicet compensationi locus erit. quod prius caput est quod hic proponi dixi.

Admissa compensatione, quam vim habeat, seu quid præstet debitori, deinceps videndum est, quod alterum caput est huius rescripti. Et obscure licet hoc rescripto circiter quatuor effectus proponi cõpensationis, quorum posteriores ex primo tãquam
5 ex fonte deriuantur. Primus † hic est vt compensatio pro soluto habeatur Recte pro soluto: Nam debitor vere soluere intelligeretur, si pecuniam debitam naturaliter numeraret creditori suo, *l. solu. ñ. de solut.* Nihil autem interest vtrum debitor pecuniam tradat creditori suo an eam pecuniam, quæ erat debitoris apud creditorem, patiatur debitor eam apud creditorem suum esse pro tradita, solutionis caussa, *l. qua ratione, §. interdum, de acquir. rer. dom.*

6 Secundus effectus adiicitur priori consequens, vt compensatio pro soluto habeatur, ipso iure, id est, ita liberetur, vt iure nulla amplius maneat obligatio, *Instit. quib. mod. toll. oblig. in pr. l. 5. supr. de pact.* Placet compensationem solutionis vicem habere. Consequens igitur & compensatione debitorem ipso iure liberari, de quo ne dubitemus amplius expressum est *in l. verum, D. eod* & aperte constitutum, *in l. vlt. infr.*
7 *eod.* Hic oritur veteribus dubitatio? Nam † ipso iure quid fieri, significat ita quid fieri iure, vt in ea re facto hominis non sit opus, vt cum dicuntur sui heredes existere ipso iure, sic intelliguntur, existere sine vllo facto & opera sua, etiam ignorantes, atque adeo inuitos, *§. sui autem, Inst. de her. qua ab invit.* At compensatio non admittitur, nisi a debitore opposita, *l. 2. l. verum D. eod.* & passim alibi significatur. Non ergo compensatio debitorem ipso iure liberat.

Martinus admittebat, cõpensatione † debitorem 8
liberari sine facto vllo suo, vt retineat verba huius rescripti: Ioannes dissentiebat & negabat cõpensatione liberari ipso iure, nisi in vsuris, de quib. in fine rescripti agitur, quã dissensionem in glossa Accursii, & alii interpretes vnã ex iis opinionib. sequuntur, alii alterã. Vtriq; valde imperite. Verum est, debitorem compensatione liberari ipso iure. nam loci de hac re apertius scripti sunt, quã vt detorqueri possint: Neq; ideo consequens est debitorẽ liberari cõpensatione, sine facto suo, id est, cõpensatione nõ opposita. Non obstat † ꝙ ipso iure aliquid fieri dicitur cũ fit iure si-
ne facto cuiusquã, hoc enim interdũ significatur his 9
verbis, ipso iure: sed hæc verba ambigua sunt, & ambiguitas ex proposito loco explicanda. Nã alias ipso iure opponitur per exceptionẽ ꝙ fit cum agitur de aliquo liberando, ibi liberari ipso iure, & liberari per exceptionẽ opponũtur. Et cũ simpliciter dicimus aliquẽ liberari ipso iure, hoc intelligimus, eũ ita liberari vt liberetur sine ope exceptionis: Et cõtra cum dicim⁹ aliquẽ liberari per exceptionẽ, hoc intelligitur, nõ liberari eũ ipso iure, sed tantũ per exceptionẽ. Sic ista inter se opponuntur cum de liberatione debiti agitur, eaq; istorum verborum significatio est, vt patet *ex l. si vnus, §. pactus ne peteret. de pact. l. qui seruũ, de act. & obl.* Id ipsum est igitur quod significatur hoc loco. Compensatio ipso iure pro soluto habetur, id est ita debitorem vice solutionis liberat, vt liberetur iure ipso sine ope exceptionis.

Ipso † iure liberari est liberari iure ciuili, vt ipsum
ius intelligatur hic dici per excellentiam ius ciuile, ad 10
differentiã & discrimen iuris honorarii seu prætorii, quoniam ius ciuile non tam ius est, quam iuris ciuilis viua vox & interpretatio, vt dicitur *in l. nam & ipsum,*
*de iust. & iur.* Liberari aũt † per exceptionẽ, est ita li- 11
berari, vt summo iure ciuili, id est, verbis legis ciuilis adhuc tenearis, seu defensio seu exceptio tibi detur iure prætorio, qua tutus condemnari nõ debeas, quæ defensio exceptio appellatur. Hæc declaratur totidem exemplis exceptionum, quot sunt exempla *in Instit. de excep.* Cum dicimus debitorem compensatione liberari, nõ per exceptionẽ, effectus hic est, si per exceptionẽ liberaretur, oporteret eũ exceptionẽ compensationis initio iudicii contestari, & vt plurimũ illi tribueremus, saltẽ oporteret eum opponere exceptionem ante sententiam, *l. præscriptionem, l. si quidem, j. de exc.* Nunc autẽ quoniam liberatur ipso iure tãquam per solutionẽ, non habet necesse compensationem opponere ante sententiam, sed & post sententiã in executione iudicati eam impetrare potest, vt expressum est *in l. 2. supr.* Et hoc certissimum argumentũ est huius sententiæ. Nempe debitorem compensatione liberari ipso iure, non per exceptionem, propter quem effectum diligenter notandum est, quod dicimus, debitorem compensatione ipso iure liberari.

Sed huic doctrinæ opponitur regula iuris, qua efficitur nihil interesse, vtrum quis ipso iure actionem non habeat, an vero per exceptionem infirmetur. Hoc si verum est, non solũ doctrina superior tollitur, quã dicimus aliquid interesse, sed etiam redditur superuacuus labor, & superuacua sententia huius rescripti, cum referre existimatur, vtrũ cõpensatio liberet

ipso iure, an per exceptionem. Respondeo: Quod dicitur nihil interesse, vtrum quis actionem ipso iure non habeat, an per exceptionem infirmetur, tunc locum habet, cum exceptio opposita est suo tempore. Diuersum est, si suo tempore non opponatur. At compensationi & solutioni allegandæ quæuis tempora idonea sunt, ante exsecutioně iudicati. Etsi autem hæc sententia de debitore per compěsationem ipso iure liberando, non autem per exceptioně, sententia certa est, ex iis quæ dixi, tamen nonnulli loci aduersari videntur, de quibus videndum est. Primo, obstat *l. verum, ff. eod.* vbi traditur eum creditorem, qui debitori suo inuicem pecuniam debuit, si ab eo debitore petat, male petere propter compensationem quæ opponi potest. Quod dicitur male petere his verbis debitorem ipso iure nō esse liberatum significatur: Nam si liberatus esset, non diceretur creditor male ag re, sed nihil agere, *l. vn. in fin. D. quando dies vsusfr. leg. ced.* Respond. Cum dicimus debitorem compensatione liberari ipso iure, hanc conditionem habet, si modo velit debitor compensatione vti, nam illi liberum est non vti, *l. 2. D. eod.* Et ideo priusquam id constet, creditor habet actionem, tametsi male agat, petendo ab eo cui tantundem debet, sed postquam debitor declarauerit, se compensatione vti velle, conditione hac impleta fit, vt retro versus ipso iure liberatus intelligatur.

Deinde obstat *§. in bonæ fidei, Instit. de act.* duobus in locis. Nam illic ita scribitur, *Sed in stricti iuris iudicio ex rescripto D. Marci, compensatio per exceptionem inducebatur.* Si per exceptionem, consequens est non ipso iure, quoniam hæc inter se opponūtur, *d. l. qui seruum, § 1. de oblig. & act.* Respondeo, Vtrumque verum est, tūc temporibus Marci Imperatoris compensationem induci solitā solum per exceptionem. Proinde nec ipso iure: Sed postea obtinuisse vt ipso iure pro soluto haberetur. Id cōstat ex hoc rescripto. Scimus autem multis annis secutū esse Alexandrum, auctorě huius rescripti, quo olim inducebatur compensatio per exceptionem. Temporibus Alexan III. invaluerat, sive id ab eo cōstitui cœpit, siue ante constitutum esset.

Sed rursum in eodem *§. bonæ fid.* scriptum est, *Iustinianum latius introduxisse compensationes, vt ipso iure actiones minuerent.* Si has introduxit Iustinianus, ante tempora Iustin hoc ius non fuit. Respond. Iustinianum non dicere, se introduxisse, vt compensationes ipso iure actionem minuerent, in omnibus actionibus, tam in rem quam in personam. Constituit igitur vt locus esset compěsationi in omnibus actionibus, etiam in rem, de quo prius dubitabatur. Sed siue a Iustiniano constitutum est, vt compensatio ipso iure debitorem liberet, siue ante illum ab aliis Imperatoribus constitutum est, semper hoc manebit, quod hoc rescripto traditur, compensationem pro soluto haberi ipso iure, non per exceptionem.

12 Tertius effectus adiicitur, † vt compěsatio habeatur pro soluto, ex eo tempore, ex quo pecunia ab vtraque parte debetur, vt puta debui tibi 100. ante 5. annos, ex eodem tempore debuisti mihi ex alia caussa item 100. si hodie a me 100. petes, compensatio admittetur, ita vt liberer, non ex hac die, sed ex eo die, qui quinquenniū antecessit, quoniā eo tempore ab vtraque parte pecunia debebatur. Sed videtur otiose hoc caueri cum nihil intersit vtrum ex hac die liberer, an vero multo ante. Nam finis compensationis est, vt debitor creditorem agentem remoueat, vt ex petitione condemnetur, *l. 2. D. eod.* At si debitor compensatione opposita ex hac die remouet creditorem, tam eum remouet, & tam consequitur liberationě, quam si liberaretur quinquěnio ante. Quid igitur refert constitui, debitorem liberari ex eo tempore, ex quo pecunia vtrinque debetur, potius quam ex hoc tempore, quo nunc agitur, & compensatio exponitur? Respondeo, ad principales quantitates quæ compensabantur nihil interest, solum hoc statui vtile est propter vsuras pecuniæ petitæ. Nam quo citius principalis pecuniæ obligatio sublata est, eo citius eius pecuniæ vsuræ deberi desinent, † quoniam 13
vsuræ non possunt dari sublata principali obligatione, *l. eas, in pr. inf. de vsur.* Sit igitur hoc exemplum.

Debui tibi ante quinquennium 100. & debui sub vsuris, de quibus inter nos conuenit, quæ vsuræ, toto quinquennio a me tibi solutæ non sunt, tu viciſſim mihi ex alia caussa debuisti 100. Hodie 100. a me petis principaliter tibi debita, & vsurarū nomine, quæ per quinquennium solutæ non sunt, petis 25. Ego cōpensare volo 100. quæ mihi debes in illa 100. quæ ego debeo, citra controuersiā admittetur cōpensatio vtriusq; quantitatis. Sed quæritur an amplius a me petere possis, 25. vsurarum nomine? Quæstio in eo est ex quo tempore mihi debere cœperis 100. Nam si paulo ante hanc petitionem tuam debere cœpisti, vsuras præteriti temporis totas tibi debeo, nec compensatione tollentur, quia compensatio non admittitur in præteritum tempus, quo tu mihi pecuniam non debuisti. Sed si tu 100. mihi item debuisti ante quinquennium, eodem tempore euenit, vt liberer a te vt 100. quæ principaliter debui, & vsuras eius 100. tibi omnino non debeam, quia sublata obligatione principali, ante quinquenniū, quod contingit compensatione, non potui tibi eius sortis exinde debere vsuras: optima ratione, quia si tibi 100. soluissem, ante quinquennium, sine dubio vsuras eius sortis non deberem, *l. acceptam, infr. de vsuris.* Compensatio autem admissa, facit, vt videar tibi soluisse ex illo tempore, consequens igitur, tibi ex eo tempore vsuras non deberi.

Et hæc est sententia, quæ confirmatur in extremis verbis huius rescripti cum dicitur, *admitti compensationě vsque ad concurrentes quātitates, & eius solius pecuniæ quæ debetur, vsuras peti posse.* Si ei⁹ pecuniæ quę reliqua est, vsuræ peti possunt, cōsequens est eius pecuniæ, cuius obligatio compensatione sublata est, vsuras amplius peti non posse. Id apertius expressum est *in l. eius seq.* vbi hæc verba sunt: *Compensationis æquitas † vsurarum compensationem excludit.* Est enim 14
hic sensus, admissa compensatione concurrentium quantitatum, quæ inuicem debentur, vsuræ earum quantitatum computari amplius non possunt. Sed huic sententiæ ipsum hoc rescriptum aduersari videtur, cum subiicitur: *Compensationem admitti vt dixi, vsque ad concurrentes quantitates invicem debitas.* Ergo in specie proposita compěsatio admittetur vsque ad 100. quæ tibi debeo, & quæ inuicem tu mihi debes. Vltra autem non admittitur compensatio pro soluto, ac proinde vsuras quinquennii integras adhuc tibi debeo, quia hæ 100. summam excedunt. Respondeo, neque sors principalis, in specie proposita debebitur, neque eius sortis vsuræ. ex eo tempore, quo cōpensatio admittitur: nec aduersatur, quod dicitur compensationem non admitti, nisi vsque ad concur-

concurrentes quantitates. Quod enim vsuræ quinquennii præteriti, a me non præstantur, non fit per compensationem, neque enim compensari potuerunt vsuræ, quæ nullæ fuerunt, sed eo fit, quia sublata obligatione 100. ante quinquennium, non potui exinde tibi eius sortis debere, proter ea quæ supra dixi. Non ergo hic tollit obligatio vsurarũ, sed vere cedit, nõ tollũtur vsuræ debitæ, sed ab initio nõ debentur.

15 Quartus effectus † adiicitur, qui præcedentium temperamentum continet, placet enim compensationem admitti pro soluto, sed dixi vsq; ad cõcurrentes quantitates. Finge hoc modo: Debui tibi 100. tu ex alia caussa mihi debes 50. si a me 100. petas, recte opponam tibi compensationem 50. quæ mihi inuicem debes: sed hac compensatione hoc solum consequor, vt liberer, nõ in 100. quæ petis, sed in 50. quæ inuicem mihi debes. Hoc superioribus consequens est. nam si compensatio habetur pro soluto, non potest vltra quam solutum intelligi. Non intelligor autem amplius tibi soluisse, quam quantum de meo apud te est. De reliquo autẽ quid fiet? Subiicitur in rescripto, *eius solius quod amplius apud alterum est vsuras deberi, si modo & petitio eorum consistit*.

Maneamus in eodẽ exemplo: Debui tibi 100. ante quinquennium sub vsuris, de quibus inter nos cõuenit, quos toto quinquennio tibi non solui. Ex eodem tempore debuisti mihi 50. sine vsuris, si 100. & vsuras quinquennii a me petas, compensatione opposita, consequar, vt tibi 50. sortis non debeam, idque ex eo tempore quod antecessit quinquenniũ. Vnde simul eueniet, vt tibi ei⁹ partis vsuras nõ debeã ex illo ipso tempore, quo sortẽ debere cœpi: solum 50. reliqua a me petere potes, ad quæ compensatio non peruenit, simul & eius partis vsuras, si modo vsurarum petitio subsistat. Quod ideo adiicitur, quia interest, quomodo de vsuris præstãdis inter nos conuenerit. Nam si conuenit pacto, vsuras non debeo, si stipulor, debeo, & a me petere potes, *l. 3. infr. de vsur.* Huius eiusdẽ partis appositissimum exemplũ est *in l. etiã seq.*

*Ad L. 5. etiam.*

Imp. Alexand. A. Honoratæ.

*Etiam si fideicommissum tibi ex eius bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis: æquitas compensationis vsurarum excludit computationem. Petitio autem eius, quod amplius tibi deberi probaueris, sola relinquitur.*

SVMMARIA.

1 *Fideicommissi petitioni an compensatio opponi possit.*
2 *Compensatione in certam summã admissa, an possint eius partis vsuræ in certũ tempus præteritum recte peti, quia eo tempore in fideicommisso cessatum est, & ideo vsuræ debitæ sunt.*
3 *Compensatio pro soluto habetur ex eo tempore, ex quo pecuniam vtrinque deberi cœpit.*

DEbui Honoratæ 100. ex caussa fideicommissi relicti ei testamento patris a me, qui patri successi: & cum eius fideicommissi moram facere cœpissem, ante quinquenniũ puta ab Honorata interpellatus, ex eo tempore vsuras fideicõmissi debere cœpi. Nam in fideicõmissi persecutione vt fructus fundi veniunt ex mora, sic fideicõmisso pecuniæ post moram vsuræ accedunt, quæ in bonæ fidei iudiciis, in legatis & fideicommissis vicem fructuũ obtinent, *l. vsuræ, D. de vsur.* Eadem Honorata ante quinquenniũ mihi minorem quãtitatẽ ex alia caussa debuit, puta 50. & debuit sine vsuris. Illa hodie a me 100. vna cum vsuris quinquennii petit, ex caussa fideicõmissi. Ergo compensationem 50. mihi debitorum opponere volo & postulo, vt in ea quoque 50. vsuras præteriti temporis non præstem.

Hic duo quærũtur ab Honorata. I. *An † petitioni fideicommissi possim opponere compensationem?* Resp. Etsi fideicommissum ab Honorata petatur, tamen ei petitioni compensationẽ opponi posse. Cur dicitur, *etiamsi fideicommissum petatur?* Resp. Quia dubitabatur an huic petitioni compensatio opponi possit? Dubitationis caussa nõ ea est, quam Accursius reddit, quia lege veteri fideicommissum peti non possit. Nam etsi olim initio fideicommissorũ, pendebant fideicommissa ex fide heredũ; tamen iam alia multo ante tempora huius rescripti actio cõstituta erat de fideicommisso, etsi cõstituta esset extra ordinem iuris, *Inst. de fideicom. her. in pr. l. pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. signif.* Deinde quo minus fideicommissum pe[tatur], sit iure eo magis & citius compensatione remoueri potuit. Sed dubitatio ex eo est, quod videri potuit fideicõmissi præstatio præter ceteras caussas maxime fauorabilis, propter supremã voluntatem testatoris. Nam publice interest primo quoq; tempore voluntates testantium ex tũ habere, *l. vel negare, quemadmodum test. aper.* Placet igitur nõ obstare hunc fauorem, quo minus fideicommissi petitioni compensatio opponatur, idq; propter compensationis æquitatem, quod verbum in rescripto exprimitur, vt sit rescripti ratio. 1

Alterum † ab Honorata quæsitũ est, si compensatio fideicommissi in 50. cõmittenda est, an nõ possit saltem eius partis vsuras in quinquẽnium præteritum recte petere, quia toto quinquennio in fideicommisso cessatũ est, & ideo vsuræ iure debitæ sunt? Respondetur, neq; eorũ 50. vsuras deberi, compẽsationis æquitatem, computationẽ vsurarum exsoluere. Ratio intelligitur ex l. præcedenti. Nam compensatio † pro soluto habetur ex eo tempore, ex quo pecunia vtrinq; deberi cœpit. In proposito autẽ fingimus me tibi debuisse 100. ante quinquẽnium, te vicissim mihi debuisse ex eo tẽpore 50. Proinde ex eo tempore vsuras tibi debere non potuisse eius partis, quæ compensatione sublata est. Et ideo quod dicitur in hoc rescripto: *Æquitatem compensationis excludere compensationem vsurarum*: sic intelligendum est, vt excludat de eo tempore, ex quo pecunia vtrinq; deberi cœpit. Non adiicitur id quidem hoc loco, sed satis intelligitur, hoc ipso, quod nominatur compensationis æquitas. Nam hęc æquitas introducitur retro-uersis, ex eo tempore, ex quo pecunia inuicem debetur, *dict. l. 4. supr.* Ergo solius eius summæ, quæ amplius debetur petitio Honoratæ relinquitur, vt subiicitur in rescripto. Summa enim quæ in proposita specie amplius debetur est 50. aureorũ sortis, & eius partis vsurarum. 2 3

*Ad L. 6. Neque scriptura.*

Imper. Alexand. A. Pollidenti.

*Neq; scriptura, qua cautũ est, accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit, & compensationis æquitatem iure postulas, non enim prius exsolui, quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit, eo magis quod ea te persequi dicis, quæ a muliere diuortii caussa amota quereris. PP. Dat. Kal. Decemb. Alex. A. III. & Dione Coss.*

SVMMARIA.

1 *Maritus an ex scriptura sua, qua se dotis nomine 100. ab vxore accepisse fatetur, soluto matrimonio conueniri, & 100 reddere debeat.*
2 *Repetitioni dotis an iure opponi possit compensatio.*
3 *Dotis caussa in omnibus rebus maxime fauorabilis.*
4 *Maritus ob res ab vxore amotas an compensatione vti & dotem retinere possit & nu. seqq.*
5 *Retentio dotis & compensato dotis quid differant.*
6 *Prioribus legibus quod est cantum, posterioribus comprehensum videtur, nisi nominatim sint contraria.*

MAritus scripserat, se 100. nomine dotis ab vxore accepisse. Soluto matrimonio diuortio, côueniebat de dote ex hac scriptura. Is petitionẽ remouebat hoc modo. Dicebat se partem non accepisse, eoq; reddere nõ debere. Quod accepisset partẽ, fatebatur, sed obiiciebat compẽsationem, ꝙ diceret sibi res ab vxore remotas esse ad eandem quantitatem, quam alioqui debuisset. Vtriusq; rei fiebat ei cõtrouersia ab vxore. Ac primo de ea parte, quã maritus se accepisse negabat, mulier referebat, nihil ad rem pertinere, quod eam summam nõ accepisset, quoniam etiamsi non accepisset, tamen satis obligaretur scriptura, in qua & scripserat se accepisse, & promiserat se redditurũ. Hic igitur prima fuit quæstio: *an teneretur maritus, quamuis constaret eum non accepisse?* Respondetur: Eum † reddere nõ debere quod non accepit. Nihil ad rem pertinet, ꝙ scripsit, se accepisse, & se redditurum promisit. Non enim potuit † scriptura eum 1 obligare. Ratio sumta est ex vi & natura cuiusq; scripturæ: Scripturæ enim adhibẽtur vt per eas res probentur, non vt res gerantur, & ex iis contrahatur obligatio, secus quam natura rei gestæ postulat. *leg. cum res. supr. de probat. l. 4. de fid. instr.*

Sed huic sententiæ opponitur, quod scriptum est de literarum obligatione in principio Qui scripsit se pecuniam accepisse, post bienniũ scriptura obligatur. Idem comprehensum est *in l. si intra. supr. de non num. pec.* vbi dixi. Et hoc in scriptura dotis traditur *in l. in contractibus, §. 1. & §. supr.* si quis confessus sit se dotem accepisse, intra certum tempus habere exceptionem non numeratę dotis, post quod confessioni suæ stare cogitur, vbi & de eo dixi. Resp. Hæc dicta sunt de eo creditore, qui intendit se pecuniã numerasse, & vt numeratã repetit. Quod si fateretur se non numerasse, & repeteret, cõcessimus *ad d. l. si intra*, eũ audiendum non esse. Illicitam enim esse hanc petitionem, quia illicitum lectu peteretur, *leg. illicitas, de offic. præsid.* Sed hoc loco agitur de ea muliere, quæ non petebat dotem nisi ex scriptura, quasi sola scriptura maritus obligatus esset, ad reddendam dotem. Quæ oratio non pertinet nisi ad eam mulierem, quæ fatebatur dotem non esse numeratam, sed nihilominus contendebat maritum scriptura sua obligari, quod non ita esse hic respondetur, de quo plura dixi *ad l. 2. supr. de non num. pec.*

De altera parte, quam maritus se accepisse fatebatur, & propter quam cõpensatione vti volebat: Mulier dicebat, *compensationem nõ esse admittendam.* Vnde ab ea quæsitum est. An hic quoq; † compensatio 2 iuste postularetur? Probabilis caussa dubitationis nulla esse potuit pro muliere, nisi mulier dotem repeteret. Nam in ceteris caussis ius commune certum erat compensationem creditoribus opponi posse, *l. 2. D. h. t. l. si constat. 3. h. tit.* Sed in caussa dotis probabilis dubitatio fuit, an repetitioni dotis iure opponi possit compensatio, propterea quod dotis † caussam 3 præcipuam esse in omnibus rebus placuit, id est, maxime præter ceteras caussas fauorabilem, *l. 1. D. solut. matr.* Et ob hanc caussam finximus initio maritum scripsisse, se accepisse pecuniam, nõ ex caussa mutui, sed ex caussa dotis sibi numeratam. Sed vt procederet quæstio & dubitatio huius loci, quæ alioquin alia caussa nulla iusta esse potuit, respondetur, quemadmodum maritus restituere non debet partem quam non accepit, ita & in ea parte, quã se debere fatetur, iuste compensationis æquitatem eum postulare, vt intelligamus etiam repetitioni dotis, rei maxime fauorabilis, recte compensationem obiici. Non additur hoc loco, compensationem recte postulari in ea parte reliqua, quam maritus fatetur, & quam debuit, sed hoc statim in versu sequenti exprimitur.

Non obstat, quod dotis caussa præcipua esse dicitur. Nã hic fauor nõ facit quo minus recte hic compensatio admittatur. Ratio significatur in hoc rescripto, cum nominatur compensationis *æquitas.* Significatur enim eam æquitatem esse compensationis, vt nulla in caussa priuata reiici possit. Et merito: Nam si maritus dotem iam soluisset mulieri, omnes intelligerent dotem amplius ab eo peti non posse. Nunc autem compensatio pro soluto est, *l. si constat, supr.* Non est igitur æquum vt compensatione opposita, dos repetatur. Additur in rescripto, eo magis compensationem admittendam esse, quia maritus persequeretur eas res, quas queritur sibi ab vxore amotas. Ergo ob res ab vxore remotas † maritus cõpensatione vti, & dotem retinere potest. Hic duo obstant *l. vn. § sed nec retentio, 3. de rei vxor. act.* vbi cauetur retentionem dotis marito nõ concedi ob res ab vxore remotas. Respon. Nõ conceditur retentio dotis, quæ retentio est sine compensatione, sed compensatio non prohibetur, vt hoc loco. Retentio † sine compensatione est, cum species in dotem marito datæ sunt, quas retinere vult, ob res sibi amotas: hic non non est locus compensationi, quia non est compensatio, nisi vbi vtrinque pecunia debetur. *l. si constat. supr.* Item retentio est sine compensatione, vbi pecunia in dotem data est, sed species marito amotæ quas compensare vult cum pecunia accepta. Hic cõpensatio locum non habet, eadem ratione, quia pecunia vtrinq; non debetur, hic ergo retentio est sine compensatione. Hæc retentio prohibetur, *in d. l. vn. §. taceat.* Sed compensatio non prohibetur, vt hoc loco, cui tunc locus est, cũ maritus pecuniam in dotem accepit, & ei pecunia debetur ob res amotas, huius pecuniæ inuicem ei debitæ compensatione rectissime vtitur. Mouere nos non debet, ꝙ *l. vn. §. taceat*, generaliter prohibetur retentio dotis, & in cõpensatione inest dotis retentio, is enim compensat, qui retinet quod debet, pro eo quod sibi debetur. Nam retentio generaliter illic prohibetur. In toto iure generi per speciem derogatur, & id potius est, quod ad speciem dirigitur, *l. in toto, de reg. iur.* Retentionis species est compensatio: de hac specie hic comprehensum est, compensationem in petitione dotis admitti.

Hactenus igitur generali illi constitutioni de retentione derogatur. Nec ad rẽ pertinet, quod hæc lex prior est, illa aũt Iustiniani multo est posterior. Nam hic seruari oportet regulam illam: *Semper priores leges ad posteriores trahi*, & contra, *posteriores trahi ad priores*, vt sit sensus. Quod prioribus † legib. cautum 6 est, posterioribus cõprehensum videri, nisi nominatim sint

tim sint cōtrariæ, *l. non est nouum, l. ideo, l. sed & posteriores, de legib.* Præterea huic compensationi obstat, quod maritus vult compensare res id est, species sibi amotas, in pecuniā quam debet. Speciei cum pecunia nulla compensatio est, sed vtrinq; pecuniam inuicem esse oportet, *d. l. si constat, supr.* Respondeo & hoc ita esse, admittendum est itaque quod dicitur: Maritum opponere posse compensationem ob res amotas. Sic intelligendum est, si res amotæ non extent, quarum rerum æstimatio debeatur a muliere, *l. in re furtiua. de cond. furt.* Idem est si conueniat inter maritum & mulierem de æstimatione earum rerum præstanda. Nō obstat, quod nihil huiusmodi, rescripto hoc exprimitur, satis enim intelligitur verbo ipso compensationis, quod verbum locum nō habet, nisi cum constat pecuniam vtrinque deberi, *dict. l. si constat, supr.*

Quæsitum est: *Quid si mulier neget, se res amouisse, neque se quicquam marito eo nomine debere?* Hic adiicitur in extremo, nihilominus petitionem mariti admittendam esse, dum doceat, res sibi amotas, vt queritur: non esse æquum eum mulieri condemnari, priusquam mulier eius petitioni respōderit. Id adeo iure veteri placuit, in mutuis petitionibus, vt si iudex debitorem cōdemnaret petitori, priusquam de mutua petitione debitoris agnosceret: placeret ipso iure sententiam non valere: tametsi tutius est ab eo appellare, *l. 1. §. vlt. D. quæ sent. sin. appel. rescin.* Hinc apparet iure veteri, compensationis obiectioni locum fuisse, etiamsi quis obiiceret debitum nō liquidum. Quod ius immutatum est a Iustiniano, *in l. vlt. infr.* vbi dicetur.

*Ad L. 7. & 8.*

De his partim iam dictum, partim dicetur in sequentibus legum explicationibus.

*Ad L. 9. Eius.*

Imp. Gordianus. A. Eumenidi.

*Eius, quod non ei debetur, qui conuenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.*

SVMMARIA.

1 *Conuentus cōpensare potest, quod sibi debetur a creditore, non autem, quod a creditore alii debetur, etiamsi is compensare paratus sit.*

2 *Qui ex persona alterius eius iure & defensione vti possint.*

3 *Procurator nomine domini conuentus an compensare possit, quod domino debetur, ab eo qui agit.*

4 *Defendere quid.*

5 *Procurator compēsans an cauere cogatur, dominum compensationem ratam habiturum.*

6 *Potestas compensandi cur tātum procuratori in rem tribuatur.*

7 *Fideiussor an compensare possit quod sibi inuicē a creditore debetur: an & id ꝙ debetur reo principali.*

8 *Vnus ex promittendi reis, si a stipulatore conueniatur, an possit compensationem obiicere.*

9 *Filiusfam. si societatem contraxerit, & a socio eo nomine conueniatur, an possit vna compensatione eius, quod patri debetur, ab eo qui agit liberari.*

10 *Filius quod contraxit perinde habetur, quasi pater contraxisset, & ideo obligatio patri acquiritur.*

1 Qvi † conuenitur, compensare potest, quod sibi debetur a creditore, non autem quod a creditore alii debetur, etiamsi creditor creditoris paratus sit, compensare nomine eius, qui conuenitur, *l. in rem, §. vlt. D. eod.* natum ex regula quæ traditur in *l. si constat, supr.* Sed hæc definitio cautione indiget, sic enim accipienda est, nisi is qui conuenitur, velit compensare quod debetur ei, cuius iure & defensione potest vti ex sua persona. Nā qui aliis defensionibus ex persona alterius vti potest, idem & cōpensatione ex persona eius vti potest, nā imprimis compensatio iusta defensio est, quę etiā pro solutione habetur, *l. 4. s̃. h. t.*

Sunt autē quatuor, qui † ex persona alterius iure & defensione eius vti possunt: Procurator ex persona domini, fideiussor ex persona rei principalis, vnus ex duob. reis sociis ex persona alterius, & filiusfam. ex persona patris. Procurator † si nomine domini conuenitur, compensare potest, ꝙ domino debetur, ab eo qui agit, *l. posteaquam, D. eo.* Ideo quia procurator conuentus nihil amplius debet, quam dominum defendere, *l. seruum quoque, §. vlt. de proc.* Defendere autem, † est eandē vicem, quā reus principalis, subire, & iisdē vti defensionibus, *l. sed & hæ. §. defendere, l. minor, de proc.* Idq; vsque adeo verum est procuratorem facere posse, vt dum opponat compensationem eius quod domino debetur, tamen † non cogatur cauere, dominum eam compensationem ratam habiturū, *vt est in d. l. posteaquā, D. eo.* Sed obstabat Paulo hæc ratio: Qui compensatione vtitur, agit *l. in rer. de administ. tut.* Qui alieno nomine agit ex edicto prætoris debet cauere dominum ratum habiturū, *l. seruum quoq., §. vlt. de proc.* Ergo qui compensat ex persona domini, cauere debet dominū hanc compensationem ratam habiturum. Huic obiectioni tacitæ, Paulus illic occurrens ita respondet, procuratorem ideo hic de rato cauere non debere, quia non compensat, sed minus ab eo petitur. Nō compensare ait, quia iam ante dominus ipso iure liberatus est beneficio compensationis. Itaq; cum procurator compensationē obiicit, non tam ipse compensat, quam compensationem iam factam allegat. Ideo aūt compensatio iam ante posita videtur, quia dominus intelligitur procuratori mandasse, vt faceret, quæ ipse dominus in sua causa facturus esset. Dominus autem compensatione vtens consequeretur, vt retro versus intelligeretur esse liberatus.

Sed si quis † procurator potest cōpensare id quod domino debetur, quid sibi vult, ꝙ hæc potestas compensandi tribuitur tantum procuratori in rem suam, *in l. in rem suam, in pr. ff. eod.* vbi ita scriptum est: *In rem suam procurator datus si post litis contestationē vice mutua conueniatur, æquitatē compensationis vti potest.* Respondeo: In commune hoc tribuitur omnib. procuratoribus, tam in rem suam factis, quam extraneis, vt compensationem opponere possint, eius quod domino debetur. Hoc propriū est procuratoris in rem suam dati, vt possit compensare etiam quod sibi debetur. Itaque quod *in d. l. in rem*, ita scribitur: Cōpensationis æquitate vti potest, sic accipiendum est, non tantum ex persona domini, sed etiam sui, de quo posteriore iusta dubitatio esse poterat. Nā procurator etiam in rem suā datus, agit ex domini persona mandatis actionibus, ꝙ totum quale sit, exposuimus *ad l. 1. s̃. de obl.* Consentaneum igitur videbatur, vt qui conuenitur ex persona domini, possit tātum cōpensare ꝙ domino debetur, vt res tota geratur ex persona domini. Sed sciendum est procuratorem in rem suam datum, sic forma agendi agere, ex persona domini, qui actionē ei cessit, vt tamen reipsa & effectu procurator sit vere dominus, quia res commodo &

& periculo eius geritur, *l. procuratore in rem suã dato, D. de proc.* Proinde defensio compensationis ei dabitur etiam lite nondum contestata, sed multo magis, si post litis contestationem conueniatur, quia tunc maxime dominus esse incipit: nam & ceteri procuratores omnes post litis contestationem, litis domini fiunt, *l. pro rebus, l. nulla, supr. de proc.*

7 Secundo, Fideiussor † quoque si conueniatur primum citra controuersiam recte compẽsabit, ex hoc loco, quod sibi inuicem a creditore debetur, sed hoc amplius etiam compensare potest, quod debetur reo principali, *l. 5. D. eo.* qa alii debetur, sed iure suo, quoniam ex persona rei principalis, omnis exceptio, & omnia commoda rei, fideiussori competunt etiam inuito reo, *l. ex persona, de fideiuss.* Est & huius iuris hęc ratio, quia cum fideiussor conuenitur, videtur magis ipse reus principalis conueniri, *l. quod dict. de pact.* Proinde cum fideiussor compensabit, quod reo debetur, magis videtur reus ipse compensare quod sibi debetur.

8 Tertio, præterea † vnus ex promittendi reis, si a stipulatore cõueniatur, potest obiicere cõpensationẽ eius ꝙ alteri ex reis debetur, si modo rei socii sint, *l. si duo, de duob. reis promitten.* Id habet hãc rationem, quia cũ inter eos, societas cõtracta est, societas facit, vt quod socii est, meum esse intelligatur: & ꝙ meum est, intelligatur esse socii, rebus omnib. iure societatis inter nos communicatis, *l. 1. in fi. & l. 2. 3. in pr. pro socio.* Quid ergo si duo rei promittendi socii non sint? Diserte traditur *in d. l. si duo*, vno conuento nihil ei prodesse ad compensationem, quod alteri debeatur a stipulatore huius scilicet, quia illud pertinet ad reg. iur. huius loci. Vnus enim ex persona alterius non conuenitur. Sed hic obiicitur id ꝙ de fideiussore supra dixi. Nam fideiussor compensare potest etiam ꝙ reo debeatur. At duo rei promittendi, dicũtur intelligi esse vice mutua fideiussores, quasi vnus ꝓ altero fideiusserit alteri principali reo, *l. reus, in pr. ff. de duob. reis.* Resp. Duo rei promittendi intelliguntur esse vice mutua fideiussores. Intelliguntur, id est, videntur esse, non sunt, vel intelliguntur quodammodo seu ad aliquid, nẽpe ad hoc, vt diuidi inter eos actio possit volente stipulatore, de quo respondetur, *in dict. l. reus.* Ceterum vltra fideiussores non sunt, idq; manifestissimum est, ex eo, quod duo rei promittẽdi sunt duo principales rei §. 1. *Inst. de duob. reis stip.* Neuter ergo eorum fideiussor est, quoniam fideiussor nõ est principalis reus, sed accessio principalis obligationis, *§. fideiussores, Insti. de fideiuss.*

Sed rursum hic obiiciat aliquis, in obligatione duorum reorum, vna res & vna obligatio versatur, quæ res facit, vt vno liberato, quocunque modo liberatus est, alter liberetur, *l. 3. in fin. de duob. reis, §. 1. Instit. de duob. reis.* Ergo vno compensatione liberato, consequens est etiam alterum liberari. Ita consequens etiam vnum vti posse compensatione ex persona alterius, quamuis socii non sint. Respon. Non est dubium quin vnus possit vti compensatione ex persona alterius, si alter fuerit compensatione iam liberatus. Sed intelligendum est, alterum compensatione non liberari, nisi ipse cõuentus, opposuerit compensationem eius, quod ei inuicem debetur. Hanc compensationem solum ille obiicere potest, alter autem cui nihil debetur, non potest, idque est, de quo nunc quæritur *d. l. si duo, de duob. reis.*

9 Postremo † filiusfamilias si societatem contraxerit, & a socio eo nomine conueniatur, potest vna cõpensatione, eius quod patri debetur, ab eo qui agit liberari, *l. si cum filiofamil. vers. 2. D. eod.* vbi adiicitur hæc ratio, quia vnus contractus est, id est, quia contractus societatis, quæ inita est a filio, vnus est inter socium filiumfamilias & patrem filiifamilias. Nam secundum regulam iuris, quod filius † contraxit perinde habetur, quasi pater contraxisset, & ideo obligatio patri acquiritur, *l. vlt. de stip. seru.* Hac ratione intellecta, habemus vnam rationẽ, qua hic vtamur. Ergo filiusfamilias conuentus a socio, potest compensare etiã quod patri debetur ab eo qui agit, quia filius ex persona patris conuenitur. Tametsi enim filiusfamilias ab initio contraxit, tamen potestate iuris, obligatio patri tota quæsita est, quasi ipse contraxisset. Vt igitur, si procurator conueniretur ex persona domini, recte defensionibus domini vti posset, vt initio ostendimus, sic ex persona patris conuentus filius recte eadem defensione & compensatione vti potest. Vnde intelligimus quod respondetur, *in d. l. si cum filiofamilias*, in specie societatis a filio contractæ, non debere consistere id intra idem exemplum, sed referri debere ad omnẽ contractum filiifamilias, vt si filius postea cõueniatur, eo nomine possit compensare id, quod ab actore patri debetur. Sed adiicitur illic hoc temperamentum, dummodo filiusfam. compesando id quod patri debetur, caueat patrem ratum habiturum. 10

Hic opponitur *l. posteaquam, D. eo.* vbi in procuratore dicimus, procuratorem posse vti compensatione ex persona domini, neque necesse habere cauere, ratum habiturum dominum, quia non compensat. Cur non in filiofamilias, eadem ratione idem dicimus? Respond. Differentiæ ratio hæc est, quia cum procurator datur, intelligitur ei mandari, vt omnia faciat, quæ dominus in re sua faceret. Dominus autem sine dubio conuentus compensaret quod sibi debetur. Hoc ergo & ꝓcurator facere poterit, quasi ex mandato, quo interueniente ratihabitio non desideratur, *l. 6. de cond. indeb.* At filiusfamilias patris procurator non est, vnde merito cautio ab eo exigitur, fore vt pater ratam habeat compensationem.

*Ad L. vltim.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni. P.P.

*Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se obseruanda; Ita tamẽ compensationes obiici iubemus, si caussa, ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui præstare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quæ iam pene conuicta est, opponi compensationẽ iam certo & indubitato debito & moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices obseruent, & non procliuiores ad admittẽdas compensationes existant: nec molli animo eas suscipiant: Sed iure stricto vtentes, si inuenerint eas maiorem & ampliorem exposcere indaginẽ, eas quidem alii iudicio reseruent, litem autẽ pristinam iam pene expeditam, sententia terminali componant: excepta actione depositi secundũ nostram sanctionem, in qua nec cõpensationi locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperã occupantibus compensatio non datur.*

SVMMARIA.

1 *Compensatio an in omnibus actionibus, siue in rem, siue*

*siue in personam locum habeat, præcipue vero an in actionibus in rem opponi possit, & nu. seqq.*
2 *Compensationi locus non est, nisi cum pecunia petitur.*
3 *Compensationis effectus.*
4 *Compensatio quomodo admittatur ipso iure in omnibus actionibus & nu. 5.*
6 *Caussa quomodo fiat liquida.*
7 *Caussa liquida est quæ facilem exitum suo indici faciat.*
9 *Debitor si initio negauit se debere creditori, deinde conuictus ad compensationem confugit, an sit audiendus.*
8 *Ad probandam compensationem duo menses dantur.*
10 *Compensatio quando possit opponi, & quando non, num. 11*
12 *Compensatio non habet locum in actione depositi, & ea actione qua repetitur res vi occupata. Rationes ibid.*

COmplectitur hæc constitutio tria capita obseruanda de cōpensatione. Primū, in quibus caussis & actionibus compensatio locum habeat. Secundū, quis sit effectus. Tertiū, quando locum habeat.

De actione ita constituit, compensationi locum esse in omnibus actionibus tam in rem, quam in personam. Effectum compensationis hoc esse vult, vt in omnib. actionibus ipso iure minuat obligationem. Tempus hoc statuit, vt tunc admittatur, cum caussa ex qua compēsatur est liquida. In actione, excipiuntur quædam, in quibus compensatio nō admittitur, quę est summa constitutionis. Hæc capita sigillatim exspectamus.

1 De actione† ergo statuit compensationi locū esse non tantum in actione in personā, sed etiam in rem. De actione in personam ius certum fuit, cum videlicet pecunia debita petitur, *l. 4. sup.* De actione in rem ius dubium fuit, & verisimile est, in his compensationem insolitam fuisse. Hoc igitur constituit, vt etiam in actione in rem, compensatio admittatur. Sed huic parti duo obstant. Primo, quod pecuniæ vel speciei cum specie petita nulla compensatio est, nam pecuniam inuicem deberi oportet, vt sit compensationi locus, *l. 4. supr. hoc titul.* At in actione in rem pecunia numerata non petitur, sed certa species, & singularis, quæ vindicatur, *l. si in rem, 6. de rei vindicat.* Ergo siue possessor speciem aliam, siue pecuniam in speciem petitam compensare velit, non audietur, refragante compensationis natura. Hæc ratio mouere nos potest, vt mutemus sentētiam communem, quam posuimus *ad l. 4. supr.* Putemusque etiam speciei, vel quantitatis, cum specie petita compensationem induci posse exemplo actionis in rem, in qua species petitur, & tamen compensatio in eam speciem admittitur. In qua sententia & doctissimi interpretes fuerunt, vt Duarenus, qui multis hanc sententiam defendit, *in l. fructus, §. ob donationes, solut. matrim.*

2 Id ne nos cum illis moueat, statuemus verissimum esse, quod vulgo placet: non † esse compensationi locum, nisi cum pecunia petitur, & compensare vult, qui conuenitur. Et in summa non esse compensationem nisi pecuniæ cum pecunia, pecuniæ autem cum specie, vel speciei cū pecunia, vel speciei cum specie petita compensationem nullam esse. Hæc sententia & certis locis, & manifestis rationibus iuris defenditur. Loci præcipui in hanc sententiam sunt duo, videlicet, *Lex 4. supr.* vbi diserte scriptum est, compensationem pro soluto haberi, hac cōditione, si constet pecuniam inuicē deberi. Item *l. si conuenit, 2. respon. de pig. act.* vbi exemplū proponitur huiusmodi. Debitor creditori suo dedit pignori nomen debitoris sui: creditor hac datione vsus, egit aduersus debitoris sui debitorē, cuius nomen habebat pignori, & ab eo debitore consecutus est, quod is debebat. Quæsitum est, *an creditor debeat compensare cum debitore suo, quod is accepit a debitore sui debitoris?* Distinguitur, si creditor pecuniā recepit, quā debitor debitoris debebat, hanc secum pensabit, quia ipsi pecunia debebatur, & inuicem pecuniā debitori suo debuit. Quod si creditor accepit speciem & corpus aliquod: negat Vlpianus id compensari, sed pignoris loco esse creditori, donec debitor pecuniam soluat. Quibus verbis aperte speciei compensationem cum quantitatum repudiat. Proinde & econuerso idem statui oportet, si pecunia compensetur cum specie petita.

Sed vt ii loci non sint, ratio iuris euidens id ostendit, compensationi aliter locum esse nō posse, quam si vtrinque pecunia debeatur, vt de eo, his rationibus cognitis, dubitari nō possit. Duplex est autem huius sententiæ ratio. Vna est hæc: Inuito creditore, aliud pro alio soluere debitor non potest, *l. 2. §. 1. si cert. pet.* Compensare autem soluere est, *l. 4. l. inuicem. sup. hoc tit.* Ergo inuito creditore aliud pro alio compensare non potest, id est, neque pecuniā pro specie petita, neque speciem pro pecunia quæ petitur, neque pro specie aliam speciem, quam quæ ei debeatur. Quinimo ita rectius dicetur. Multo facilius est solutione liberari quā compensatione, quæ non est propria solutio, sed vicem solutionis habet, *l. 4. supr. hoc tit.* Non licet autem debitori, quod est facilius, nempe soluere aliud pro alio. Non licebit igitur, quod est difficilius, nempe aliud pro alio compensare.

Altera ratio non minus certa, hæc est: Inuitus nemo emere aut vendere, aut permutare rem suam, aut sibi debitam cogitur. Et generaliter, nemo inuitus cogitur initio contrahere, *l. nec emere, infr. de iure delib. l. sicut, de oblig. & act.* At cum debitor vult aliud compensare, quā quod petitur: aut vult cogere creditorem, vt emat, aut cogere vt vendat, aut cogere vt permutet. Quare nullius harum rerum compensatio admittenda est. Assumtio sic demonstratur: Si creditor speciem petat, veluti equum debitum, & debitor velit compensare pecuniam, quæ ei a creditore debetur, is vult equum emere ea pecunia, quæ ei debetur, ac proinde cogit creditorē vendere. Rursum si creditor pecuniam petit, & debitor compensare vult equum, qui ei a creditore debetur, vult equum suum vendere & ita creditorem cogere, vt emat. Nam quoties pro re pecunia datur, toties emtio & venditio est, *l. naturalis, §. 1. de præscript. verb. l. 1. de rerum permut.* Quod si creditor & speciem certam petat, & debitor aliam speciem sibi debitam compensare vult: vult rem cum re permutare. Est enim permutatio, vbi species pro specie datur, *l. 1. D. de rerum permut.* Effectum est, nihil horum facere cogi creditorem, ex quo consequens est, nullius harum rerum compensationem esse admittendam.

Sed obiicitur hic locus, vbi placet, compensationem admitti in actionibus in rem, in quibus tamen certum est, speciem peti, nō pecuniam numeratam. Respondeo: Quod dicitur in actionib. in rem com-

pensationem fieri posse, sic intelligendũ est, si cetera concurrant, quæ desiderantur in compensatione, id est, dummodo res compensetur, in quam cadit compensatio, & obiiciatur compensatio ei rei, cui obiici potest. Item dum possessor cõpenset, quod ei debetur, nõ quod debetur alii. Nec ad rem pertinet, quod ista non exprimatur. Satis enim significantur verbo compensationis, hoc ipso quod dicitur admitti compensatio. Non est enim compensatio, nisi cum suis conditionibus & sua natura, id est, vt pecunia vtrinq; debeatur, & compensetur id quod debitũ est, & debitum ei qui compensatione vtitur, vt ostendimus *ad l.4.* ꝭ. Proinde in actionib. in rem, sic possessor pecuniã sibi ab actore debitã recte cõpensabit, si species petita exstare desinit, ꝑ qua possessor æstimationem debere incipiat; quod contingit cum res petita dolo aut culpa possessoris periit, *l. qui restituere, de rei vind.*

Hoc diuinare est, dicet aliquis. Imo vero est contra generalitatem eius loci, vbi simpliciter dicitur, compensationem admitti in actionib. in rem. Resp. Dixi iam satis, hanc conditionẽ contineri compensationis verbo. Sed amplius recte ita dicimus. Non dicitur hoc loco compensationem opponi posse in actionibus in rem, si pecunia pro re deperdita deberi cœperit: Sed etiã non negatur. Proinde quod posteriore lege nominatim correctum nõ est, id priorum LL. regulis relictum intelligendum est, *l. præcipimus. in fi. ꝭ. de appell.* At ius vetus certum est, ita demũ compensationẽ admitti posse, si pecunia vtrinque debeatur, *d. l. 4. h. tit.* Proinde nihil facit hæc obiectio, quo minus in communi sententia maneamus.

Sed aliud secundum obstat huic compensationi. Nam de compensatione ita est reg. iur. compensationem admitti, si constet pecuniam vtrinq; deberi, *d. l. 4.* ꝭ. *h. t.* At constat in actionibus in rem, actorẽ non petere debitum, sed petere suũ: agit præterea aduersus eum qui obligatus non est, sed qui solũ rem possidet, §. 1 *Inst. de act. l. action. de obl. & act.* Proinde vel hoc nomine solum compensatio petitori obiici non poterit, quia pecunia ei non debetur, Resp. Non dubito, quin hæc obiectio mouerit veteres, cur putarent solum in actionib. in personã compẽsationi locum esse, in actionib. in rem reiicerẽt, propter quam dubitationẽ hac constitutione Iustiniani opus fuit, quæ alioqui esset superuacua, si de hac re apud veteres dubitatũ non esset. Quin imo Iustinianus aperte testatur, se hoc ius introduxisse, vt hic in principio, & apertius *in §. in bonæ fid. Insti. de act.*

Sed tamen ne hæc quidem obiectio mouere nos debet. Verum est enim actione in rem, non peti rem debitã cum species ipsa numerata petitur. At re non exstante, cum petitur æstimatio, petitur res quæ deberi cœpit. Meminisse enim oportet in omnibus actionibus, iudicio contrahi, vt cõtrahitur stipulatione. *l. 3. §. item scribit, D. de pec.* Quæ res facit, vt simulatq; lis contestata est, in actione in rem, omnia petitori incipiant deberi, quæ in iudicium deducuntur. Deducitur autẽ rei amissæ æstimatio, hæc igitur deberi incipit. Proinde ei vt pecuniæ debitæ, recte opponitur compensatio alterius pecuniæ inuicem debitæ. Sit igitur hoc ratum, nihil obstare, quo minus in actione in rem, recte cõpensatio admittatur, cum pecunia cœperit deberi petitori, pro qua compensare debitor velit pecuniam sibi ab eo inuicẽ debitam.

Quod si in actione in rem recte dicitur, dubitari non debet, quin in similibus omnibus caussis & actionibus intelligi debeat, vt quotiescunque legimus ea actione agi, qua species petitur, & legimus compensationem nihilominus opponi posse, sic locos eos omnes accipere debeamus, vt compensatio admitti possit cum suis cõditionibus, id est, cum pro specie debita quæ periit, cœpit deberi quantitas, vt vbique teneamus illam sententiam ratam, non esse compensationi locum, nisi cum pecunia petitur, & in eam pecuniam compensatur pecunia inuicem a creditore debita. Quod tamen dicitur compensationem locum habere cum pecunia vtrinque debetur, sic accipiendum est, vt pertineat etiam ad eas res, quæ pondere, mensuraue constant.

Exempli gratia, Debeo tibi 10. modios frumenti, tu ex alia caussa totidem mihi debes, recte tecum compensabo eos, quos mihi tu debes, tametsi non debeatur vtrinque pecunia numerata. Hoc ideo, quia ceterarum rerum, quæ pondere mensuraue constant, eadem natura est, quæ pecuniæ numeratæ. Omnes enim in suo genere functionẽ recipiunt, id est, idem præstant & valent ad solutionem & liberationem *l. 2. §. 1. si cert. pet.* Defenditur hæc sententia euidenti ratione, ne quis putet eam magis positam in auctoritate cõmuni interpretum, quam auctoritate iuris. Nam cum tibi debeo 10. modios frumenti, quos a te accepi, alios decem æque boni frumenti reddendo liberor, *dict. leg. 2. §. 1. & l. 3. si cert. petat.* At compensatio solutio est, *l. 4. supr. hoc titul.* Proinde & aliis eiusdem generis modiis recte tecum compensabo solutionis vice.

Secundum caput † constitutionis pertinet ad effectum compensationis. Est autem hic effectus, vt compensatio fiat ipso iure, id est, liberet debitorem ipso iure, non per exceptionem. Quod quale sit, exposuimus pluribus, *ad d. l. 4. supr.* Illud meminisse oportebit, non fuisse hunc effectum inductum primum hac constitutione, nam & ante tempora Iustiniani idem ius fuit, vt patet *ex leg. 4. ex l. si ambo 2. respon. & §. 1. l. postea quam, D. eodem.* Sed Iustinianus hoc ius nouum induxit, vt vellet etiam ipso iure fieri compensationem in rem. Cetera ad hunc locum pertinentia, repetentur ex iis, quæ dixi *ad d. l. 4. sup.* 3

Tertium caput huius constitutionis obscurius & difficilius est, & id in quo præcipue hæc constitutio versatur, in quo queritur: Quãdo † compensatio admittatur ipso iure in omnibus actionibus. Continet autem duas partes, vna est in qua ostenditur, quando compensatio admittatur, altera cõtraria, quæ declarat, quando compensatio non admittatur. 4

Quando compensatio admittatur, de eo hæc definitio est huius legis. Quoties † caussa ex qua compensatur, id est, ex qua compensatio a debitore obiicitur, liquida est, toties compensatio admittitur ipso iure, id est, semper, id est, non tantum initio litis, cum agitur aduersus debitorem, sed etiam recte obiicitur compensatio post litis contestationem, ante sententiã, imo & post sententiã recte obiicitur in actione & exsecutione iudicati. Postremum si licet facere, non dubium est quin priora liceant, sunt enim faciliora priora. At primum licet, vt diserte comprehẽsum est *in l. 2. ꝭ. h. t.* Ergo & priora licẽt. Solum exigitur, vt caussa ex qua compensatio obiicitur, sit liquida. 5

Caussa † liquida fit aut aduersarii creditoris cõfessione, aut ex genere cõstitutionis, aut ex facultate & celeritate probationis. Cõfessione aduersarii creditoris caussa fit liquida, cũ debitor dicit sibi a creditore deberi 6

se deberi tantundē ex caussa emtionis, & creditor fatetur. In hac confessione statim compensatio admittitur, omnibus suprascriptis temporibus, quia caussa liquida est, ex qua compensatio obiicitur, & liquida confessio aduersarii: nam aduersario confitente lis omnis & controuersia tollitur. *l. 3. §. quib. ad libert. procl. non licet.* Genere constitutionis caussa liquida efficitur, vbi nascitur inter debitorem & creditorem quæstio iuris, id est, vbi creditor negat, se debere inuicem debitori, sed ita, vt de facto confiteatur, de iure neget. Ex genere, creditor 100. petit mutua a debitore: debitor dicit sibi tantum ex pretio deberi a petitore, & præterea dicit, sibi vsuras deberi eius pretii, quia emtor moram fecerit, vel quia conuenerit inter ipsos, vt vsuras præstaret. Creditor factum fatetur, id est, se emisse, se moram fecisse in pretio soluendo, vel conuenisse de vsuris præstandis, sed ideo se non vsuras debere, quia vsuræ non debeantur ex mora, aut ex sola conuentione. Hic quæstio iuris introducitur, vtrum vsuræ in emtione & venditione in bonæ fidei iudiciis debeantur ex mora, aut sine mora ex conuentione, quæ iuris quæstio dicitur, quia iure certo deciditur, cum de facto prius constet. Dicimus si de huiusmodi constitutione sit controuersia, compensationem admitti debere quouis tempore, quia quæstio liquida sit: liquida ideo, quia iure certo definiatur, *l. mora. §. in bonæ. l. cum quædam. §. ex locato. ff. locati.* & quoniam iure deciditur, idcirco quæstio certa est, quia ius certum & finitum est. *l. 2. de iur. & fact. ig.* non quidem apud imperitos, sed peritos iuris, quales iudices esse oportet, idque intelligitur satis
7 ex verbis huius constitutionis *in versu 2.* vbi † caussa liquida definitur ex parte ea, quæ facilem exitum suo iudici faciat.

Celeritate etiam probationis caussa liquida efficitur, cum creditor factum negat, quod a creditore obiicitur, sed debitor affert probationem, vt probet, hodie rem ita se habere. Huiusmodi probatio, quoties offertur, in omnibus iudiciis recipienda est, etiamsi sit momentanea, & ea quæ altiorem quæstionem non admittat. *l. 3. in pr. vt in poss. leg. esse lic.* Ex his intelligimus, quæ sit caussa non liquida, ex qua compensatio obiicitur. Ergo ea caussa liquida non est ex sententia huius constitutionis, & superioribus partibus, quas exposuimus, quoties debitor sibi dicit aliquid deberi ex ea caussa, quam debitor non possit probare nisi testibus qui nunc non sunt in præsentia, aut instrumentis, quorum fides in dubium reuocetur. Hæ sunt illæ caussæ, quæ dicuntur habere altiorem seu obscuriorem indaginem, quoniam neque facilis est probatio per testes, neque facile fides instrumentis confirmatur.

Huiusmodi debitum si opponatur, hic placet cōpensationem opponi non posse, sed ita vt non semper hoc casu compensatio repudietur, sed in eo hæc distinctio ex sententia huius constitutionis adhibenda est. Refert vtrum debitor, qui compensationem opponit debiti non liquidi, eam opponat iam conuictus debere, quod prius se debere nec probauerit; an vero eam opponat iam ab initio litis, si iam conuictus aut pene conuictus confugit ad compensationem; verba constitutionis manifesta sunt, compensationem admitti non debere, sed eam reiiciendam esse in aliud iudicium, & iudicem debere caussam iam pene finitam, sententia definitiua componere *hac in vers. Satis enim. & in vers. existimo, &c.*

Sed opponitur *l. aufertur. §. qui compensationem. ff. de iur. fisci.* vbi traditur, *eos qui compensationem fisco opponunt, debitum intra duos menses probare debere.* Quibus verbis efficitur, † saltem iis duos menses ad probandā compensationē dandos esse. Id si aduersus fiscum recipitur, multo magis aduersus priuatos recipiendū est, quibus debitor compensationē opponit. 8
Et hoc argumēto male Accurs. hoc loco & Bart. putant etiam iam conuicto compensationē opponenti saltem duos menses dandos esse ad probandum debitum, si modo ei condemnato totidem menses dandi essent ad iudicatum faciēdum. Quę sententia speciem ęquitatis habere videtur. Nam nulla fit iniuria creditori, si intra tempus, quod debitori ad soluendum datur, admittitur probatio debiti, cum ante id tempus creditor exigere pecuniam iudicati non possit.

Sed verba huius constitutionis aperte refragantur, quę vt dixi iubent caussam statim sententia definitiua cōponi, & simpliciter cōpensationem alii reseruari iudicio, quorū neutrum fit, si duos menses ad probandū debitū debitori concedimus. Et ideo hęc sententia tenenda est: Nullo modo audiendum esse debitorem, † compensationem opponentem, qui 9
initio negauit se debere creditori: deinde conuictus aut pene conuictus confugit ad defensionē cōpensationis, si opponat debitum non liquidum. Moueri nō debemus. *l. aufertur. §. qui cōpens. de iur. fisci.* Quod enim illic dicitur: Qui compensationem fisco opponat, necesse esse intra duos mēses debitum eum probare posse, ex iure veteri dictum est, quod hanc decisionem Iustiniani antecessit: quo iure quisquis debitor compensationem in iudicio opponeret audiebatur, quodcunq; tempus esset ad probandum debitū, nec prius condemnari debebat creditori, quā creditor mutuę petitioni respondisset, vt expressum est *in l. neque scriptura. §. h. t.* Singulare ius erat in fisco, vt qui compensationem fisco opponeret, non audiretur, nisi debitum probans intra duos menses. Hoc ius emendatum est hac constitutione, & placuit debitorem compensationē opponentem, quamuis opponat priuato creditori nō fisco, tamen audiendū non esse, si post longam disceptationem conuictus compensationē opponat, vt hic verba manifesta sunt legis. Quod si constituitur etiam pro priuato creditore, multo magis pro fisco constitutum intelligendum est, vt qui fisco compensationem opponunt, conuicti nullo modo audiantur, ne intra duos quidem menses.

Nihil ad rem pertinet, quod dicitur *in l. 2. §. contrarium. sup. de vet. iur. enucle.* Nam hoc non pertinet ad nouas decisiones Iustiniani, quę postea emendato codici insertę sunt. *l. vn. §. de emend. cod.* Ex iis decisionibus vna est hęc, quod apparet ex inscriptione. Inscriptio est enim, *Præfecto prætorio*, Iohannes præfectus pręt. fuit aut Coss. Lampadio & Oreste, aut post Coss. Lampadii & Orestis, vt patet ex inscriptionibus & subscriptionibus, *l. cum antiquitas. l. iubemus cum seq. inf. de testam.* Neque hic quicquam inique aut acerbe aduersus debitorem constituitur, quod non exspectatur saltem tempus iudicati: sic enim salua hac constitutione res transigetur sine eius incommodo, si debiti non liquidi compensationem opponit debito iam probato, statim condemnandus est, vt hęc l. iubet: si ei tēpus ad iudicatū faciendū datur, poterit interim petere, quod sibi dicit deberi, aut exceptione vti aduersus actionē iudicati, & intra id tēpus parare suas probationes, si interim probat sibi

inuicem quid deberi, compẽsatio admittetur etiam aduersus actionem iudicati, & ita exsecutionem iudicati euitabit, *l.2.in fin.sup.hoc tit.* Si interim probare debitum non potest, de se queri debet, qui in tempore compensationem non opposuit.

Ex hac re duo sunt incommoda debitori, quod compensatio non admittitur. Primum incommodum hoc est, quod fieri potest, vt si debitum petat a creditore, is interim desinat esse soluendo; atque ita debitum amittat: inanis enim est actio, quam excludit inopia debitoris. Alterum incommodum est, quod fieri potest, vt quod debitori debetur, id debeatur tantum naturaliter; hoc debitum seruare potuit, si compensatio non admitteretur, *l. etiam. ff. eod.* Compensatione repudiata hoc debito excidit, quia compensatione iam seruare non potest, persequi enim non potest, quia id debitum naturale est, quod solutum potest retineri, peti autem non potest, *l. naturales. de obl. & act.* Quod si debitor a creditore suo conuentus iam ab initio compensationem opposuit, quandocunque & intra quodcunque tempus eam postea probet, audietur, etiamsi debitum, quod hac compensatione petitur, obscuram & difficilem quæstionem habeat. Hoc non exprimitur hac lege, sed satis intelligitur partim ex versu *Satis enim*; partim ex vers. vlt. cum compensatio repudiatur sub conditione, si debitor iam conuictus aut pene conuictus compensationem opponat: sic enim colligitur recte. Ergo si statim opponat, compensatio admittetur, vbi opponit eam & ante disceptationem omnem, & nullo modo conuictus, argumento *l. 1. vers. huius. de offic. eius.*

Hoc vulgo interpretes omnes admittunt cum Accursio, si debitor a creditore conuentus initio bonam fidem statim opponit, dicens sibi tantundem a creditore deberi, eaque defensione aduersus intentionem creditoris vtitur, eandemque sententiam defendunt hac ratione. Quia cum debitor confessione sua exoneret creditorem onere probandi, æquum est, etiam eum in hac re onerari, vt compensatio debitoris eius debiti probatio admittatur. Argumentum sumtum *ex l. eum qui. in pr. ff. de iureiur.* vbi putant, hac regula tradi licet falso, eum qui in vno releuatur, in alio debere onerari. Etsi hoc falsum est, neque id probatur eo loco, de quo alias dicendum est, tamen nihil opus est hac probatione. Nam ego amplius puto, etsi debitor initio negauerit, se debere, si modo etiam compensationem simul opposuerit, semper audiendum esse, probantem debitum, quod opponit, etiamsi minime sit liquidum. Exempli gratia: Debitor, a quo 100. petebantur tanquam mutua, negauit se creditori ea debere, & simul adiecit, si deberet, sibi tantundem deberi a creditore ex emto; & eam compensationis exceptionem initio litis contestatus est: ait, si creditor probauerit sibi 100. mutua ab eo deberi, nihilominus debitorem conuictum recte oppositurum compensationem, quam initio contestatus est, & audiendum esse volentem probare, sibi id debitum esse, quod debitum dicit.

Hæc sententia multis argumentis probatur, partim petitis *ex hac l.* partim *ex §. in bonæ fid. Inst. de act.* partim *ex principiis iuris noti de except.* I. Argumentum hoc est ex hac lege. Non admittit Iustinianus compensationem debiti non liquidi sub conditione, *Si debitor iam conuictus post longam disceptationem eam opponat*, quæ conditio diserte expressa est *in §. vlt. huius legis.* Ergo hac conditione cessante compensatio etiam a conuicto oblata recipienda est, quamuis compensatio obiiciatur debiti minime liquidi, *d.l.1. vers. huius. de offic. eius, &c.*

II. Argumentum est *ex eadem lege, in vers. existimo in iis verbis, Sed stricto iure vtentes.* Iustinianus iubet vt iudices stricto iure vtantur aduersus eum debitorem, qui conuictus aut pene conuictus compensationem opponit. At stricti iuris ratio hoc exigit, vt exceptionem initio non contestatam deinceps in iudicio opponere ante sententiam non liceat, initio autem contestatam quandoque obiicere liceat, *l. præscriptionem. l. siquidem. infr. de except.* Ergo etiam verbis huius constitutionis admittitur compensatio & quæuis probatio eius, si compensatio initio in iudicium deducta erit, seu contestata erit.

III. Argumentum *ex §. in bonæ fid. Inst. de act.* Illic Iustinianus ait, compensationes olim admitti solitas ex rescripto D. Marci per exceptionem. Hoc ius mutat, vt compensatio minuat ipso iure actionem, sed sub conditione, si compensatio aperto iure nitatur. Ergo si compensatio aperto iure non nitatur, id est, si compensatio sit debiti non liquidi, Iustinianus vult manere ius antiquum, vt compensatio per exceptionem opponatur. Quæ enim aperte non emendantur in veteribus legibus, ea veterum legum regulis reseruantur, *l. præcipimus. inf. de appell.* Iam autem dixi, iure veteri exceptionem initio contestatam, licuisse postea intra quoduis tempus probare, dum idoneum, *l. siquidem. inf. de except.* Ergo & nunc ex constitutione Iustiniani idem facere licebit.

IV. Argumentum est ex iis regulis, quæ sunt de omnibus exceptionibus. Si debitor conuentus vel ex stipulatione, vel alia actione, quæ iure summo consistat, fateatur se debuisse & debere ex ea caussa, sed idonea aliqua exceptione vtatur, vel pacti conuenti, vel rei iudicatæ, vel iurisiurandi, inter omnes conuenit, exceptionem admitti: & vt probare debitor exceptionem debet, ita dandum ei esse spatium ad probandum, nec prius eum damnandum esse, quam exceptionem implere non potuerit, *l. in except. de probat.* Inter ceteras defensiones iustissima est defensio compensationis, vt quæ pene eadem est cum solutione. Ergo quandocunque intra quodcunque tempus eam probet debitor audiendus est. Si initio compensationem opposuerit, neque distinguitur, vtrum debitor initio confessus fuerit se debere, an exceptionem opposuerit; an vero vtrumque fecerit, vt negaret se debere, & tamen compensationem opponeret, aut aliam exceptionem, si conuinceretur debere, *l. exceptionem. sup. de probat. l. siquidem. inf. de except.* Postremum argumentum hoc est, si debitor conuentus neget se debere, & si debet, dicat tamen soluisse, audiendus est solutionem probare volens, vbi erit conuictus, etiamsi solutio non sit liquida, *argumentum in l. 1. sup. de probat.* Compensatio solutio est *l. 4. sup.* proinde & in compensatione initio opposita idem admittere debemus, quamuis debitor primo negauerit se debere.

Ex his † efficitur hæc sentẽtia, quã teneamus, cum 10 quæritur, quando compensatio opponi possit; compensationem opponi posse tribus temporibus: Vno, *Si id debitum, quod debitor opponit, constat deberi confessione aduersarii.* Secundo, *Si de eo debito controuersia sit, sed debitum sit liquidum, id est, eiusmodi, quod iuris quæstionem habeat, aut facile & cito eadem die probari possit.*

*poſſit.* Tertio, *ſi de debito controuerſia erit, & res facti obſcuriorem quæſtionem habebit, ſed debitor ſtatim initio*
11 *compenſationem opponat.* Contra † vero compenſationi locus non erit, cum debitor compenſationem non opponet, ſi hæc concurrent, vt iam conuictus, aut pene conuictus, eam opponat, & debitum non ſit liquidum.

Hic monendi ſumus ex verbis huius conſtitutionis, nihil intereſſe, vtrum debitor iam ſtatim ab initio compenſationis exceptionem conteſtetur, an vero ea omiſſa ſtatim ante aliam diſceptationem cauſſæ eam opponat, vt colligitur *ex hac l. verſicu. ſatis. & verſ. vlt.* Ex omnibus cauſſis duæ actiones excipiun-
12 tur, in extremo huius legis, in quibus † placet nullo modo compenſationem opponi poſſe, ſiue debitum liquidum opponatur, ſiue non liquidum, actio depoſiti, de qua *in l. pen. ʒ. depoſit.* & actio, qua repetitur res vi occupata. Placet ſpoliatum ante omnia reſtituendum eſſe, vſque adeo, vt ei, qui ſpoliatus rem repetit, non poſſit exceptio eiuſdem criminis obiici, *l. ſi quis in me. ʒ. ad l. Iul. de vi publ.* Quæ quærenda ſunt de actione depoſiti, reiicientur *ad l. pen. ʒ. depoſ.*

Cum hæ duæ actiones tantum excipiantur, regula ſuperior in reliquis cauſſis confirmatur, vt ſcilicet in omnibus compenſationi ſit locus ſecundum diſtinctionem ſupraſcriptam. Vnde hoc loco opponitur *l. vlt. ʒ. commod.* vbi verba ſunt: *Prætextu debiti non recte recuſari commodati reſtitutionem.* Senſus eſt: *Ei qui commodatum repetit, non poſſe opponi compenſationem debiti, quo minus commodatum reſtituatur.* Dixi ad eam legem: quod verba eius legis demonſtrant: Idcirco id dici, quia commodator, non petebat pecuniam, ſed petebat rem commodatam, quæ exſtabat, ſed quam debitor dicebat ſe nolle reſtituere, quia ſibi pecunia a commodatore deberetur. Id indicant illa verba: *Reſtitutio commodati non recte recuſatur.* Non eſt mirum, ſi hic ceſſet compenſatio. Nam hic recte conſtituimus *ad l. 4. ſup. & initio huius legis,* neque quantitatis cum ſpecie, neque ſpeciei cum quantitate, neque ſpeciei cum ſpecie compenſationem eſſe. Recte eſt igitur huius exceptio, neque ad plures cauſſas pertinet.

## AD TITVLVM XXXII. COD. De Vſuris.

SVMMARIA.

1 *Cohærentia huius tituli cum præcedente nulla.*
2 *Vſura quid.*
3 *Sors quid.*
4 *Pecuniæ appellatione quæ contineantur.*
5 *Vſura vnde dicta.*
6 *Summa huius tituli.*
7 [redacted]

1 HIc titulus cum † præcedente nullo modo cohæret, quin imo conditione præcedentis tituli excluditur. Nam ſi pecunia numerata non eſt, nulla ſors debetur, ſorte nulla conſtituta, vſuræ ſortis natura nullæ deberi poſſunt. Sed titulus hic inſertus eſt, quia ad tractationem huius lib. generalem pertinet. De contractibus hoc libro agitur. Contrahuntur obligationes, quibus principaliter pecunia debetur. Pro ea pecunia interdum æquum eſt etiam accedere vſuras, tanquam eius pecuniæ fructum. Sed cum id in aliis contractibus accidat, præcipue vſurarum ratio haberi ſolet in bonæ fidei iudiciis, *vt mandat. ſocietat. emt. locat.* Ob hanc cauſſam hoc loco hic titulus collocatus eſt, non ſolum vt pertineret ad præcedentes contractus, vt mutuum & ſimiles, in quibus pariter pecunia debetur, ſed etiam & multo magis vt præmitteretur hæc tractatio contractibus bonæ fidei, qui deinceps ſequuntur.

Vſura † eſt acceſſio ſeu additamentum pecuniæ, 2
quod ſupra ſortem pro eius ſortis vſu præſtatur. Vſura acceſſio & additamentum eſt, ſic vocatur *in l. cum non. l. ſi ea lege. l. frumenti. infr. hoc titul.* quia vſura accedit & additur ad ſortem, quæ principaliter debetur. Eſt acceſſio pecuniæ, vt intelligamus, non conſiſtere vſuram niſi in pecunia numerata, quæ præſtatur pro vſu ſortis. Ideo ſi aliæ res vltra ſortem pro eo vſu præſtantur, dicuntur præſtari inuicem vel in fraudem vſurarum, quo declaratur vſuras non eſſe. *d. l. cum non.* [redacted]

Sors † latine, & præcipue iuris auctoribus eſt ſum- 3
ma pecuniæ, quæ ex quauis obligatione principaliter debetur: huic accedunt vſuræ, *l. lecta. verſ. dicebam & deinceps, ſi cert. pet. l. vxori. de vſufr. leg.* Ergo ſors eſt pecunia & ſumma, quæ principaliter debetur. Ea re admonemur, quemadmodũ vſura non eſt, niſi pecunia ſit, nec vſuras accedere poſſe, niſi pecuniæ principaliter ſint debitæ, id enim ſors ſignificat. Deinde, ſi qua ſpecies principaliter ex aliqua cauſſa debebitur, eius ſpeciei nomine vſuræ deberi non poſſunt. Et breuiter commoda, quæ ex ſpecie quacunq; percipiuntur, dicuntur fructus; quæ ex pecunia debentur, proprie vſuræ, nec in alias res vſuræ cadunt, *l. vſura. de verb. ſig. l. 3. §. nonnunquam. ff. eod.*

Huius rei effectus duplex, propter quem conducit hæc tenere. Vnus eſt, vt intelligamus, ſi pro aliis rebus vſura promiſſa ſit, inutilem eſſe promiſſionem, vt ſi equum mihi debeas, & ſtipuler vſuras in ſingulos menſes, quibus equum non dederis. Alter effectus eſt, vt quibus in cauſſis placet Iureconſultis vſuras ex mora deberi, in iis intelligamus non deberi vſuras, ſi aliæ ſpecies & aliæ res, quam pecunia numerata debeantur *l. 3. §. vlt. de vſur.*

Cum vſuram pecuniam eſſe debere dicimus, & accedere præterea debere ſorti, id eſt. pecuniæ principaliter debitæ, hoc ita dicimus, vt velimus pecu-
niæ † appellatione hic intelligi etiam ceteras res, 4
quæ quantitate conſtant, vt pondere, menſura, &c. vtputa cum oleũ vel frumentũ debetur, vſuræ eo nomine recte accedent, ac ſi pecunia numerata deberetur. Et in his ipſis rebus non tantum pecunia numerata accedere poteſt, additamenti loco, ſed etiam aliæ res eiuſdem generis præſtari, *l. frumenti. l. olei. inf. hoc tit.* Huius rei rationem illic exponemus. Videbitur tamen ſuperiori ſententiæ aduerſari, *l. pro auro. ʒ. h.* vbi pro veſte etiam vſuræ præſtantur. Sed illic quæ ſit ſententia eius loci dicemus.

Eſt autem vſura, quę pro vſu ſortis pręſtatur, vt intelligamus, ſi quis ſorte non vtitur, ſed eam ſoluit, vſuras deberi non poſſe. Hic autem locus notationem verbi aperte indicat. Eſt enim † vſura di- 5
cta, quaſi vſus, eo quod pro vſu ſortis pręſtatur. Et notum eſt, Ciceronem vſuram innumeris in locis pro vſu nominare.

De vſuris † ſumma huius tituli hęc eſt: Vſuras in- 6
terdum etiam pręter ſortem recte deberi & exigi; Id tunc fieri, cum tria hęc concurrant, vt eę cauſſę pręcedant, ex quibus iure ciuili obligatio vſurarum

nascitur; vt vsurarum quantitas legitimum modum non excedat: vt quæ semel recte deberi cœperint, deberi non desierint. Hinc sunt constitutionis huius tria hæc capita: Quibus in caussis deberi incipiant: Vsurarum legitimus quis sit modus: Vsuræ quibus modis deberi desinant, quæ primo competiissent. Quibus ex caussis deberi incipiant, dicam *ad l.3. infr.* Vsurarum modus præstitutus est *in l. eas. & l. vlt. hic.* Quomodo deberi desinant, attingitur *ad l. acceptam. infra.*

Sed quoniam hæc omnis disputatio inutilis futura est, si vsuræ lege & verbo Dei sint illicitæ, initio ita statuemus, variis in caussis non tantum licitas esse, sed etiam iustissimas, quæ suis locis a nobis notabuntur. Et quoniam de eo tractari vulgo solet *ad Auth.*
7 *adhæc. infr. hoc tit.* opportunius dicemus. [redacted]

*Ad L.1. Si interrogatione, &c.*

Imp. Anton. Pius A. Euocato.

*Si interrogatione præcedente promissio vsurarum recte facta probetur: licet instrumento conscripta non sit, tamen optimo iure debentur.*

S V M M A R I A.

1 *Vsuras stipulatione promissas iure optimo deberi & exigi posse, si interrogatione præcedente promissæ sint, & promissio facta probetur. & nu. 5. & nu. 10.*
2 *Dictionum iure optimo sensus.*
3 *Natura quando vsuræ debeantur.*
4 *Officio iudicis vsuræ quando debeantur.*
6 *Stipulatio quibus rebus constet.*
7 *Recte aliquid facere, est facere vt ius præscribit.*
8 *Lex est faciendorum regula, ad quæ facienda & non facienda diriguntur.*
9 *Iure quæ fiunt vtiliter fiunt, quæ contra inutiliter.*
11 *Interrogatio, responsio & promissio quomodo probentur.*
12 *Instrumento dicente debitorem promisisse, cur omnia solemniter acta existimentur.*

TRES sententiæ breuiter hoc rescripto comprehensę sunt, quas sigillatim expendi oportet. Sunt
1 autem hæ: Vsuræ stipulatione promissæ, † iure optimo debentur, ita promissæ iure exigi possunt, sed hac conditione, si interrogatione præcedente promissio earum recte facta probetur. Neque obligationi neque petitioni huic quicquam obstat, si promissio conscripta non fuerit. Quod dicitur vsuras stipulatione promissas iure deberi, certi iuris est. *ex l. 3. infr.*
2 *hoc tit.* Quod † dicitur iure optimo deberi, quæritur quid sit illud, *iure optimo.* Quid enim? Est ne aliquid ius non bonum vel non optimum? Item, est ne aliud ius alio melius? Respondeo: Cum agitur de re aliqua obtinenda, vt hic de vsuris obtinendis, ius optimum dicitur id ius, quod est optimum & conuenientissimum, vtilissimum ad id obtinendum, de quo agitur, vt Vlpianus *in frag. tit. de leg.* vocat ius legati per donationem, ius optimum ideo, quia prius ostendit esse aptissimum & conuenientissimum modum ad omnia legata, & omnes res vtiliter relinquendas. Sic hoc loco vsuræ stipulatione promissæ dicuntur iure optimo, id est, iure certissimo & efficacissimo ad obtinendas vsuras.

Quod recte dictum est per comparationem eorum modorum, quibus præter stipulationem vsuræ debentur. Nam & natura deberi possunt & officio iudicis. Natura, † cum pacto promissæ sunt. *l. 5. §. Imperator. de solut.* Hoc modo debitæ, iure bono, id est, ad aliquid vtili debentur, quia si solutæ sint retineri possunt, neque in sortem imputantur. *l. 3. inf. hoc tit.* sed deest quod est optimum ad vsuras obtinendas. Nam ex hoc iure peti vsuræ non possunt, *d. l. 3. hic.* 3
Officio iudicis † vsuræ debentur in bonæ fidei iudiciis ex mora, *l. quaero. ff. locati.* & hoc iure etiam vtili ad aliquid & efficaci. Nam & ex hac caussa solutæ retineri possunt, & nondum solutæ peti possunt, *d. l. quaero.* sed hac distinctione, quod non possint peti nisi vna cum sorte. Sortis autem petitione sublata vsuræ ita debentur, vt ad earum persecutionem nihil desit earum rerum, quas supra desideramus. Nam & peti possunt stipulatione promissæ, & peti possunt solæ, sine sorte, *l. centum Capuæ, de eo quod cert. loco.* Vere igitur ita promissæ debentur optimo & efficacissimo iure, non item quæ aliis modis debentur. 4

Ex eo efficitur ea sententia, quam supra posuimus, vt quoniam stipulatione promissæ ita dicuntur, vt dixi, intelligamus † etiam eas vtiliter iudicio exigi 5
posse. Itaque id includitur illis verbis, *Optimo iure.* Ad hanc autem petitionem referri debet conditio, quæ ponitur in principio huius legis: non enim debentur vsuræ, id est, in obligationem veniunt, si stipulatio probetur. Debentur enim etiam sine vlla probatione, sed peti non possunt, nisi hac conditione, si interrogatione præcedente promissio recte facta probetur. Exigitur vt præcedat interrogatio & promissio sequatur. Hoc ideo, quia exigitur, vt ex stipulatione debeatur. *l. 3. infr.* Constat autem † stipu- 6
latio his duabus rebus, interrogatione præcedente, & responsione sequente, *Instit. de verb. oblig.* Hæc responsio, qua respondemus nos daturos facturosue, est promissio, *§. de constituta pec. Inst. de act.* Recte igitur hic vtrumque exigitur ad stipulationem, interrogatio præcedens, & sequens promissio.

Exigitur amplius, vt promissio recte facta sit. Non adiicitur hoc otiose. Recte † aliquid facere, est 7
facere vt ius præscribit, facere vt iure fieri oportet, vt cum dicimus nuptias recte contrahi *in l. adigere. de iur. patron.* Id significatur, quod est *in principio tituli, Instit. de nupt.* secundum præcepta legum. Significatio ex eo est, quia lex † est faciendorum regula, ad 8
quæ facienda & non facienda diriguntur, *l. 2. de legib.* Et quoniam † quæ iure fiunt, & vti oportet, vtiliter 9
fiunt, quæ contra, fiunt inutiliter. *l. non dubium. de legib.* Hinc fit, vt recte fit, & iure & vtiliter aliquid facere. *l. nemo rem 82. in pr. de verb. obl.* Ergo hoc loco promissio recte facta intelligitur, quæ facta est eo modo, quo iure optimo, ac proinde vtiliter. Hoc vt dixi, non adiicitur otiose, nam ad vim stipulationis non est satis pręcedere interrogationem, & responsionem seu promissionem sequi, sed præterea hoc accedere oportet, vt promissio præsens præsenti respondeat, vt respondeat statim, non ex interuallo, & respondeat non nutu, sed verbis: nam vbi contra fit, inutilis est stipulatio. *l. 1. §. 1. & §. seq. l. continuus. in pr. de verb. obl. l. 2. ff. de inut. stip.*

Exigitur † præterea, vt hæc omnia probentur, id 10
est, interrogatio præcedens, responsio sequens & promissio, qua quis in præsentia sine interuallo & verbis promiserit. Hæc probatio ex regulis iuris de probationibus conuenienter exigitur: nam qui vsuras pe-

ras petit, stipulatione debitas dicit, qui dicit, probare debet, *l. 2. de probat.* Non probatur stipulatio nisi iis rebus, quib. stipulatio conficitur. Cõficitur autẽ reb. suprascriptis, ꝓinde vt eæ ꝓbentur recte hic exigitur.

Sed hoc loco opponitur *§. si scriptum. Instit. de inut. stip. & l. sciendum. de verb. oblig.* In *§. si scriptum*, ita scriptum est. Si scriptum sit in instrumento, aliquem promisisse, videtur omnia solemniter acta. Et in eandem sententiam scriptum est *in d. l. sciendum*, si quis scripserit, se fideiussisse. Quibus verbis aperte hoc dicitur: Quoties probatur promissio ex instrumento, probationem sufficere, nec necesse esse probari interrogationem præcedentem, aut probari promissionem amplius recte factam. Respondeo: Non est necesse ad hæc concilianda, quærere diuinatoriam distinctionem, vt hic dicatur res probari per testes: In superioribus autem locis probatur per instrumentum, quoniam hæc non modo contraria non sunt, sed etiam superioribus locis maxime confirmantur. Ideo quod hoc loco dicitur, cum in eisdem scriptum est, aliquem promisisse exempli gratia, vsuras, de quibus agitur, non est necesse nominatim probare interrogationem, præcessisse, & promissionem recte factam esse, quia promissione recte probata superiora hæc satis probantur.

Cum enim dicitur aliquem promisisse, hoc dicitur, illud vtiliter promisisse, interpretatione iure recepta. I. Quia verba cum effectu accipienda sunt, *l. 1. quod quisque iuris.* Deinde, quia cum promissor aliquid promisit, quia dixit, verba sic accipienda sunt, vt res sit in tuto, quia hoc animo erat, vt obligaretur, *l. quoties in stipulationibus, de verb. oblig.* At promissio ea demum vtilis est, quam interrogatio præcedit, & quæ recte fit, vt supra dixi. Proinde qui probauit promissorem promisisse, seu scripsisse, se promisisse, vi ipsa & necessitate definitionis vel consequentię probat interrogationem præcedentem, & promissionem recte factam. Ergo id ipsum illic fit, quod in hac lege exigitur. Exigitur enim vt interrogatio præcedens & promissio recte facta probetur. Hæc omnia probantur, cum quis profert instrumentum, in quo scriptum est, promissorem promisisse. Proinde fit, quod hoc loco exigitur.

Sed hic occurritur: Nam probato instrumento, in quo scriptum est, aliquem promisisse, non est necesse nominatim & aperte probare interrogationẽ pręcedentẽ & promissionem recte factam. Respondeo: Non est id huic loco contrarium vllo modo. Nam hic exigitur tantum, vt interrogatio præcedẽs, & promissio recte facta probetur. Non exigitur autem vt hoc aut illo modo ꝓbetur. Ergo quocũq; modo hæc probabuntur, ad sententiã huius loci nihil interest.

11 Quomodo igitur hæc probantur? Duobus † modis: Aut enim instrumentum scriptum est, in quo dicitur debitorem promisisse vsuras; aut nihil scriptum est. Si scriptum est, sufficit instrumentum proferri. Nam hoc ipso, quod dicitur, debitorem promisisse, cetera videntur solemniter acta, id est, cetera sua sponte hoc verbo prolata intelligũtur. Quod si nullum huiusmodi instrumentum est, hæc sigillatim probari oportet, quæ hic comprehensa sunt, si debitor postulet, hoc ideo, quia hic nihil dictũ est a promissore, ex quo interrogatio præcedens, aut promissio recte facta intelligatur, vt colligitur, cum in instrumento dicitur, illum promisisse.

Quid ergo si testes interrogati dicant debitorem promisisse vsuras, nec quicquam adiiciant amplius? An hoc ipso omnia solemniter gesta existimari debent, vt fieret si instrumentum idem diceret? Hanc dubitationem facile pręcidet bonus patronus & bonus iudex. Patronus, si præcidat capita, de quibus testes nominatim interrogari velit, nempe de interrogatione pręcedente, & de promissione statim ex verbis *& præsens* facta. Idem etiam faciet bonus iudex. Quo facto nulla dubitatio supererit.

Sed si id forte pretermissum sit, quomodo dictum testis interpretabimur? Respondeo: Si proponatur peritus aliquis iuris testis, existimandus est, locutus esse ex eo quod intelligit, id est, ex vsu iuris, vt promittendi verbo intelligatur dixisse promissionem vtilem, atque ita omnia solemniter gesta esse intelligantur. Sin erit rusticus aut plebeius, aut alius imperitus rerum forensium, minime ex eius verbis existimari debent omnia solemniter gesta. Non enim amplius de eius verbis æstimandum est, quam ipse sensit, nec potest responderi sensisse, quod nõ intellexit.

Cur ergo instrumento † dicente debitorem promisisse, existimantur omnia solemniter acta. Respondeo: Quia instrumentum verbis promissoris vtitur, testis vtitur suis. Proinde de verborum interpretatione ex eorum persona iudicandum est: cum in instrumento scribitur debitorem promisisse, videtur ipse debitor id dixisse, quoniam instrumentum ipsius voluntate & approbatione scriptum est. Iam dixi, quia ipse contrahit, verba eius sic esse accipienda, vt obligetur, *d. l. quoties. in stip. de verb. oblig.* At testis affirmat suis verbis. Nõ enim dicit promissorem dixisse, se promisisse, sed ipse suis dicit, illum promisisse. At testis non contrahit. Proinde non debent ipsius verba sic accipi, vt obligetur vel ipse vel alius. Ita solum eius intelligentiæ seruiendum est, id est, videndum, quid senserit & intellexerit. 12

Hic obiicitur *l. in exercendis. sup. de fid. instrum.* vbi traditur, eandem vim esse instrumentorum & testium, quo efficitur, vt si instrumento creditur omnia solemniter acta, etiam testi idem credendum esse. Respondeo: Eadem vis est instrumentorum & testium ad fidem & probationem, id est, vt probetur factum esse, quod instrumenta aut testes dicunt: sed non eadem est vtriusque generis verborum interpretatio, quoniam in instrumentis de verbis promissoris agitur, in testimoniis de verbis testis, quorum non eadem sententia & interpretatio est, ob eam caussam, quam supra reddidimus.

Quod tertium adiicitur in hac lege, non obstare obligationi & petitioni vsurarum, si stipulatio scripta non sit, sumtum est ex iure certo de vi instrumentorum, quæ hæc est, vt per instrumenta res non gerantur, sed probentur, ac proinde sine iis res gesta valeat, si habeat aliunde probationem, *l. cum res, de probat. & l. 4. de fid. instrum.*

*Ad L. 2. Vsuras.*

Impp. Seuerus & Anton. A A. Lucio.

*Vsuras emtor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit: quamuis pecuniam obsignatam in depositi caussam habuerit, æquitatis ratione præstare cogitur.*

SVMMARIA.

1 *Emtor, si pretium venditori non soluat, an vsuras debeat, & an statim, an vero ex aliquo tempore & aliqua caussa.*

2 *Moram nemo facit quamuis interpellatus, si iustam recusandæ solutionis caussam habeat.*
3 *Conuentiones vt dolus præstetur, vel quæ dolum inuitant iure improbantur.*
4 *Emtor, qui statim re tradita pretium offert, moram non facit.*
5 *Vsuræ pretii quando debeantur.*
6 *Emtor, quo iure vsuras præstare cogendus sit, si neque stipulatione neque pacto conuento promissæ sint.*

EMTOR pretium venditori debet, & si pretium non soluat, etiam accedunt pretii vsuræ, quas creditori præstare debeat, *l. Iulianus. §. ex vendito. de act. emt.* Quæritur † an statim vsuras debeat, an vero ex aliquo tempore & aliqua caussa? Et placet, non simpliciter eum vsuras debere, sed generaliter, his duabus de caussis: si conuenit vt præstaret, & sine conuentione ex mora, *l. cum quidam. §. ex locato. ff. eo. l. initio. inf. de pact. inter emt. & vendit.* Hæc ipsa iuris definitio explicatur in hoc rescripto, quo aptius declaratur, quando debitor vsuras præstare non debeat, quando debeat. Totum ex definitionis moræ interpretatione.

1

Hic igitur significatur, emtorem, quamuis pretio non soluto vsuras non debere tribus temporibus. I. Si ei possessio rei venditæ tradita non sit. Hoc colligitur ex eo, quod hic exigitur ad obligationem vsurarum, vt possessio sit emtori tradita; Ergo hac non tradita vsuras non debet. Id autem efficitur ex superiori definitione. nam vsuræ pretii ab emtore non debentur, nisi ex mora, vbi conuentio nulla est. At antequam res sit emtori tradita, emtor moram in pretio soluendo non facit. quantumuis interpelletur a venditore, vt pretiũ soluat. Nemo enim quamuis maxime interpellatus † moram facit, si iustam recusandæ solutionis caussam habet, *l. sciendum. ff. eod.* Re autem nondum tradita iustam caussam habet emtor pretii non soluendi: non enim venditor recte ab emtore exigit, quod ipse emtori non præstat, *l. qui prudentem. ff. de act. emt.* quemadmodum nec venditor moram facit in re tradenda, nisi emtor pretium afferat, *l. Iulianus. §. offerri. de act. emt.* Proinde re non tradita moram non facit, eoque nec vsuras pretii debet.

2

Hoc amplius dicimus, etiamsi nominatim conuenerit inter emtorem & venditorem, vt emtor vsuras pretii præstaret, tamen re nondum tradita vsuras ex conuentione non deberi, quoniam in conuentione inest hæc conditio, si venditor rem tradiderit. Nam & venditor rem venditam ex conuentione emti & venditi præstare debet, sed tamen non debet, nisi hac conditione, *Si emtor pretium offerat.* Similiter & emtor pretium debet ex conuentione, & tamen non cogitur soluere, nisi hac conditione, *Si venditor rem tradat*, vt supra dixi; Ergo & in conuentione vsurarum multo magis eadem conditio intelligenda est, imo etsi nominatim conuenerit, vt emtor nondum re tradita vsuras pretii præstaret, tamen vsuras ante non deberi, quoniam conuentio iniqua est: inuitat enim dolum venditoris. Quæcunque autem † conuentiones sunt, vt dolus præstetur, vel quę dolum inuitant, iure improbantur, tanquam contrariæ bonis moribus. *l. si vnus. § pacta, de pact. l. 5. de pact. dot.* Ratum est igitur, ante traditionem rei venditæ emtorem vsuras præstare non debere, quia nec debeat ex mora, nec ex conuentione.

3

Altero tempore vsuras non debet, si pretium venditori obtulerit. Hoc item ex hac lege intelligitur, cum ad præstationem vsurarum exigitur, vt emtor pecuniam non obtulerit. Ergo si obtulit, vsuras non debebit. Quod sic intelligendum est, si tunc cum res ei tradebatur, aut paulo post pretium venditori obtulerit, & ille accipere noluit. Hoc item efficitur ex ea definitione, quam initio posuimus. Nam vsuræ pretii non debentur nisi ex mora. Emtor autem qui statim † re sibi tradita pretium offert, moram non facit, *l. qui 10. de solut. l. illud. de peric. & commod. rei vend.* Proinde post hanc oblationem vsuras non debebit, nec alia oblatio pretii desiderabitur. 4

Hic opponitur *l. 1. in fin. l. debitor. l. tutor. §. 1. ff. eod.* vbi constanter dicitur, non desinere vsuras deberi sola oblatione pecuniæ debitæ, sed ita, si debitor pecuniam obtulerit, & creditore recusante obsignauerit. Respondeo: Interest, vtrum emtor in pecunia debita nunquam moram fecerit, an vero facere aliquam cœperit. Si nunquam moram facit, vt accidit in eo, qui statim re accepta pretium obtulit, is vsuras non debebit, sublata enim mora vsuræ deberi non possunt, *vt hic & l. si pro te. infr. hoc tit.* At si semel moram facere cœperit, non euitabit obligationem vsurarum, nisi sortem debitam obtulerit, & oblatam obsignauerit, in quam speciem sunt superiores loci, quos contrarios diximus. Et in summa oblatio sola pecuniæ impedire obligationem vsurarum potest. Obligatione autem vsurarum semel nata, hac sola oblatione non tollitur.

Tertium tempus cum emtor vsuras non debeat est, cum ab initio etiam mora facta pretium venditori obtulit, & illo recusante obsignauit, vt comprehensum est suprascriptis locis, quos modo citauimus. *l. acceptam. infr. hoc tit.* Idipsum & ex hac lege intelligitur, cum dicitur, *Emtorem debere præstare vsuras, si pecuniam non obtulit, & in caussam depositi habuit animo, & certo iure vsuras nõ debuit.* Quod si solum in caussam depositi pecuniam habuit, præstare vsuras non liberabitur, quoniam non sola depositio debitorem liberat, sed oblatio præcedens, & obsignatio cum depositione coniuncta, *l. acceptam. j. hoc tit.*

Vt autem his tribus temporibus emtor vsuras pretii non debet, ita tunc † debebit, si hæc concurrent, vt possessio rei venditæ ei tradita sit, vt pecuniam non obtulerit, aut non obtulerit & deposuerit cum oportebat. Sed hoc quoque falsum esse videtur ex definitione quam initio posuimus, nec tantum ex definitione ea, sed etiam ex aliis locis, ex quibus hæc quæstio in difficultatem incidit. Nam hic scriptum est, emtorem vsuras debere, si possessio ei tradita fuerit, nec amplius quicquam exigitur, si pecuniam non obtulit, aut non obsignauit cum opus erat. Idem traditur *in l. Iulian. §. ex vend. de act. emt.* Contra initio dixi vsuras in bonæ fidei iudiciis non deberi, nisi ex mora. Hoc amplius, diserte de vsuris pretii hoc traditur *in l. initio. inf. de pact. inter emt. & vendit. l. vlt. de peric. & commod.* At videtur fieri posse, vt res vendita tradita sit emtori, & tamen emtor moram in pretio soluendo non faciat, quoniam mora non fit nisi ex interpellatione. *l. mora. ff. hoc tit.* Fieri autem potest, vt emtor non sit interpellatus, vt pretium solueret. 5

Respondeo. Hoc vtrumque verum est, emtorem debere vsuras statim, ex quo res tradita est, & tamen non deberi vsuras nisi ex mora. Non obstat, quod dicitur mora non fieri nisi debitor sit interpellatus: nam satis interpellari intelligitur ex natura & conditione emtionis: nam venditor rem non vendit, nisi vt pre-

vt pretium accipiat, & hoc animo maxime intelligitur eſſe, cum rem tradit. Confirmatur hæc ſententia ex eo, quod placuit, quamuis venditor rem tradiderit emtori, tamen non videri eum dominium tranſtuliſſe, niſi vel pretium acceperit, vel fidem habuerit pretio, §. *vendita. Inſt. de rer. dom.*

6 Sed quo iure † emtor vſuras præſtare cogendus eſt, vbi neque ſtipulatione promiſſæ ſunt, neque pacto conuento? Reſpondet reſcriptum, præſtandas eſſe ratione æquitatis. Æquitas hæc explicatur *in l. Iulian. §. vend. de act. emt.* Nam cum emtor re vendita ſibi tradita fructus percipiat ex ea re, etiam æquum eſt, vt ipſe rei a ſe debitæ fructus venditori præſtet, vt quod accipit, id vice mutua præſtet, quoniam emtio & venditio permutatio eſt, & iniquiſſimum eſt illum plus conſequi a venditore, quam ipſe præſtet venditori. Vſuræ autem vicem fructuum obtinent. *l. vſuræ. ff. eod.* Sed hac ratione effici videtur, vt emtor vſuras pretii præſtare debeat, etiam pro eo tempore, quo res ei tradita non eſt. Nam etſi venditor rei nondum traditæ fructus percipit, vt rei dominus, tamen quandoque eos fructus vna cum re emtori reſtituere debet, quia emtione ſemel contracta ſtatim omne commodum emtionis & venditionis ad emtorem pertinet, §. *cum autem. Inſtit. de emt. & vendit.* Vt ergo quandoque fructus accipit emtor etiam præteriti temporis, ſic videtur æquum eſſe, vt etiam eius temporis vſuras præſtet, eadem ratione æquitatis, quæ redditur *in d. §. ex vend.*

Reſpondeo: Non debet emtor præſtare vſuras ſolum propter fructus, quos ex re vendita accipit, ſed coniunctim propter fructus a ſe perceptos & propter moram. Alterum ſine altero ad præſtationem vſurarum non eſt ſatis. Ex quo intelligitur æquitas huius præſtationis, cum ex mora vſuræ pretii ab emtore exiguntur. Hæc æquitas facit, vt in hoc iudicio & omnibus ſimilibus bonæ fidei contractibus vſuræ ex mora iure licito exigantur, non tantum humano ſed etiam diuino. Nam lex Dei vetat furtum facere, id eſt, adimere quid alteri: vetat alienum concupiſcere. At cum aliquid alicui dederis, pro eo tantundem accipere, non tantum omnibus legibus, ſed etiam eadem lege Dei per contrarium conceditur, & certiſſimum eſt verbo Dei licere vendere, emere, locare, permutare. Licebit igitur pro fructibus, quos emtor ex re non percepit, non tantum recipere ab eo vſuras pretii mihi debiti, ſed etiam vltro exigere, ſi in eo ſoluendo moram facit.

*Ad L. 3. Quamuis.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Iuliano.

*Quamuis vſuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis peti non poſſint: tamen ex pacti conuentione ſolutæ, neque vt indebitæ repetuntur, neque in ſortem accepto ferendæ ſunt.*

SVMMARIA.

1 *Vſuræ an citra vinculum ſtipulationis peti poſſint? & num. 5.*
2 *Vſuris ſimpliciter promiſſis ſtipulatio nulla eſt.*
3 *Stipulatio vſurarum ſine quantitate certa nulla eſt.*
4 *Vſuris ſine certa quantitate promiſſis quando vſuræ ex conſuetudine regionis æſtimentur.*
6 *Fiſco ex omnibus cauſſis vſuræ debentur, ſimulatque debitor moram fecerit in ſoluendo, etiam ſine conuentione.*
7 *Ciuitatibus an vſuræ debeantur ex mora ſine conuentione.*
8 *In quibus cauſſis vſuræ citra vinculum ſtipulationis peti poſſint.*
9 *Fœnebris pecunia quæ ſit.*

INITIO † huius legis videtur tradi generalis definitio pecuniæ fœnebris: *Vſuras citra vinculum ſtipulationis peti non poſſe.* Hæc definitio ſi generaliter traditur, multis modis falſa eſt. Et ideo locus poſtulat, vt hic duo ad cauſſas obligationum vſurarum pertinentia explicemus. Primum, multis modis accidere, & multis in cauſſis, vt citra ſtipulationem vſuræ debeantur & peti poſſint, & quærendum quibus. Deinde, ſi hoc ita eſt, dicendum eſt, quomodo non aduerſentur verba huius legis. Vſuræ pecuniæ varie deberi incipiunt. Variantur modi & cauſſæ huius obligationis ex conditione contractuum. Aliter enim debentur ex contractibus ſtricti iuris velut mutuo, aut ſtipulatione, aliter ex contractu bonæ fidei, vt emtione, venditione, locatione, conductione, ſoc. mand. & ſimilibus, quæ enumerantur *in §. actiones. de act.* His poſteriorib. ſimilia ſunt legata & fideicōmiſſa. Omnium hæc cauſſa eſt, vt vſuræ ſtipulatione ꝓmiſſæ optimo iure debeātur, *l. 1. ſ. h. t.* ſcilicet quia ſtipulatio contractus eſt iure ciuili conſtitutus in hoc, vt q̄ in ſtipulationē deducta ſunt, omnia peti poſſint, niſi nominatim lex refragetur, §. *de cōſtituta act. Inſt. de verb. obl.* 1

Hoc tamen ſic accipiendum eſt: Si vſurarum quātitas certa ſtipulatione expreſſa ſit. Nam ſi ſimpliciter † vſuræ promiſſæ ſint, nullius momenti ſtipulatio eſt, *l. quod in ſtipulatione. l. tutor. §. vlt. ff. eod.* Hæc lex omnium ſtipulationum communis eſt. Nam † ſine quantitate, quæ in ſtipulatione exprimatur, nulla ſtipulatio eſt, quia incerta eſt, *l. cum poſt. §. gener. de iur. dot. l. ita ſtipulatus. 1. reſponſ. de verb. oblig.* Quod † in ſtipulatione vſurarum præcipue moneri oportet, ne quis putet, vſuris ſine certa quantitate promiſſis modum vſurarum ex conſuetudine regionis æſtimandum eſſe, *iuxta l. 1. in pr. ff. eod.* Hic ad hunc modum regionis recurritur, in iis vſuris, quæ lege infliguntur, vt in bonæ fidei iudiciis. Quod autem ſtipulatione inducitur, tantum debetur, quantum ſtipulatione expreſſum eſt, *l. quicquid. de verb. oblig.* 2 3 4

Citra ſtipulationem vſuræ in ſtrictis iudiciis regulariter non debentur, ita vt peti poſſint, vt hoc loco traditur. Ergo nec debebuntur ex mora. Ergo, nec ſi pacto conuento promiſſæ erunt, debebuntur, vt peti poſſint, vt hic expreſſum eſt. Quod ſic intelligendū eſt, vt quamuis pactum in traditione pecuniæ interpoſitum ſit de vſuris præſtandis, tamen vſuræ nihilo magis peti poſſint. Id intelligitur ex hoc loco. Quia non ſolum dicitur, vſuras ex pacti conuentione peti non poſſe, ſed adiicitur, peti non poſſe citra vinculū ſtipulationis. At etiam tunc, cum pactum in re tradēda interponitur, verum eſt, citra vinculum ſtipulationis id fieri. Igitur vſuræ ne ſic quidem debebuntur. Exempli gratia. Dedi tibi 100. mutua nominatim hac lege & conuentione adiecta in pecunia tradenda, vt vſuras ſemiſſes eius pecuniæ in ſingulos menſes mihi præſtares, & ea lege pecuniam accepiſti. Dicemus, quamuis conuentio in traditione rei mere interpoſita ſit, tamen vſuras nihilo magis a me peti poſſe, vt id colligitur ex hoc loco, ſic expreſſum eſt *in l. ſi tibi. de pact. l. rogaſti. §. ſi tibi. ſi cert. petat.*

In quo ius singulare & proprium vsurarum notandum est, ne forte hic quis nobis obiiciat regulas communes iuris. Nam pactis ita placet, in traditionibus rei numeratæ quodcunq; pactum interpositum sit, valere, vt dedi tibi Stychum, vt mihi Pamphilum dares; donaui tibi fundum vt me aleres, pactio valebit, & actionem pariet iure ciuili, *l. in traditione. de pact. l. legem. ȷ. eod.* Consentaneum erat hic responsum, idem admitti, si tibi pecuniam mutuam meam dederim, ea lege, vt vsuras mihi præstares. Cur ergo id non seruatur in vsuris? Apparet ius singulare esse, odio vsurarum constitutum. Hoc tamen ius non est perpetuum. Nam interdum etiam pecuniæ creditæ, & ex aliis quibusuis contractibus aut obligationibus strictis, debitæ, vsurarum petitio iure tribuitur, sine vlla stipulatione, alias ex persona creditoris, alias ex caussa propter quam vsura petitur.

6 Ex persona creditoris hęc petitio tribuitur fisco & ciuitati. Fisco † ex omnib. caussis vsuræ debentur, simulatque debitor moram fecerit in pecunia debita fisco soluenda, idq; sine vlla etiam conuentione. *l. cum quidam. §. fiscus. ff. eod.* Apparet fauore fisci hoc ius constitutum esse, vt alia pleraq; priuilegia, de quibus *sub tit. de iur. fisci.* idque propter vtilitatem publicam.
7 Ciuitatibus † etiam creditarum ab iis pecuniarum vsurę debentur, sed non ex mora tantum, verum ita si ciuitates de vsuris conuenerint, etiam pacto nudo. *l. etiam. ff. eod.* vbi pactum nudum interpretari debemus nudum a stipulatione, de qua in vsuris agitur, vt licet intelligere *ex l. 5. in fin. ff. de naut. fœn.* Sed cur non debentur ciuitatibus vsuræ ex mora debitoris, sine vllo pacto, quemadmodum & debentur fisco? Respon. Fiscus publicus est, ciuitates magna ex parte priuatorũ loco habentur, *l. eũ qui vectigal. de verb. sig.* sed tamen quia ciuitates sunt, amplius illis tribuitur, quam priuatis, propter vtilitatẽ ciuitatis publicam.

Interdum ciuitatibus etiam sine conuentione vsuræ deb ntur ex mora, quod placuit in pecunia, quam quis Reipub. pollicitus est, & ex pollicitatione debet, *l. 1. in pr. de pollicit.* Neque contrarium est huic sententiæ, quod legimus *in l. liberalitatis. in pr. de vsur.* liberalitatis in Remp. factæ vsuras non deberi. Nam liberalitatis est, cum quis Reipub. aut ciuitati sine alia caussa præcedente pecuniam promisit solius liberalitatis exercendæ caussa, *l. 1. de donat.* Huius pecunię ita promissæ vsuræ non debentur. At cum quis pollicetur pecuniam Reipub. & ex ea pollicitatione obligatur, non aliter obligatur, quam si pollicitus sit ob iustam aliquam caussam præcedentem, *l. 1. §. 1. de pollicit.* Donationes ob caussam factę proprie donationes non sunt, certe non sunt liberalitates, *l. hoc iure. §. 1. de donat.*

Ex caussa petitio vsurarum tribuitur, quamuis stipulatione non promissorum, in iis tribus caussis. I. in pecunia mutua nautica, *l. periculi. in fin. l. in quibuscunque, de naut. fœn.* Hæc quæ sit, dicetur *in l. sequenti.* II. In oleo, frumento & similibus rebus mutuo datis, in quibus etiam ex pacto nudo accessio debetur, vt peti possit. *l. frumenti. ȷ. h. t.* vbi pactum nudum quid sit dicetur. III. Caussa est iudicati. Nam si condemnatus post legitimum tempus ad iudicatum faciendum datum, pecuniam non soluat, placet exinde sine alia conuentione vsuras deberi, easque centesimas, *tot. tit. ȷ. de vsur. rei iudicat.*

8 In aliis † caussis & personis citra vinculum stipulationis vsuræ peti non possunt ex pacto quidem, sed quamuis pactum ad vsuras petendas non prosit, tamen non est inutile. Prodest enim ad vsuras seruandas duobus temporibus: Vno, si vsuræ pacto promissæ solutæ sint. Nam vt hoc loco scriptum est: Solutæ ex pacto vsurę non repetũtur. Et recte. Aut enim debitor sciens se non debere, soluit, aut ignorans & in iure errans. Si sciens, ideo non repetit, quia donauit, *l. indebitum. sup. de cond. indebit. l. cuius per errorem. de reg. iur.* Si in iure errans ideo non repetit, quia vsuræ pacto naturaliter debitæ sunt. *l. 5. §. Imper. de solut.* Naturalis obligatio impedit indebiti condictionem, quia quod debetur naturaliter, id per se simpliciter vere debetur, vt non possit dici indebitum solutum, *l. si pœnæ. in pr. ff. de condict. indeb. l. naturales. de obl. & act.* Eædem vsuræ non imputantur in sortem, sed in vsuras, quoniam vsuras debitas fuisse dicimus, vt rei debitæ solutio recte dicatur. Et hoc ita est, cum pecunia nominatim vsurarum nomine soluta est, vt hic factum proponitur. Quod si debitor simpliciter soluerit pecuniam creditori, id est, ita vt non diceret, in quam caussam pecuniam solutam vellet, pecunia hæc non potest imputari in vsuras indebitas, id est, in vsuras pacto promissas. Et ideo in sortem solum imputatur, *d. l. 5. §. 1. vers. quod si forte. de solut.* Altero tempore vsuræ pacto ꝓmissæ seruari possunt, cum debitor pignus in eas vsuras obligauit; tunc enim per retentionem pignoris vsuræ seruari possunt. *l. per retentionem. seq.*

Ex his apparet saltem in strictis iudiciis, multis in caussis accidere, & non vno modo, vt vsuræ citra vinculum stipulationis peti possint. An non igitur falsa est hæc definitio? Quamuis vsuræ pecuniæ fœnebris citra vinculum stipulationis peti non possint, quæ definitio initio huius legis concepta est. Respondeo: Si vt definitio hic tradita esset, multis modis falsa esset, vt apparet ex iis quæ dixi. Sed obseruandum est, verba superiora non continere affirmationem, sed continere modum potentialem seu concessionem. Est enim apertus hic sensus latine intelligentibus: Quamuis detur aliqua caussa, vbi pecuniæ vsuræ citra vinculum stipulationis peti non possunt: tamen hę pacto promissę seruari possunt. Et ita hunc locum interpretatur *l. pignoribus. in pr. ȷ. h. t.* Non igitur simpliciter dicitur, vsuras citra vinculum stipulationis peti non posse; sed dicitur: quamuis accidat, vt peti non possit, tamen seruari posse pacto, vt dixi. Atque hoc in strictis iudiciis ius est de vsurarum obligatione contrahenda, vnde consulto additum est in pr. huius l. de vsuris pecuniæ fœnebris. Fœnebris pecunia † est pecunia mutuo data fœnori siue sub vsuris. *l. præsid. si cert. pet.* Aliter in bonæ fidei iudiciis obseruatur. In iis ita ius est, vt citra vllam stipulationem vsuræ debeantur, aut ex conuentione, aut sine conuentione ex mora. De quo dicetur *ad l. in bonæ fid.* 9

*Ad L. 4. Per retentionem.*

Impp. Seuerus & Anton. AA. Honorio.

*Per retentionem pignoris vsuras seruari posse, de quibus præstandis conuenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, & rationem habet: cum pignora conuentione pacti etiam vsuris obstricta sint. Sed enim in caussa, de qua agis, hæc ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus vsuris petendis conuenit: postea autem, cum se debitor præstaturum maiores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio: quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non conuenit, vt pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.*

SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Pignus an in caussam vsurarum retineri possit.*
2 *Pignori obligari non potest res, vbi de pignore non conuenit.*
3 *In contrahendo, quæ in præfationibus concipiuntur, ea in stipulatione subiecta repetita creduntur.*
4 *In negotiis gerendis & contrahendis nulla est obligatio sine contrahentium consensu.*
5 *Pignus an possit retineri in vsuras maiores, in quas pignus nominatim obligatum non est.*

VT vsuræ pacto promissæ seruari possunt, si solutæ fuerint: sic & seruari per pignoris retentionem, si pignus a debitore in eas vsuras datum fuerit,
1 vt hic traditur *in pr. & l. pignorib. ĵ. eod.* Finge † creditorem dedisse mutuam pecuniam, eo pacto, vt vsuræ semisses illi præstarentur: & debitorem in sortem & eas vsuras fundum suum dedisse pignori, quamuis sors ita soluta fuerit creditori, & vsuræ pacto promissæ peti non possint, tamen creditor iure fundum retinebit, donec ei vsuræ, de quibus conuenit, præstentur. Huius iuris ratio hic redditur obscurior, sed quæ hanc sententiam habet: Ideo pignus in caussam harum vsurarum retineri potest, quia in eam caussam vere obligatum est. Nam pignus dari potest pro omni obligatione, etiam naturali. *l. res hypothec. de pig.* Vsuræ autem pacto promissæ naturaliter debentur, *l. 5. §. in his. de solut.* Recte igitur hic scriptum est, pignus in eam caussam obstringi.

Hoc iure posito, quæsitum est ex facto, Creditor mutuam pecuniam dederat, vt ante dixi, & in pecunia danda conuenerat, vt debitor vsuras semisses præstaret, si sua die pecunia soluta non esset. Debitor in vtramque rem, id est, in sortem, & in has vsuras pactas fundum quendam suum pignori dedit. Postea conuenit inter creditorem & debitorem, vt debitor, si pecuniam non solueret, vsuras besses vel centesimas, modo licitas præstaret, id est, præstaret multo maiores, quam sunt eæ, de quibus antea conuenerat. Quid autem his verbis & similibus significetur, dicetur *infr. ad l. eas.* In hac posteriore conuentione vsurarum maiorum de pignore dando, nihil dictum est. Debitor sortem soluit, & eius temporis, quo non soluerat, affert vsuras minores, de quibus initio conuenerat. Creditor petit vsuras maiores, & in eam rem retentione pignoris vtitur. Negat debitor eum retinere posse pignus in eam caussam: ille ait se posse, quia per retentionem pignoris vsuræ pacto promissæ retineri possunt.

Respondent consulti Imperatores, primo, verum esse, & certum ius illud, quod creditor dicit, nempe per retentionem pignoris vsuras seruari posse, sed adiiciunt prius esse, vt in eas vsuras pignus obligatum sit, quod in proposito factum non est. Nam fundus pignori datus est in sortem, & in minores vsuras, de quibus initio conuenit: in maiores autem vsuras pignori datus non est, quia tunc cum de maioribus cōuenit, nihil dictum est de pignore, nec potest res ali-
2 qua † pignori obligari, vbi de pignore non conuenit. *l. a resto. quæ res pignor. obligar.* Ex quo efficitur, creditorem in proposito maiores vsuras, quamuis facto promissas, per retentionem pignoris seruare non posse: & quod idem est, non posse pignus in eas vsuras retinere. Hic ergo duo dicunt Imperatores. Primum est: Pignus, quod in sortem & minores vsuras obligatum est, in posteriores vsuras, de quibus conuenit, obligatum non esse, quia de pignore in eam caussam nominatim non conuenit. Alterum: Non posse pignus retineri in eam summam, in quam pignus obligatum non est.

Horum vtrumq; falsum videtur. Itaque de eo cognoscendum est. Ac primo dici potest. Pignus quod in sortem & vsuras priores obligatum est, in vsuras maiores posteriores repetitum videri, quamuis aperte de eo nihil conuenerit. Hac ratione, quia quæ in præcedentibus dicta sunt inter aliquos; ea in sequentibus repetita intelliguntur. Quod probatur his argumentis. Nam in † contrahendo, quæ in præ- 3
fationibus concipiuntur, ea in stipulatione subiecta repetita creduntur. *l. Titius. §. 1. de verb. obl.* In testamentis legata ab instituto relicta, ab substituto repetita intelliguntur. *l. licet. de legat. 1.* In legibus, quod prioribus capitibus expressum est, id in sequentibus suppletur, quoties eadem ratio est rerum constitutarum: hoc ideo quia legislator voluit. Nam legis & legislatoris mens est, vt in quibus eadem ratio est, in iis idem ius statuatur, *l. vlt. sup. de constit. pec. l. illud. ad leg. Aquil.* Ergo in iis, quæ prius dicta sunt, in sequentibus repetita intelliguntur, quia id actum est, quia ita dicentibus placuit.

Quod si id aperte non apparet placuisse, nunquam repetita intelliguntur. Idq; maxime statuendum est in contractibus, & in ea specie, de qua hic nunc agitur, de qua ita in vniuersum habendum est. Qui se vel res suas in aliquam caussam obligauit, nunquam se vel res suas in aliam caussam obligationem eandem repetiisse intelligitur. Optima ratione, quia in † ne- 4
gotiis gerendis & contrahendis nulla est obligatio sine contrahentium consensu, *l. 1. §. 1. ff. de pact.* At debitor, qui se aut res suas in vnam caussam obligauit, nunquam existimandus est, se aut easdem res in aliam caussam obligasse. Nam omnes existimantur ita esse affecti, vt nolint facile iactare suum. Ac proinde nolint obligari, nisi vbi aperte voluerunt, *l. cum de indeb. de probat.* Inde hæc interpretatio sumta in iure, vt etiam in obscuris & ambiguis, semper id sequamur, quod minimum est, pro debitore nempe, vt quod minimum, debeat, *l. semper in obscuris. de reg. iur.* At hæc species est, quæ hic proponitur. Nam debitor fundum suum obligauit in sortem & vsuras minores: non obligauit in vsuras maiores aperte, id est, in aliam caussam, de qua postea conuenit. Proinde in eam caussam pignus obligasse existimari non debet, vt hic recte responsum est.

Quod attinet ad alterum, cum Imperatores volunt, pignus retineri † nō posse in vsuras maiores, in 5
quas pignus nominatim obligatum non est, falsum id videri potest *ex l. vn. ĵ. etiam ob chir. pec. pig. ret. pos.* Nam ea l. efficitur, vt si debitor duas summas diuersas creditori debeat, quarum in vnam pignus obligauerit, alteram debeat chirographariam, id est, sine pignore, nihilominus pignus a creditore retineri posse, non tantum in eam summam, in quam obligatum erat, sed etiam in alteram summam chirographariam, id est, eam, quæ solo chirographo sine pignore debetur. Etsi igitur quis concedat vsuras maiores in proposito deberi sine pignore, tamen ex superiore constitutione pignus in eas vsuras retineri potest. Respondeo: Lex superior tunc locum habet, cum chirographaria pecunia, in quam pignus retinetur vere debetur, id est, ita debetur, vt peti possit, & debitor cogatur soluere, qualis est ea, quæ mutuo data est, quo exemplo vtitur *d. l. vn. ĵ. etiam ob chiro.*

&c. Idque probatur dilucide *in l. 5. §. 1. vers. sed si forte. & vers. seq. de solut.* vbi scriptum est, si debitor simpliciter pecuniam soluerit, eam pecuniam non posse retineri nisi in vsuras, quas debitor cogebatur exoluere: in eas autem, quæ ex pacto debentur, non posse retineri. Si ipsa pecunia vltro iam soluta non potest retineri in vsuras pacto debitas, multo minus pignus in eas vsuras retineri poterit, vbi in eas vsuras pignus obligatum videtur. Plus est enim reuera soluere, quam pignus dare.

### *Ad L. Aduersus. 5.*

Impp. Seuerus & Anton. AA. & CC. Sabino & aliis.

*Aduersus creditorem vsuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, vtilis est pacti exceptio, secundum quod tueri caussam potestis etiam aduersus defensores ciuitatis maiores petentes ex cautione, si probaueritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quæ maiores cauerat, dependisse.*

### Svmmaria.

1 *De remissione vsurarum aperta & tacita.*
2 *Vsuras quomodo creditor remittere intelligatur, cum de eo aperte nihil dixerit.*
3 *Minores vsuras qui accipit per 10 annos, non tantum præteriti temporis vsuras maiores petere non potest, sed nec in posterum. Et quid ei hac in re obstet. n. 4.*
5 *Creditor quomodo tacito pacto debitori maiores vsuras remittere intelligatur.*
6 *Debitor minores vsuras soluendo cur obligetur in maiores, & maiores soluendo in minores non obligetur.*
7 *Defensores ciuitatis hic qui sint.*
8 *Defensor ciuitatis an possit tacito pacto remittere maiores vsuras semel promissas nomine ciuitatis: & si ei sint maiores promissæ, ciuitati actio acquiritur inde.*
9 *Pactione nostra cur aliorum ius lædi non possit.*
10 *Paciscí de re sua vnicuique licet.*

1 Hic † locus est de remissione vsurarum. Vt ceteræ res pacto remitti possunt debitori, *l. 5. ff. de pact.* Ita & vsuræ, & quidem multo magis, vt est odium vsurarum. Remittit autem creditor vsuras alias aperte, alias tacite pacto. Aperte quando remittat, notum est. Vbi tacite remittat, hic locus docet, cum aliquot aliis, de quibus hic dicetur. Est autem sententia huius loci: Si creditor, cui vsuræ maiores solæ debebantur, veluti semisses, minores a debitore acceperit, hoc facto remittere maiores intelligitur, partim in præteritum, partim in futurum. In præteritum maiores remittere debitori intelligitur eas omnes, pro quibus minores accepit, vt ex hoc rescripto colligitur, in quo de remissione præteritarum vsurarum nihil quæritur, quoniam hæc remissio pro confessa habetur.

2 Sed quomodo † remittere intelligitur, cum de eo aperte nihil dixerit? Respondeo: Non tantum conueniri potest verbis, & aperte, sed etiam tacite, vbi consensus ex re & facto colligitur aliquo. *l. 2. de pact.* Remissio in proposito, consensus coniecturam habet non obscuram, quia dum debitor soluit minores vsuras, pro iis quas debet, & creditor ita vsuras accipit, iis vsuris contentus esse intelligitur pro iis, quæ debentur, *l. si creditores. ff. de pact.* Minoribus contentus, aperte maiores præteritas remittere intelligitur. In futurum autem maiores intelligitur remittere, vt eas in posterum petere nō possit, si minores per certos annos acceperit, vt scriptum est hic. Per certos annos intelligere debemus, pro multos annos, vt interpretatur *l. qui semisses. eod.* per multos autem annos, valet idem quod diu, & diu idem cum minimum, quod per 10. aut plures annos, *l. si cum fideicommissa. §. Aristo. qui & a quib. manumiss. lib. non fi.* Itaque hæc summa est, eum † qui vsuras minores per 10. annos accepit, non tantum præteriti temporis maiores vsuras petere non posse, sed ne in posterum quoque. 3

Sed quid † hic creditori obstat? Pacti conuentio, vt hic scriptū est. Vnde intelligitur hęc conuētio, qua creditor remiserit, quod aperte non remisit? Nam quod minorū præstatione contentus fuit, solum cōtentus fuit pro iis præteritis, quæ solui debebant, nō pro futuris, quæ nondū solutæ sunt, alioqui minores accipiēdo statim maiorū obligationem remittere intelligeretur. Resp. Intelligitur hæc conuentio ex duabus rebus concurrentibus. Ex eo quod minores accepit, & ex perseuerantia & diuturnitate eius voluntatis. Perseuerantia declarat, illum non tantum in præteritum contentum esse minoribus, sed etiam in futurū. 4

Hic opponitur *l. quamuis Bassa. ff. h. t.* vbi placet, eum, qui minores vsuras accipit, statim a maiorum vsurarum obligatione recessisse, neque exigitur, vt per 10. annos aut plures acceperit minores vsuras. Respondeo: Id recte respondetur in specie ibi proposita, vbi debitor minores promiserat. Idem promiserat separata stipulatione maiores sub conditione, *Si in minoribus præstandis aliquandiu cessaret.* Si post præfinitum id tempus creditor vltro minores acceperit, soluente debitore, in posterum maiores petere non poterit. Non est id contrarium huic loco, vbi debitor solum vnas vsuras debuit, nempe maiores, pro quibus creditor minores volens acceperit, non quia debentur aut promissæ erant, sed quia voluit debitori gratificari. Differentiæ ratio hæc est, quia vbi debitor vsuras vnas tantū debuit, & creditor minores accepit, non potest intelligi creditor remisisse maiores, nisi ex diuturnitate tēporis, quo minores accepit. At vbi debitor duas vsuras debuit, sepositis stipulationibus, idq; sub cōtrariis cōditionibus, priores eligēdo, hoc ipso posteriorē cōditionem repudiasse intelligitur.

Neque id nouum est in hac specie, sed vetus ius est in l. cōmissoria. Venditus est fundus, ea lege, vt nisi ad diem certam pecunia pretii solueretur, fundus inemptus esset. Hic duæ conuentiones sunt: Vna, vt debitor pretium soluat: Altera, sub contraria conditione, vt si pretium non soluat, fundus sit inemptus. Placuit, si post constitutum diem, pecunia non soluta, venditor emtionem eligat, id est, vel minimam partem pretii ab emtore accipiat, videri eum recessisse a l. commissoria, *l. de lege. §. vlt. l. pen. de leg. commiss.* Id hanc habet rationem, quia soluendi pretii, & fundi inemti faciendi, contrariæ sunt conditiones. Proinde vna electa videtur creditor alteram repudiare. Idem in hac specie vsurarum contigit, cum debitor primo vsuras minores promisit, deinde promittit maiores. Nam maiores promittit sub conditione priori contraria, nempe si minores non soluerit. Minoribus igitur electis posterioris stipulationis conditio contraria repudiata recte dicitur.

Sed rursum huic loco obstare videtur *l. cum quidam. §. diuus. ff. eodem.* vbi placet, si creditor per longum tempus maiores vsuras non acceperit, quia non petiit, remitti solum vsuras præteritas, neque eas omnes,

omnes, sed solum eas pensiones, post quas longum interuallum intercessit. Veluti si per decem annos non exegerit maiores vsuras, non intelliguntur remissæ, quia post eas decem anni non intercesserunt. Respondeo: Longe aliud est, creditorem vsuras maiores solum non petere; & aliud ita non petere, vt simul pro iis minores accipiat. Non petendo non intelligitur remittere, nisi præteritas, quas per longum tempus non petiit. Minores vltro accipiendo, non solum præteritas, sed etiam futuras maiores intelligitur remittere, de quibus vt certius liqueat, in summa sic habendum est.

5 Creditor † tacito pacto vsuras maiores debitori remittere intelligitur, aut minores accipiendo, aut maiores solum non petendo. Minores accipiendo remittere intelligitur maiores in præteritum, statim, vt ex hoc rescripto intelligitur: In futurum autem non statim. Sed refert vtrum debitor maiores solas promiserit, an vero primo minores, deinde maiores sub conditione, si minores non soluerentur. Si solas maiores debitor promisit, non aliter creditor minoribus acceptis maiores in futurum remittere intelligitur, quam si per 10. annos minores acceperit, vt hic cautum est. Quod si minores & maiores promisit diuersis stipulationibus, & sub conditione contraria, simul atque minores accepit, a maiorum obligatione recessisse intelligitur, *l. quoties.* j. *hoc tit.* Non petendo autem maiores vsuras, creditor nihil remittere amplius intelligitur, quam præteritas, & eas, post quas non petitas longum interuallum intercessit nempe 10. annorum. *l. cum quidam.* §. *diuus. ff. eod.*

6 Quæsitum est, cur † si debitor minores vsuras soluerit, in maiores liberetur, item si maiores soluat, in minores non obligetur, vt est *in l. creditor.* §. *vlt. de solut.* Ratio est in promtu, quia cum debitor minores soluit, creditor sciens accipit, eo pacto debitorem liberare vult, potest autem debitor pacto liberari. At cum debitor maiores soluit, neque vult in eas obligari, neque voluntate sua fieri potest, vt maiores soluat per ignorantiam, vt est species *d. l. creditor. de solut.* Non consentiunt, qui errant. *l. 2. de iud.* Sed etsi debitor sciens maiores soluat, non ideo tamen soluit, vt in posterum obligetur. *l. creditor. inf.* Et si vellet obligari, tamen ea conuentione obligari non potest, quoniam vsuræ citra vinculum stipulationis non debentur, *l. 3. sup. h.*

Adiicitur in hoc rescripto, *Eum qui minores vsuras diu soluit, in maiores ita liberari, vt hoc iure poßit vti etiam aduersus defensores ciuitatis.* Hoc vero neque iuris, neq; æquitatis ratione videtur defendi posse. Quod
7 vt intelligatur, sciendum est, defensores † ciuitatis hoc loco non dici magistratus, vt interdum defensores ciuitatis accipiuntur, *vt in tit. de defens. ciuit. sup.* Sed defensores ciuitatis hic dicuntur, vt alias in vsu iuris, qui res ciuitatis curant & administrant, qui dicuntur Syndici, *l. 1. circa prin. l. vlt.* §. *defensores, de muneribus.* Iidem & actores ciuitatis dicuntur, *in l. 1.* §. *1. quod cuique vniuers.* Hæc significatio hoc loco demonstratur ex adiunctis. Nam proponuntur hic defensores ciuitatis petere pecuniam, quæ petitio non conuenit magistratui, sed actori & syndico.

Horum defensorum & actorum persona & ius hoc est, vt si quid in re ciuitatis stipulati sint, eius rei actio utilis ciuitati acquiratur. *l. eum qui.* §. *si actori. de*
8 *pec. const.* Hoc † intellecto dicimus non posse defensoré ciuitatis tacito pacto remittere maiores vsuras, semel promissas nomine ciuitatis. Nemo paciscendo aut alio facto suo alterius actionem remittere, aut ius alterius lædere, aut in vniuersum conditionem alterius deteriorem facere potest. *l. Impp. de transact. l. soluendo. de negot. gest. l. non debet. de reg. iur.* At cum maiores vsuræ promissæ sunt defensoribus ciuitatis, in re & negotio ad ciuitatem pertinente, effectum est actionem inde ciuitati acquiri, proinde quamuis defensores postea minores vsuras acceperint; ea res non lædet ciuitatem, nec actionem illi semel quæsitam auferet.

Hæc sententia verissima est, nec vlla ratione infirmari potest, vt sunt superiora principia iuris & æquitatis communis. Nec ad hæc concilianda recipi vllo modo debet, quod Bart. hic probat, & reliquis interpretibus probari dicit, vt dicamus, defensores ciuitatis aperta conuentione maiores vsuras remittere non posse, at tacita posse, dum scilicet minores vsuras accipiunt per conniuentiam. Hæc distinctio ridicula est, & seipsam confutat. Nam si aperta conuentio non habet maiorem vim, quam tacita; at certe eandem vim habet, quandoq; expressa tanto firmior & certior est, quanto certiora sunt ea, quę exprimuntur, quam quæ intelliguntur. Quare si defensores ciuitatum aperte pacto maiores vsuras remittere non possunt, perspicuum est, eos tacita conuentione remittere multo minus posse. Deinde, hoc responso nullo modo diluitur obiectio. Non enim dicitur *in l. Impp. de transact.* aperta pactione non lædi ius aliorum, sed simpliciter non lædi pactione alterius. Primo † cur pactione nostra aliorum ius lędi non pos- 9 sit, hęc ratio est, quia alterius conditionem deteriorem facere non possumus. At non minus fit deterior tacita conuentione, quam expressa. Proinde ius superius ad vtramque pactionem pertinet, & pertinet maxime ad administratores ciuitatis, quos placet non magis pacto suo posse lędere ius ciuitatis, quam ceteros priuatos.

Nihil ad probandam superiorem distinctionem facit §. *si vero liberi, No. vt cum de app. cog.* Ibi ita ius est: *Si aliquis ex numero cleri Nestorianus aut Arrianus, & aliquis ex eo numero hæreticorum decedens, non habeat cognatos parentes aut liberos orthodoxos, placet eius bona deferri ei Ecclesiæ, in qua defunctus domicilium habuit.* Et adiicit: *Si Ecclesiastici intra annum hereditatem suscipere neglexerint, vt hereditas ad fiscum pertineat.* Hęc negligentia, tacita repudiatio & renuntiatio est. Ergo tacita pactione & repudiatione hereditas remitti potest. Sed palam est, hęc nihil ad quęstionem propositam pertinere. Nam illic non defensores Ecclesię, sed ipsi Ecclesiastici repudiant, id est, consistorium, penes quod est ius rerum Ecclesiasticarum, & breuiter Ecclesiastici omnes, non autem defensores Ecclesiarum. Deinde, si Ecclesiastici tacita repudiatione hereditatem amittere possunt, multo magis poterunt aperta repudiatione. Et ita statuendum est, si eiusmodi hereditas, de qua dixi, delata sit Ecclesiasticis, & nolint Ecclesiastici ad se pertinere, statim amittunt, quamuis tempora hereditatis adeundę largiuntur *l. 1.* §. *qui semel. &* §. *quibus. de succ. edict.*

Restat igitur, vt quod hic dicitur, ius hoc scripto comprehensum etiam valere aduersus defensores ciuitatis, sic accipiendum sit, dummodo hi minores vsuras acceperint, qui pacto suo maiores repudiare potuerunt, vt scilicet semper pactum id hic retineatur, quod valeat. Id autem duobus modis contingit.

Vno, si defensores ciuitatis pecuniam propriam mutuo dederint, & capiant sibi maiores vsuras, hi si minores postea accipient, sibi nocebunt, & aduersus eos ius huius rescripti valebit, quia licet vnicuique pacisci de re priuata & familiari, *l. iuris quis. §. si paciscar. de pact.* Altero modo, si priuatus creditor fuerit, cui debeantur vsuræ, & qui minores accepit pro maioribus, deinde, huic defuncto succedit ciuitas, cuius nomine defensores ciuitatis maiores vsuras nunc petant. Fiscus si priuato succedit, priuati iure vtitur vt priuati successor, *l. cum quidam. §. fiscus. ff. eod.* Multo magis ciuitas si priuato successerit.

### *Ad L. 6. 8. & 9.*

De his legibus satis dictum in Commentario ad titulum De vsuris.

### *Ad L. 7. Creditor.*

Imp. Anton. A. Aristeo.

*Creditor instrumentis suis probare debet, quæ intendit, & vsuras se stipulatum, si potest. Nec enim si aliquando ex consensu præstitæ sunt, obligationem constituunt.*

SVMMARIA.

1 *Vsuras promissas qui recte petere vult, probare debet stipulatione promissas.*

2 *Debitor, qui de vsuris præstandis conuenit, si fidem pacti secutus pluribus annis vsuras soluerit, an ea præstatione ad conuentionem accedente in futurum obligetur, vt vsuras deinceps tanquam debitas præstet:*

3 *Heres indebitum fideicommissum annuum, relictum in imperfecto testameto, per triennium soluendo, in futurum ad id præstandum obligatur.*

4 *Vsuræ an ab herede defuncti sint soluendæ hoc ipso, quod eas defunctus per longum tempus præstitisset.*

5 *Præstatio vsurarum diuturna an constituat earum obligationem.*

CONSTAT vsuras in strictis iudiciis citra stipulationem non deberi, quamuis de iis præstandis conuenerit, *l. 3. sup. hoc tit.* Hinc consequens est, eum
1 qui † vsuras promissas recte petere velit, probare debere stipulatione promissas, vt respondetur *hic in prin.* & pluribus *in l. 1. sup.* Sed hęc ita sunt, si nihil amplius interuenerit ad obligationem vsurarum, quam sola pactio. Quæsitum est, quid si is debitor, qui de vsuris præstandis conuenit, fidem pacti secutus pluribus annis vsuras soluerit? De solutis non quæritur, constat repeti non posse, vt docuimus *ad l. 3. sup.* De futuris quæritur, an quia debitor pactionem suam agnouit, & sæpius vsuras præstitit, ea præstatione ad conuentionē accedente, in futurū obligetur, vt vsuras deinceps tanq̄ debitas p̄stet? Hic placet nō magis debitorē eo facto obligari. Idem *in l. si certis. §. de pact.*
2 Hoc ius manifestam rationem † habet: nam debitor, qui vsuras postea soluit, neque in posterum obligari voluit, nec si voluisset, tamen potuisset. Primum, si voluit ea præstatione in posterum obligari, hoc tenendum est, eum obligari non posse. Rata est enim hæc sententia: In negotiis gerendis & omni conuentione nullam esse obligationem sine consensu, seu nullam esse obligationem, vbi id ipsum non agitur, vt quis obligetur, *l. 1. §. 1. de pact. l. non omnis. si cert. pet.* At qui vsuras soluit, non ideo vult in posterum eas dare. Quid enim si per errorem soluerit, iuris error consensum non habet, *l. 2. de iud.* Sed etsi sciens indebitas soluat, tamen fieri potest, vt ideo soluat, quia libet ei præstare pro specie, & liberalitatem interim exercere, vel quia vult eo facto sibi conciliare creditorem, ne sit molestus in sorte repetenda. Nemo igitur ex ea præstatione consensum facere tempus recte colliget, *argumento l. neque naturalis. sup. de probat.* Sed amplius dicimus: Etiamsi debitor solueret vsuras eo nomine, vt perpetuo eas præstaret, non tamen potest ad eas præstandas eo pacto obligari, repugnante vsurarum conditione & iure, quia vsuræ nulla conuentione citra vinculum stipulationis in strictis iudiciis deberi possunt.

Quid ergo si debitor non semel, sed per totos tres annos eas soluerit? Respondeo: Non eo magis in futurum obligabitur, iis rationibus, quas supra dixi, quia etiam per tot annos præstando, neque voluit obligari, nec si vellet, potuit. Non obstat, quod si heres † indebitum fideicommissum annuum, relictum 3
imperfecto testamento aut imperfectis codicillis præstiterit per triennium, placet eum in futurum ad id præstandum obligari, *l. 1. inf. de fideicom.* Nam heres per tot annos fideicommissum præstando, voluntatem defuncti agnoscit. Hæc autem voluntas est, vt in futurum perpetuo fideicommissum præstetur. Proinde heres per tot annos soluendo, hoc animo est, vt in perpetuum præstet, & vt vult in perpetuum obligari, ita etiam voluntate sua obligatur hereditatem adeundo & quasi accipiendo a testatore, vt ipse faceret. Quæ ratio est, cur heres obligetur legatis, *§. item heres. Instit. de oblig. quæ ex q. cont.* At debitor, qui vsuras per tot annos soluit, neque ideo soluit, vt perpetuo id faciat, aut conuentionem agnoscat, nec si agnoscat, iure obligari potest, vt supra effectum est.

Quid si non per tres annos tantum, sed longo tempore, id est, per decennium soluerit, fidem pacti sui secutus? Respondeo: Si neque ideo soluere existimatur, vt in perpetuum obligetur, neque id volens, tamen pactione obligari potest, consequens est, quãtocunq; tempore eas soluerit, ea tamē præstatione in futurum non obligari: vt sine exceptione verum sit, quod hic dicitur: eum qui ex pacto aliquoties vsuras soluit, in futurum tamen non obligari.

Hic obstat *l. cum de in rem verso. ff. eod.* vbi scriptum est: Imperatorem iudicasse, vsuras † ab herede de- 4
functi esse soluendas, hoc ipso, quod defunctus eas vsuras per longum tempus præstitisset. Quibus verbis significatur, vsurarum præstationem, si longo tempore præstitæ sint, inducere earum vsurarum obligationem; aut si obligationem non inducit, saltem inducere eius obligationis probationem, vt præsumantur debitæ per stipulationem, quas debitor tot annos pręstitit. Respondeo: Neutrum horum colligitur ex ea lege, quoniam responsum aptandum est ad quæstionem & speciem illic propositam. Ex specie autem pacti nihil superiorū colligi intelligetur.

Species hæc est: Filiusfamilias mutuam pecuniam acceperat, & eius pecuniæ vsuras promiserat creditori, constabatq; tam de pecunia filiofamilias data, quam de vsuris ab eo recte promissis. Pater eius pecuniæ vsuras per longum tempus præstiterat, id est, per 10. aut plures annos. Mortuo patre creditor eam pecuniam repetebat ab herede patris, tanquam a patre debitam, ideo quia in rem patris versa esset: quod indicant illa verba, quæ sunt in principio, cum de in rem verso cum herede patris ageretur, &c. Ergo agebatur cum herede patris ideo, quia diceretur pecunia versa in rem patris, quod heres nega-

negabat. Præterea creditor ab eodem herede petebat eius sortis vsuras, quas ille non soluisset. Subiicitur enim ibidem in principio, *& vsurarum quæstio moueretur*, supple *cum herede patris*, heres negabat, se eas vsuras præstare debere, duabus de caussis. Primo, Quia defunctus eam pecuniam nō debuisset, vt iam dixerat, vtpote in rem patris nō versam, deinde, quia etiamsi sors in rem patris versa esset, tamen non debuit pater vsuras, quorum stipulationem pater non agnouisset. Creditor non poterat probare aperte pecuniam in rem patris versam esse: Non etiam poterat docere, pátrem agnouisse, seu ratam habuisse stipulationem vsurarum, quæ a filio interposita erat. Sed coniectura & argumento ad vtramque rem vtebatur, quod diceret: Pecuniam in rem patris versam esse, & patrem agnouisse vsuras a filio eo nomine promissas, certum argumentum esse, quod ipse pater vsuras eius pecuniæ præstitisset, & præstitisset longo tempore. Sic enim declarasse eum, se eam pecuniam debuisse. Neq; enim solueret vsuras eius sortis, quam non deberet, & quia non potuit debere, nisi in rem suam versam, declarauit eo facto in rem suam versam esse. Eodem facto declarauit, se agnouisse stipulationem vsurarum. nam nisi agnosceret, tamdiu in præstatione vsurarum non perseuerasset.

In hac quæstione Imperator, qui quæstionis iudex erat, iudicauit vsuras ab herede esse præstandas, eo quod pater, per longum tempus eas præstitisset. Hoc in specie proposita rectissime respondetur, ideo, quia sequitur patrem ex diuturna præstatione vsurarum, declarasse, se sortem non debuisse, vt in rem suam versam. Et vt hoc de sorte declarauit, ita multo magis declarauit, se stipulationem vsurarum agnouisse. Ratio huius iudicii hæc est, quia quod pater per tot annos vsuras sortis soluit, necesse est aut caussam esse liberalitatem eius, aut quia eam pecuniam debuit. Liberalitatis caussa soluisse, existimare non debemus, quia donare, perdere est, *l. filiusfam. de donat.* Nemo enim facile rem suam iactare credendus est, *l. cum de indebito, de probat.* Restat igitur, vt ideo soluerit, quia debebat. Et si in sorte hæc ratio locum habet, multo magis locum habebit in vsuris, vt pater quemadmodum sortem a se deberi agnouit, sic intelligatur agnouisse deberi a se vsuras, non pacto nudo, sed ex stipulatione filii, quā diuturna præstatione agnouit.

Quæ cū ita sint, apparet non probari hoc responso, † propter diuturnam præstationē vsurarum constitui vsurarum obligationē. Nam pater, qui eas diu præstitit, non ideo eas debet, quia soluit: Sed quia pecuniam sortis in rem suam versam, debuit, & contractum filii sui agnouit, & ratum habuit: Quæ sunt iustæ caussæ, cur quis sortem & vsuras debeat. Sed propter prestationem diuturnam existimatur pecunia in rem patris versa, & cōtractus filii a patre agnitus, ob eas caussas quas supra dixi. Sed si pater ꝓpter diuturnam præstationem vsurarum præsumitur debuisse sortem ipsam: recte eadem ratione præsumetur ipsas vsuras iure debuisse, nimirū per stipulationem, si forte creditor per stipulationem promissas dicat. Resp. Nullo modo, quoniam hæc sunt dissimilia: Nam pater qui vsuras diu soluit, si per liberalitatis caussam non soluit, non potest videri ob aliam caussam soluisse, quam quia sortem debuit. Liberalitatis aūt caussa soluisse existimandus non est, vt dixi.

At debitor potest vsuras diu soluere multis aliis de caussis, quam quod stipulatione debitæ essent. Fieri potest, vt ideo soluerit, quia pactus erat, & bona fide agnoscere voluerit. Fieri etiam potest, vt omnino indebitas soluerit, ideo vt eblandiretur fauorem creditoris, ne ille pecuniam celerius reposceret, quam debitor vellet. Ita præstatio vsurarum sine stipulatione esse potest. Quare præstatio diuturna vsurarum idoneam probationem promissarum vsurarum non continet, vt est *in dict. leg. neque natales, supr. de probat.*

Summa hæc erit: Vsuræ ita exigi possunt, si per stipulationem promissæ aperte probentur. Diuturna earum præstatio ad eas in posterum exigendas, plane est inutilis. Nam neque inducit obligationem vsurarum, vbi constitit, vsuras non fuisse debitas, vt hoc loco, neque inducit probationem vsurarum stipulatione promissarum, vbi creditor intendit sibi vsuras stipulatione promissas.

## *Ad L. 10. Vsuræ.*

Imper. Anton. A. Donato.

*Vsuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim vltra sortis summam vsuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa vsurarum excedit eam computationem.*

SVMMARIA.

1 *Vsuræ vltra duplum sortis exigi non possunt.*
2 *Quæ vsuræ reo ad dupli computationem proficiant.*
3 *Vsuræ cur vltra duplum non exigantur, cum soluendæ excedunt duplum.*

Lex † est vetus, vsuras vltra duplum sortis exigi non posse, vt intelligimus ex *l. penult. in fin. l. 1. eo. ex N. vt particulares vsurarum solutiones, 121. §. vltim.* 1
Circa † hanc legem quæsitum est, quæ vsuræ hic intelligantur, vtru omnes, tam solutæ quam nō solutæ, vt eæ omnes computentur in duplo, vltra q̄ lex vsuras exigi vetat, an vero intelligantur vsuræ nondum solutæ, no autem eæ, quæ iam solutæ sunt. Et L. a veteribus sic accepta est, vt in hoc duplo vltra quod vsuræ exigi non possunt, placeret computari solum vsuras nondum solutas, eas autem, quę iam suis temporibus solutæ essent, non esse computandas, quod hoc rescripto declaratur. Id autem, vt possit plenius intelligi, sic ius in hoc exemplo exposui. Debitor vsuras debebat centesimas, quibus casibus centesima vsura deberi poterat. Vsura centesimo mense conficit summam sortis, vt dicemus *ad l. eas*, suo loco. Ergo ducentesimo mense exigit duplum sortis. Post ducentos menses, creditor vsuram centesimam petit, remouetur a debitore, quod dicat, eum petere vsuras vltra duplū sortis, quod lex superior vetat. Quæritur an recte petat, necne, & an petendo contra legem superiorem faciat? Veteres distinguebant hoc modo: Si per totos ducentos menses debitor vsuras centesimas non soluisset, & post ducentesimū mensem creditor inciperet, & eam summam, & sequentis temporis vsuras peteret, non posset creditor vsuras petere vltra duplum sortis. Quod si debitor vsuras soluisset per tot menses, aut soluisset per 100. menses placebat legem superiorem nō obstare, quo minus creditor post ducētos menses, easdem vsuras peteret, quia solutæ antea vsuræ non computarentur in duplum, vltra quod lex vsuras exigi vetat. Atque hæc sententia est huius rescripti, vt ex interpretatione verborum cognoscitur.

Ait igitur lex: *Vsuræ per tempora solutæ, id est, solutæ particulatim suis quæque temporibus & pensionibus, non proficiunt reo ad dupli computationem*, id est, non prosunt reo adhoc vt computentur in duplo, vltra quod lex vsuras exigi vetat. Subiicitur ratio: Tunc enim vltra sortis summam vsuræ non exiguntur. supple, *supra duplum sortis*, vt subiicitur. cum tempore solutionis, id est, eo tempore, quo vsurę solui debent, eoque non solutæ petuntur, cũ inquam eo tempore quantitas vsurarum petitarum excedit eam computationem, nempe computationem & summam dupli, de qua initio rescripti responsum est. Est autem breuiter hæc sententia: Tunc enim vsuræ supra duplum non exiguntur, cum vsuræ, quæ solui debent & non solutæ repetuntur, eo tempore, quo petuntur, excedunt dupli computationem, vt sit summa, in eo duplo, de quo quæritur, vsuras ante solutas non computari, sed computari solum soluendas, id est, nondum solutas.

3 Sed quæritur ratio huius rationis. Cur enim † tũc vsuræ vltra duplum non exiguntur, cum soluendæ excedunt duplum? Respond. Ratio ex verbis legis, supra scriptæ ducitur. nam lex vetat vsuras exigi vltra duplum, & ideo lex se retulit ad id tempus, quo vsurę petuntur, & ad summam vsurarum petitarum vltra duplum. Non petuntur vltra duplum, nisi nondum solutæ, nam solutæ amplius peti non possunt. Hæc sententia huius legis cõfirmatur aperte, *in d. N. 121. §. vlt.* Hoc loco lectio variat, quæ varietas difficultatem loci auxit, & quibusdam ansam præbuit, vt variarent in sententia huius loci, sed ne de hac varietate frustra litigemus, vtraque lectio recta est, & exprimit eandem sententiam. Nam qui dicit vsuras vltra duplum non exigi: is aperte ius refert, quo illud cautum est. Qui autem dicit, vsuras supra duplum sortis exigi, is factum refert, sed id factum, quod statim intelligitur esse contra legem. Nihil autem interest vtrum dicamus, vsuras vltra duplum exigi, quod lex vetat.

Sed huic interpretationi & distinctioni veterum opponitur rei absurditas. Plusquam enim absurdum videtur, in duplo, vltra quod vsuræ exigi nõ possunt, computari vsuras a debitore non solutas, eas autem quæ solutæ sint, non computari, cum sit multo æquius legem benigne interpretari, pro eo, qui sponte bonam fidem agnouit, & vsuras soluit, quam pro eo, qui creditorem suum frustratus est non soluendo. Et certum est hanc interpretationem aliquid absurdi habere, sed veteres verba legis retinebant, quia lex est de vsuris exigendis. Non exiguntur autem solutæ, sed nihilominus in re eadem iniquitas & absurditas manet, quæ res recte caussam præbuit Iustiniano huius iuris abrogandi, ergo is constituit, vt siue vsuræ solutæ non sint intra tantum tempus, quod efficiat duplum sortis, siue iam ante, per tempora sua solutæ sint, amplius non possint vsuræ exigi. Id effectum est illis N. 26. quas supra recitauimus.

*Ad L. 11. Ex prædiis.*

Imperator Anton. A. Popilio.

*Ex prædiis pignori obligatis creditor post oblatam sibi iure pecuniam, quam non suscepit, si fructus accepit, exonerari sortis debitum, certum est.*

SVMMARIA.

1 *Fructus ex re pignorata percepti exonerant sortem.*

2 *Et quando in vsuras computentur.*

CReditor fructus ex re sibi pignorata perceptos, suos non facit, sed aut restituere debet, si extant, aut consumtos in debitũ imputare: quo modo † fructus percepti debitum exonerant. Idque ita est, etsi debitor nunquam pecuniam creditori obtulerit, *l. 1. 2. supr. de pign. act.* Quid est igitur, quod in hoc rescripto dicitur, fructus ex re pignorata perceptos exonerare sortem, si debitor pecuniam creditori obtulerit & postea creditor fructus perceperit? Respond. 1
Hoc eo additum est, quia non † semper hi fructus in sortem imputantur, sed interdum computantur prius in vsuras. Quod maxime tunc cõtingit, cum in pignore dando conuenit, vt creditor in vicem vsurarum fructus perciperet, vt est species, *in l. 1. §. penul. de pign.* In hac conuentione locus est huic rescripto. Vt si ab initio fructibus nondum a creditore perceptis pecunia credita offeratur, sola hęc oblatio impediat, quo minus ii fructus percipi possint, & imputari in vsuras, quia, vt dixi *ad l. si per te, supr. eod.* prius quam vsuræ deberi cœperint, sola oblatio sortis cursum vsurarum impedit. Quod si fructus hi non imputantur in vsuras in specie proposita, cõsequens est, quod hic respondetur, in sortem imputari. Summa: Rescriptum pertinet ad eandem sententiam, quæ tradita est *in d. l. si per te.* 2

*Ad L. 12. Frumenti.*

Imp. Alexand. A. Tyranno.

*Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.*

SVMMARIA.

1 *Frumenti & olei vsuræ, an quoque debeantur.*
2 *Vsuræ frumenti & olei cur etiam ex pacto debeantur, aliter ac fit in vsuris pecuniæ.*
3 *Et non tantum ex pacto, sed etiam pacto nudo.*
4 *Dictionum, pactum nudum, diuersa acceptio, & num. 6.*
5 *Vsuræ pecuniæ traiectitiæ an ex pacto etiam debeantur citra stipulationem.*

FRumenti † & olei mutuo dati nomine, etiam vsuras deberi posse placet, *vt h. & l. oleo, infr.* Atqui initio huius tituli dixi vsuras non consistere, nisi vbi pecunia debetur? Respondeo, Vsura pecuniæ admissa, consequens fuit, vt eadem ratione æquitatis, etiam vsuræ in hoc genere rerum admitterentur. Vsura pro vsu pecuniæ pręstatur. Par est vt pro vsu istarum quoque rerum vsura præstetur, quarum nõ minor est vsus, quam pecuniæ. Hoc † amplius propriè placuit in his rebus, vt vsuræ etiam ex pacto debeantur, vt hic adiectum est, in quo ius singulare harum rerum notandum est, cum in pecunia numerata placeat, non aliter vsuras deberi in strictis iudiciis, quam si stipulatione promissæ fuerint, *l. 1. l. 3. l. creditor, supra hoc tit.* 1
2

Sed cur hoc potius in frumento, oleo, & similibus rebus placuit, quam in pecunia numerata, cum semper vsura sit vsura, quibuscunque ex rebus præstetur? Vsura autem res odiosa non sit adiuuanda, interpretatione legis, *cum quidam, de lib. & posthum.* Respon. Id eo comparatum videtur, quia magis necessarius est vsus istarum rerum quam pecuniæ numeratæ. Nam vita nostra pecunia carere potest, frumento & similibus rebus ad victum pertinentibus, carere non potest. Vt igitur publicæ vtilitati, & necessitati consule-

consuleretur, inuitandi erant creditores, vt facilius has res mutuo dare vellent. Quod ita fit, si liceat ex hoc mutuo consequi vsuras, secũdum regulas communes iuris, id est, nõ solum ex stipulatione, sed etiam ex pacto, vbi nominatim frumentum & similes res dederunt ea lege & pacto, vt debitor pro iis vsuras penderet. Nam in traditionibus rei numeratæ quodcunque pactum interpositum, valet secundum regulas iuris, quamuis nulla stipulatio interuenerit, *l. in traditionibus, l. diuisionis. de pact.*

Sed amplius adiicitur hoc rescripto, quod regulis iuris aduersari videtur. Placet enim harum rerum
3 nomine vsuras deberi, nõ tantum pacto, sed † etiam pacto nudo, vt hic diserte scriptum est. Hoc vero regulæ iuris aduersari videtur, qua placuit, ex pacto nudo actionem non nasci, *l. legem, supr. de pact. l. iuris gent. §. sed cum nulla, de pact.* Nos vero dicimus, secundum regulam supra scriptam vsuras, neque frumenti nomine, neque in aliis caussis omnibus, ex pacto
4 nudo deberi posse, vt pactum † nudum accipitur in regulis iuris. Nudum enim illic dicitur, vbi in continenti pactum adiectum non est, seu nõ est adiectum in re mutua tradenda, veluti, si frumentum tibi mutuo dederim ab initio simpliciter, postea conuenerit, vt vsuras mihi præstares. Hoc pactum in superiori regula nudum dicitur, quia interpositum est contractu iam perfecto, non autem in re mutuo danda. Ex hoc pacto vetat superior responsio actionem nasci. Hanc regulam in vsuris etiam sequemur, dicemusque: Nunquam aliquem in hoc genere rerum, de quo agimus, aut in aliis personis, aut in ciuitate, vsuras debere eiusmodi pacto, sed tunc solum, cum creditor frumentum dedit mutuo, & in eo dando nominatim conuenit, vt vsuræ præstarentur, vel aliis verbis, cum frumentum dedit nominatim ea lege, vt frumentum præstaretur.

Hæc sententia confirmatur his argumentis. Ceterę res omnes quamuis honestæ & minime odiosæ pacto nudo promissæ, iure ciuili peti non possunt, ex regula superiori. Ergo multo minus vsuræ poterunt, res odiosæ: odia magis restinguenda sunt quam adiuuanda, & si contra fieret absurde cõstitueretur, nõ tantum inique, *dict. leg. cum quidam, D. de lib. & posthum. c. odia. extra. de reg. iur.* Deinde in bonæ fidei iudiciis vbi vsuræ præstantur ex conuentione & pacto, non debentur vsuræ ex pacto, nisi in cõtinenti adiecto, id est, in re contrahenda, *l. initio, infr. de pact. inter emt. & vend.* Ergo multo minus in strictis iudiciis debebuntur ex pacto, nisi in re tradenda pactum fuerit interpositum. Postremo † in traiectitia
5 pecunia æquissime constitutum est, vsuras etiam ex pacto deberi citra stipulationẽ, propter periculum creditoris in pecunia mutuo data, *leg. periculi, D. de naut. fœn.* At etiam in hac pecunia non debentur ex pacto vsuræ, nisi cum nominatim pecunia data est, ea lege, vt vsura centesima præstaretur. *l. in quibuscunque, de naut. fœn.* Ergo nec frumento, aut similibus rebus mutuo datis, aliter debentur vsuræ ex pacto, quam si eæ res nominatim datæ sint, ea lege, vt vsuræ præstarentur.

Sed opponitur hic locus, vbi diserte scriptum est, vsuras in hoc genere rerum etiam ex nudo pacto deberi? Respondeo. Superioribus argumentis admonemur, pactum nudum verbum ambiguum esse. A-
6 liter † enim nudum dicitur, cum de pactis agitur, & placet ex pacto nudo actionem non nasci; aliter cum agitur de vsuris, vt hoc loco. Cum de pactis agitur, nudum intelligimus, quod in continenti adiectum non est, aut nullam aliam caussam habet, preter conuentionem. In vsuris, nudum pro loco proposito accipere oportet, nudum ab ea re, de qua hic agitur, nempe nudum a stipulatione, quæ in ceteris vsuris desideratur, & ita nudum explicatur *in dict. leg. periculi, in fin. de naut. fœn.* cum dicitur, vsuras nauticas deberi ex pacto, & adiicitur, citra stipulationem.

### *Ad L. 13. In bonæ fidei iudiciis.*

Imp. Alex. A. Eustachiæ.

*In bonæ fidei iudiciis (quale est negotiorum etiam gestorum) vsurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est iudicium sententia: quamuis minoris condemnatio facta est, non adiectis vsuris, nec prouocatio secuta est: finita retractanda non sunt: nec eius temporis, quod post rem iudicatam fluxerit, vsuræ vllo iure postulantur, nisi ex causis iudicati.*

SVMMARIA.

1 *Vsuræ quibus ex caussis in bonæ fidei iudiciis citra stipulationem debeantur. & cur, nu. 5.*
2 *I. Ex conuentione quomodo.*
3 *II. Sine conuentione ex mora.*
4 *Fiscus ex suis contractibus vsuras accipit, ipse non dat.*
6 *An etiam vsuræ sine mora debeantur in bonæ fidei iudiciis.*
7 *Vsuræ in bonæ fidei iudiciis quo iudicio exigantur & & obtineantur.*
8 *In fideicommißis & legatis, cur potius vsuræ debeantur ex mora, quam in aliis strictis iudiciis.*

TRaditur in hoc rescripto, *in bonæ fidei iudiciis vsurarum rationem haberi, id est, vsuras etiam computari, & accedere supra sortem*: Et adiicitur, *quomodo in iis vsuræ peti & obtineri possint*. Sed regula superior fallax est: Simpliciter enim dicitur, *in iis iudiciis vsurarum rationem haberi*: Quid ergo, cum sine discrimine in iis iudiciis vsuræ debentur? Deinde adiicitur, *in bonæ fidei iudiciis*: Quid ergo, an cetera iudicia hoc verbo excluduntur? Ergo vt generalitas huius definitionis nos non fallat, dicendum est, quibus modis vsuræ accedant in his iudiciis: Et adiectionem, *bonæ fidei iudiciorum*, alia iudicia non excludere. De qua re tota, vt liqueat, sic habendum est.

Duobus in generibus iudiciorum vsuræ citra stipulationem debentur, etiam inter primates: In bonæ fidei iudiciis, & iis, quæ ex testamento nascuntur, id est, legatis & fideicommissis. In † bonæ fidei iudiciis, citra stipulationem vsuræ debentur, non simpliciter, vt hic regula tradita efficere videtur, sed ex duabus his caussis, ex conuentione, & sine conuentione ex mora. Ex † conuentione vsuræ de- 2
bentur, veluti cum re vendita, & tradita emtori, fidem habuit de pretio, sed nominatim conuenit, vt vsuras præstaret. Idemque est in mercede locationis, & ceteris summis, in contractu bonæ fidei debitis, *l. cum quidam, §. eas. Instit. hoc tit. l. in initio. de pact. inter emt. & vend.* Sed de conuentione quod dictum est, sic accipi debet, si de vsuris præstandis initio contractus conuenerit, seu in re contrahenda, *dict. leg. in initio. l. tẽpore, infr. de pact. inter emt. & vend.* Quod

secundum regulas iuris exigitur, quibus efficitur, ex pacto ita actionem nasci in bonæ fidei iudiciis, si pactum in continenti secutum sit, *l. in bonæ. sup. de pact. l. iurisgent. §. quinimo, D. de pact.*

3 Sine † conuentione in iis iudiciis vsuræ debentur ex mora, *d. l. cum quidam, §. eas, D. eod.* Idq; est, quod dicitur in bonæ fidei iudiciis fructus ex mora præstari, *l. mora, §. in bonæ fid. D. hoc tit.* Nam in iis iudiciis vsuras vicem fructuum obtinere placet, *l. vsuræ, D. hoc tit.* Excipitur fiscus. Is enim ex suis contractibus

4 vsuras † accipit, ipse non dat, *l. cum quidam, §. fiscus,*

5 *D. eod.* Cur † in iis iudiciis ex iis caussis vsuræ accedant, facit iudiciorum conditio, in quibus omnia æstimãtur, quæ ex bona fide & æquitate oportet præstari, *§. in bonæ, Instit. de actio.* Nihil autem æquius, quam pacta seruari inter contrahentes, *l. ex emto. in pr. de act. emt. l. 1. in pr. de pact.* Sed & æquissimũ est, frustrationem debitoris impunitam non esse, *l. hereditatem, mandat.*

6 Vt autem † in iis iudiciis vsuræ debẽtur ex suprascriptis caussis, ita vbi de vsuris nihil conuenit, sine mora vsuræ non debentur, quantumuis diu debitor, quod ex iis contractibus debet non soluit, *d. l. cum quidam, § eas, D. eod.* Non obstat quod dicitur *in l. 2. supr. eod.* Emtorem debere pretii vsuras, simul atque ei possessio tradita fuerit. Ibi enim docuimus, etiã ex eo tempore moram a debitore fieri, tanquam ea traditione satis interpellato. Non obstat etiam, quod traditur *in l. 1. §. 1. de vsur.* si socius communem pecuniam inuaserit, & in suos vsus conuerterit, deberi vsuras etiam mora non interueniente. Hoc enim sic interpretandum est, etiam mora alia, seu mora noua non interueniente: Nam reuera satis mora ab initio facta intelligitur, cum socius pecuniam inuasit. Imo ex tempore delicti plusquam frustrator debitor intelligitur, vt diserte traditur, *in l. vlt. de condict. furt. l. pen. vnde vi.*

Sane in quibusdam iudiciis bonæ fidei vsuras deberi, constat sine vlla mora, vt in administratione alienorum negotiorum, si procurator inuenerit pecuniam aliquam domini, & eam non collocarit fœnori, sed otiosam manere passus sit, præstabit vsuras, quas dominus consequi potuisset, si modo & dominus pecunias locare consueuisset, *l. qui semisses, §. vlt. D. hoc tit.* Hoc autem contingit sine vlla mora procuratoris, quia nunquam a domino est interpellatus, nec mora fit sine interpellatione, *l. mora, D. eodem.* Idem procurator, si pecuniam debuerit domino, cuius negotia administrat, eam pecuniam a se exigere debet, & nisi exegerit, tenetur Neg. gest. actione vel mandati. Et si ante pecuniam debebat sine vsuris, debitum incipiet esse vsurarium, *l. si pupilli, §. vlt. de negot. gest.* Idem procurator in contraria actione nego. gest. vsuras a domino exigit, sine vlla mora. Nam si pecuniam mutuam sumserit sub vsuris, vt ea pecunia liberaret dominum suum, exigit eas vsuras a domino contraria actione negot. gest. & si de suo impenderit in rem domini, exiget a domino vsuras pro consuetudine loci præstari solitas. *l. & in contraria, D. eod.*

An non ergo hoc ius saltem superiori regulę contrarium est? Respon. Nequaquam. Nam quas vsuras procurator præstat domino, & quas a domino exigit, in suprascriptis caussis, hæ non tanquam vsuræ præstantur, sed tanquam sors, quæ principaliter illis iudiciis debeatur. Nam cum procurator præstat domino vsuras in superioribus caussis, nihil pręstat, nisi negligentiæ & culpæ suæ damnum, quod dominus passus est, propter procuratoris negligentiam. Hæc æstimatio culpæ, est id, quod procurator domino principaliter debet ex negotiorum administratione, *l. 2. de negot. gest.* Item cum procurator vsuras a domino exigit in iis caussis, quas dixi, exigit id quod sibi abest: Nam absunt illi vsuræ quas præstat, & quas consequi potuisset. Id autem quod procuratori abest, propter negotiorum administrationem est id, quod illi contraria actione principaliter debetur, *d. l. 2. de neg. gest.* Non ergo hic vsuræ præstantur & exiguntur, vt vsuræ & accessiones sortis. Ita manebit regula hæc: in bonæ fidei iudiciis vsuras nõ nisi ex mora deberi.

Sed † quo iudicio hæ vsuræ exigentur, & quomodo obtinebuntur? Hic ius diligenter notandum: vsuras in iis iudiciis ex conuentione aut ex mora debitas, non peti nisi actione principali de sorte, *leg. 4. infr. de poss.* cui consequens est, vt actione sortis sublata vsuræ in iis iudiciis ex supra scriptis caussis peti non possint. Et ideo si debitor sortem soluerit, nulla mentione facta vsurarũ, creditor de vsuris postea experiri non poterit. Actione enim sortis sublata, nulla relinquitur actio de vsuris & accessionibus, *l. centum Capuæ, de eo quod certo loco.* Hinc & illud consequens, quod *in hac l. in extremo* dicitur, vt si creditor de sorte egerit, & sorte condemnatio vsurarum nulla facta sit, nec ab ea sententia appellatum sit, postea de vsuris non possit experiri, scilicet, quia sententia iudicis, vetus actio sublata est, *l. 4. infr. deposit.* 7

Hic occurrebatur. At post rem iudicatam manet actio iudicati de sorte, *l. miles, §. vlt. de re iud.* Ergo saltem actione iudicati agere poterit, cui vsuræ accedunt? Respondetur in hoc rescripto, actione iudicati vsuras non deberi. Huius sententiæ ratio est hęc, quia in bonæ fidei iudiciis non debentur vsuræ, nisi ex mora, vt supra effectum est. Debitor autem moram non facit, a quo sors peti non potuit, *l. lecta, vers. pen. si cert. pet. l. nulla, de regul. iur.* Intra tempora autem iudicati nulla petitio est aduersus iudicatum, *leg. cum militi, §. vlt. D. de compens.* Proinde secundum regulas iuris vsuras eius temporis debere nõ potest. Transacto tempore iudicati, debebit proprio iure, *l. 1. & tot. tit. de vsur. rei iud.* Non est simile, quod traditur de fructibus. Placet enim condemnatum intra tẽpora iudicati fructus præstare debere, *leg. 3. 1. resp. D. hoc tit.* Sed idcirco dicitur, quia perceptos habet, si non percepit, percipere potuit, & ideo merito culpam præstat.

Nõ tantum ius superius seruatur in bonæ fidei iudiciis sed etiam in legatis & fideicommissis, in quibus vsuræ citra stipulationem ex mora quoque accedunt, *l. 3. §. vlt. l. mora. §. in bonæ. de vsur.* Sed † cum 8 legata & fideicommissa debeantur actione stricti iuris, *l. alias, D. de in lit. iur.* cur in iis potius vsuræ debentur ex mora, quam in strictis aliis iudiciis? Respondeo, Id facit supremarum voluntatum fauor, quo fit, vt publice interesse existimetur supremas voluntates exitum habere, *l. vel negare, D. quemadmodum testament. aper.* Item vt voluntates supremæ quam plenissime accipiantur, *l. in testamentis, de reg. iur.* Huc pertinet *l. 1. supr. de sacrosanct. eccles.*

Cum in legatis vsuras ex mora deberi dicimus, nempe hoc dicimus, simul atque heres interpellatus est, deberi, etiamsi extra iudicium sit interpellatus: Qui fit igitur, vt *in l. 1. & 2. infr. de vsur. rei legat.* scriptum

scriptum sit: in legatis & fideicommissis vsuras post litem contestatam deberi? Respond. Non sunt hæc contraria. Nam & post litem contestatam debentur, & verum est etiam ante deberi. Immo ex eo quod dicitur eas deberi post litem contestatam, recte colligitur etiam ante deberi ex mora, quoniam post litem contestatam non deberentur, nisi quia mora facit litem contestatam, *leg. neque. §. vltim. de eadem, de verb. obl.* Extra hæc iudicia citra stipulationem vsuræ non debentur, neque ante neque post litẽ contestatam, vt testatum est *supr. de condict. indeb.* Quod igitur dicitur, *in l. lite. D. eod.* lite contestata vsuras concurrere, non significat vsuras deberi lite contestata, sed vsuras ante debitas, non desinere deberi, lite contestata, vt explicat, *l. 1. sup. de iud.*

*Ad L. 14. Si ea pactione.*

Imper. Alexan. A. Aurelio.

*Si ea pactione vxor tua mutuam pecuniã dedit, vt vice vsurarum domum inhabitaret, pactoque ita, vt conuenit, vsa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionẽ, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam vsurarum legitimarũ ratio colligit, minime oportet. Licet enim vberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.*

SVMMARIA.

1 *Extra modum legitimum vsuræ promissæ non debentur & solutæ repeti possunt, aut in sortem imputari: & si quid aliud promissum solutum sit.*

2 *Creditor vice vsurarum, quæ sunt 12. domum debitoris inhabitans, cuius merces est ad 20. an octo quæ excedunt vsuram legitimam in sortem imputare debeat.*

3 *Mercede domus creditori vice vsurarum locatæ legitimam vsuram excedente, an si locatio iusta.*

4 *Quid si merces excedat duplum vsurarum.*

VSurarum modus certus est, lege constitutus, de quo *in l. eas, §. 1. infr.* Extra hunc modum vsuræ 1 promissæ † non debentur, *dict. leg. eas, §. si quis autem, leg. constitutionibus, infra eodem.* Sed & solutæ repeti possunt, aut in sortem imputantur, *l. indebitas, d. l. eas. §. si quis autem.* Et vt supra legitimũ modum vsuras stipulari non licet, sic nec quicquã aliud quod fit in fraudem vsurarum, *leg. cum allegas. sequen.* Et si quid aliud promissum solutum sit, æque repeti potest, aut in sortem imputari. Ad hanc sententiã pertinent quatuor leges sequentes.

Atque hic quæstio huius rescripti, in hac specie. 2 Debitor † creditori suo, pecunia mutuo accepta, domum dedit, ea pactione, vt creditor vice vsurarum domum inhabitaret. Erant autem vsuræ legitimæ, quæ ei debere poterant sorte, ad duodecim. Merces autem quæ ex locatione domus recte redigi poterat, erat ad viginti. Ita merces legitimam vsuram excedebat in octo nummos. Creditor pacto vsus est, & domum inhabitauit. Postulat debitor, vt creditor imputet in sortem octo, quæ ex locatione domus redigi potuerunt supra vsuram legitimã. Quæritur, an creditor imputare debeat? Quæstio in eo est an creditor ea octo videatur accepisse? Nam si accepit, excessit legitimum modũ vsurarum, proin de restituere e im oportet, aut in sortem imputare, *d. l. eas, §. si quis. infr.*

Respondet Alexander nihil hic exigi aut imputari posse aduersus creditorem nomine conductionis domus, quia in proposito fœnus illicitum contractum non sit, id est, quia in proposito creditor nihil amplius, quam vsuram legitimam percepit. Sed hic contra dicitur a debitore, & videtur in promtu posse probari fœnus esse illicitum, quia merces, quæ recte potuit redigi ex conductione domus, est ad viginti nummos, ideoq; 8. nummis superat legitimam vsuram. Quicquid supra legitimum vsurarum modum permittitur aut prẽstatur, illicitum est. *l. placuit, D. eod.* Respondet Alexander huic obiectioni occurrens, etsi maior merces redigi ex locatione potuit, quam duodecim, tamen vilius habitationem conductam videri. Significatur his verbis non esse spectandum in proposito, quanti domus locari, & conduci potuerit, sed quanti sit conducta a creditore. Et recte hoc solum spectandum est: Non enim debet aliud creditor restituere, quam quod accepit, supra modum legitimum. At hic non accepit, nisi 12. vsurarum nomine, quoniam non pluris illi domus locata est, nec pluris ab eo conducta. Id intelligitur ex verbis pactionis, nam domus illi data est inhabitanda vice vsurarum, id est, ad summam concurrentem vsurarum.

Sed cum † iusta merces ita excedat legitimam vsuram, an hæc locatio & conductio iusta est, in qua ita fraudari videtur debitor, idemque dominus domus. Respondeo: Est. Vt enim licet, quod pluris est, minoris emere, & quod minoris est pluris vendere, sic in locatione & conductione, quod pluris est, licet conducere minoris, & quod minoris est, licet locare pluris. Idque est, quod a veteribus dictum est, hactenus licere contrahẽtibus in pretio emtionis & mercede locationis, sese circumscribere, *leg. item si. §. vltim. D. locat. l. in commune, 2. §. pen. de min.* 3

Quid ergo si merces † quæ ex locatione confici potuit excedat duplum vsurarum, an hæc quoque rata erit conuentio, & nihil creditor restituere, aut imputare debebit, veluti si domus locari potuit 25. Respondeo: Hic locus est *leg. secundæ, infr. de rescind. vendit.* Vt quemadmodum ex ea lege venditor, vltra duplum dimidii pretii deceptus, rescindere potest venditionem, sic & locator vltra duplum mercedis deceptus, quoniam locatio & conductio iisdem rebus contrahuntur, quibus emtio & venditio, *l. 2. locati.* 4

Sed hæc dicta sunt de eo creditore, qui accepta domo ad inhabitandum, tantum inhabitauit, non autem locando pensionem percepit, quæ conditio hoc rescripto adiecta est. Ex quo colligitur, si creditor domum locauerit, & amplius redegerit, quam efficit legitima vsura, id in sortem imputari, aut restitui deberi. Probatur collectio *l. 1. §. huius, D. de offic. eius.* Sed cur hoc casu creditor potius imputat, quod legitimam vsuram excedit, quam superiore: Cum etiam hoc casu dici possit habitationem vilius esse conductam, & ob id fœnus illicitum contractum? Respondeo, Differentiæ ratio in promtu est, quia priore casu, cum creditor domo tantum vsus est, nihil accepit præter legitimam vsuram, ad cuius vsque quantitatem domum conducere voluit. Posteriore casu, aperte amplius accepit quam efficit legitima vsura.

*Ad L. 15. Cum allegas.*

Imper. Gord. A. Claudio.

*Cum allegas vxorem tuam ea conditione mille aureorum numero quantitatem sumpsiße, vt, si intra diem certum debito satis non fecißet, cum pœna quadrupli redderet, quod accepit: iuris forma non patitur legem contractus istius vltra pœnam legitimarum vsurarum poße procedere.*

SVMMARIA.

1 *Pœnam supra modum legitimæ vsuræ stipulari an liceat.*
2 *Stipulatio pœnæ, nisi intra tot & tot dies reddideris, duplum dabis, an sit contra leges.*
3 *Contra leges fieri dicitur quod aduersus verba legis fit.*
4 *In fraudē, quod retentis verbis legis fit aduersus mentem & sententiam legis.*
5 *Contra sententiā & mentem, quod fit contra propositum & finem legis.*
6 *Pœna promißa, an in totum stipulatio inutilis sit, an ad certum tantum modum valeat.*

VT vsuram supra legitimum modū stipulari non licet, legis constitutionibus, *infr. dict. l. eas, §. si quis autem.* Ita nec quicquam aliud extra vsuram, vbi
1 pecunia mutuo data est. Proinde † nec pœnam supra modum legitimæ vsuræ stipulari licet, *l. pœnam, D. eodem.* Eius sententiæ exemplum hoc est in hac specie. Creditor mutuam pecuniam dedit, eamque sibi reddi stipulatus est intra sex menses proximos, quod si non redderetur, stipulatus est pœnæ nomine duplum, aut triplum, aut quadruplum, prout volumus, sibi reddi. Placet inutilem esse stipulationem supra vsurarum modum, eoq; eatenus pœnam non deberi. Sed cur hæc pœna non debetur ex conuentione, cum prætor polliceatur se pacta seruaturum, quæ non sint contra leges? *l. iurisgent. §. ait prætor. de*
2 *pact. l. pact quæ contra, sup. de pact.* Dicat aliquis † hanc pactionē esse contra leges: Sed defendi potest, non esse contra leges. Hinc quærenda caussa: Nam non potest esse illicita pœnæ conuentio in specie proposita, nisi aut tanquam vsura prohibeatur, aut tāquam pœna. Non prohibetur, tanquam vsura, quia hic vsura non est, non enim exigitur hic pecunia pro vsu sortis, sed coercendi debitoris caussa, si sua die pecuniam non soluit. Et ideo pœna est non vsura.

Rursum tanquam pœna non improbata legibus, quia vbi stipulamur aliquid dari fieriue, & nisi datum factum sit, stipulamur pœnā, placet licere pœnam stipulari ad duplum, triplum, quadruplum. Denique quantacunq; promissa erit pœna, tantam deberi, *l. si dictum, in pr. de euict. l. Lucius, de actio. emt. l. stipulatio ista, §. alter. de verb. oblig.*

Respondeo: Improbatur in hac specie pœna vt vsura vel vt pœna non simpliciter, sed vt pœna in fraudem vsurarum adiecta. Quæ res facit, vt hic vsura promissa videatur. Improbari hanc pœnam in hac specie, quia sit adiecta pœna in fraudem vsurarum, scriptum est *in leg. Iulianus, §. ibidem Papin. de actio. emti.* Sic ius est: Quicquid verbis legis prohibetur, non tantum prohiberi intelligitur, quod est contra legem, sed etiam quod est in fraudem legis, & quicquid horum factum est, pariter pro infecto habetur, *l. non dubium supr. de legib.* In proposito autem recte dicimus pœnam adiectam videri in fraudem vsurarum, id intelligitur ex definitione eius, quod est contra legem & in fraudem legis.

Contra legē † fieri dicitur, quod fit aduersus ipsa 3
verba legis. In fraudem autē † quod retentis verbis 4
legis fit aduersus mentem & sententiam legis, *l. contra l. seq. de legibus.* Contra † sententiam & mentem 5
est, quod fit contra propositum & finem legis. Hoc propositum in iis legibus, quæ vetant vsuras exigi supra certum modū, est tale, vt creditor præter sortem nihil accipiat, extra id, quod intra modū legitimum vsurarum conceditur. Fit aduersus hoc propositum legis, cum creditor nō accipit vsuras, sed accipit pœnam supra modum legitimum vsurarum: nam vsuras non accipiendo non facit aduersus verba legis, quæ vsuras accipi vetat, sed facit aduersus id quod lex voluit, quia lex eum accipere nō vult, vltra quam in vsuris præscribit. Ex his intelligimus, quid responderi oporteat, de iis locis, in quibus traditur diserte, licere pœnam stipulari etiam vsque ad quadruplum, quos supra retulimus.

Hæc autem responsio rata est, semper licere pœnam stipulari ad quamuis quantitatem, cum vna hac exceptione, nisi stipulemur in fraudem vsurarum, *dict. leg. Iulianus, §. ibidem, de act. emt.* Id autem tunc solum contingit, cum pecunia principaliter debetur, quæ certo tempore reddi debet, & nisi reddita sit promittitur pœna, vt ibidem scriptum est. Hanc pœnam ideo dicimus in fraudem vsurarum adiectam esse, quia solum in pecunia numerata vsura locum habet, cum scilicet pecunia principaliter debetur. Et ideo, siue quid principaliter fieri stipulemur, siue speciem aliquam præstari principaliter, & nisi fiat aut præstetur, stipulari volumus pœnam, sine exceptione recte defendetur, quantacunque summa promissa erit, tantam peti posse, *d. l. Lucius, de actio. emt. l. quod dictum, de euict.*

Postquam † pœnam supra legitimū modum stipulari non licet, quid fiet, si promissa erit, an in totum stipulatio erit inutilis, an ad certum tātum modum? Et placet hoc rescripto, vt & aliis locis, non ideo in totum stipulationem esse inutilem, sed quod legitimum modum vsurarum excedit, pro non adiecto esse; hoc detracto stipulationem vires habere, vt ad licitam quantitatem pœna exigi, aut soluta retineri possit, *l. placuit, l. pœna, in pr. D. hoc tit.* 6

*Ad L. 16. Cum non frumentum.*

Imp. Gord. A. Sulpitio.

*Cum non frumentum, sed pecuniam fœnori te accepiße alleges, vt certa modiatio tritici præstaretur, ac, nisi is modius sua die fuißet oblatus, mensurarum additamentis in fraudem legitimarum vsurarum grauatum te eße contendas: potes aduersus improbam petitionem competenti vti defensione.*

SVMMARIVM.

1 *Siue pœnam siue frumentum siue fructus & similia additamenta vel quid aliud an creditor pro vsura sibi præstari, stipulari poßit.*

VT pecunia mutuo data, non licet aliud amplius stipulari, in fraudem vsurarum, veluti pœnam, *de quo supr. prox. tit.* Sic nec quicquam aliud, præter pœnam, veluti si pro vsura creditor stipuletur sibi præstari vel fructus, vel frumentum, vel quid aliud, quod declaratur exemplo in hoc rescripto, in hac specie. Creditor mutuo 100. dedit, ea lege, vt pro iis sibi red-

sibi redderentur 100. modii. Pecuniam dedit, vt aliud genus redderetur, quæ conuentio licita est, *l. 2. in pr. si cert. pet.* Et prӕterea si illi modii sua die, de qua conuenit, non redderentur, placuit, vt pro singulis vsuris præstaretur frumentum, vsque ad centesimam, vel vltra centesimā vsuram. Hæc conuentio hoc consilio fraudulento ita interposita est a creditore, quia si pecunia tantum mutuo data esset, eaque sola reddi deberet, non posset creditor vsuras stipulari eius pecuniæ, nisi aut semisses, aut ad summum besses, id est dimidiam partem centesimæ, vel octo vncias centesimæ, vt suo loco exponemus: Vel iure antiquo non potuisset stipulari vltra centesimam, *l. eas, §. 1. infr. hic.* At si quis frumentum dedisset, olim poterat additamenta eiusdem speciei stipulari, etiam vltra centesimam vsuram. Nunc post constitutionem Iustiniani, licet saltem stipulari additamenta, vsque ad 100. *d. l. eas. §. in traiectitiis.* Vt ergo creditor secundum legem posset 100. vel vltra 100. consequi, hanc conuentionem interposuit, de modiis reddendis, & de additamentis earum specierum.

Quæritur ergo, an creditor hac cautione aliquid profecerit, ad petenda additamenta supra modum legitimum vsurarum? Et placet profecisse, sed debitorem aduersus improbam conuentionem vsurarum, vsurum competēti defensione. Cōpetens defensio hæc est vt neget se teneri: quia vt adiicitur in rescripto conuentio est in fraudem vsurarum legitimarum. Quicquid autem in fraudem legis fit, ipso iure pro infecto est, *l. non dubium, supr. de legibus.* Hic occurritur: Nam quomodo dici potest hæc conuentio in fraudem vsurarum, cum in hoc specierum, de quibus reddendis hic conuenit, liceat etiam licite vsuras stipulari, vel vsque ad 100. vel vltra vt olim, *d. l. eas, §. in traiectitiis, infr. h.* Respondeo hic non frumentum mutuo datum est, sed pecunia. Imo dicet aliquis de frumento hic agitur, quoniam etsi ab initio pecunia mutuo data est, tamen data est ea lege, vt frumentum redderetur. Hæc conuentio seruanda est, *l. 2. in prin. si cert. petat.* Proinde ex conuentione, perinde etiam debebit.

Neque id recte colligitur, quoniam cōstat initio pecuniam mutuam datam esse, per cuius mutui occasionem conuenit de frumento reddendo. In omni contractu, cuiusq; cōtractus initium & caussam intueri debemus, *l. 3. supr. ad Maced. l. si procuratorem, infr. mandat.* Summa rescripti huc tendit, vt vsuras supra legitimum modum stipulari non licet: sic nec quicquam aliud, quodcunque id erit, siue pœna *vt l. præced.* siue frumentum, & similia additamenta, etiamsi valor frumenti principaliter, id est, in principio reddendi, quæsitus sit, vt in specie huius loci.

## Ad Authen. Adhæc.

*Ad hæc qui fructus aridos credidit agricolæ, vel pecuniam, in vnoquoque anno pro modio octauam partem modii, pro solido siliquam vnam vsurarum nomine accipiens: terram siue aliquid aliud, quod pignori accepit, omnimodo reddat. Si aliquid præter hoc commiserit: ab actione cadat omnimodo.*

### SVMMARIA.

1 *Fructus aridos mutuo dans agricolæ, potest eo nomine exigere octauam partem modii in singulos annos vsuraꝝ nom loco: olim saltem centesimam.*
2 *Octauam partem sortis excedere centesimam.*
3 *Centesima vsura quæ.*
4 *Pecuniam agricolæ mutuo dans potest vsuræ nomine exigere in singulos annos siliquam vnam, hoc est, trientem octauæ partis, olim non nisi octo vncias centesimæ.*
5 *Pœna huius constitutionis.*
6 *Fructus aridos vel pecuniā si quis credat aliis quam agricolis, an idem in iis ius sit, quod in agricolis. An lex hæc ad omnes debitores extendi possit.*
7 *Cur maiores vsuræ ab agricolis quam a ceteris debitoribus hic exigantur.*
8 *Haloander reprehenditur.*
9 *Frugum verbo continentur omnes fructus.*
10 *Aridi fructus qui sint: & vnde ita dicti.*
11 *In fructibus nō aridis, velut oleo, vino, melle, &c. an creditori octauam quoque partem exigere liceat vsuræ nomine.*
12 [redacted]
13 [redacted]
14 [redacted]
15 [redacted]
16 [redacted]
17 [redacted]

HÆc Authentica summam continet *Nou. Iustin. nullum credentem agricolæ.* Subiecta est superiori rescripto ex hac caussa, quia in rescripto mentio facta erat de frumento reddēdo & accessione frumenti. In hac Authentica, de frumento mutuo dato agricolæ agitur. Sed melius subiecta esset *l. frumenti, sup.* aut *l. olei infr.* vbi de mutuo frumenti aut similium rerum agitur: Non item agitur in rescripto præcedenti. Summa constitutionis hæc est. Tria hic constituuntur noua, circa mutuum quod datur agricolis. I. Est de fructibus aridis mutuo datis agricolæ. II. alterum de pecunia agricolæ mutuo data. III. de pœna, quæ hic constituitur aduersus eos, qui contra superiorem constitutionem fecerint.

Sed de fructibus aridis ita cauetur, vt si quis † fructus aridos mutuo dederit agricolæ, possit eo nomine exigere octauam partem modii in singulos annos vsurarum loco. Hoc ius vt dixi nouum est. Nam in frumentis aridis, & non aridis, vt frumento, vino, oleo, & similibus speciebus, cautum est *in leg. eas, §. in traiectitiis, infra hic.* Si hæ res mutuo datæ sint, licere creditori stipulari eo nomine vsuram centesimam, sed non amplius quam centesimam. Octaua autem pars sortis in singulos annos centesimam excedit. Proinde cum Iustinianus hanc quantitatem nunc excedat, ius nouum constituit. Octauam † autem partem sortis in singulos annos excedere centesimam, hoc exemplo intelligitur. Finge 100. aureos mutuo datos esse. Centesima † vsura est in singulos centenos aureos vnus aureus in singulos menses, & ita in singulos annos sunt duodecim aurei in singulos centenos aureos, vt pluribus dicitur, *dict. leg. eas.* At octaua pars 100. aureorum, hanc summam excedit in singulos annos. Nam 12. aurei sunt octaua pars 96 aureorum, desunt adhuc quatuor aurei ex sorte 100 aureorum, quorum octauam portionem adhuc habere debebit creditor ex hac lege. Itaque si fingas singulos aureos valere 24. baciis, erunt 96. bacii in 4. aureos. 96. baciorum octaua pars sunt duodecim bacii. Itaque si has summas

colligamus, octaua pars centum aureorum in singulos annos sunt duodecim aurei, cum duodecim baciis, cum centesima vsura esset tantum 12. aureorum. Octaua igitur pars sortis centum aureorum excedit centesimam vsuram duodecim baciis. Recte igitur dicimus, hic ius nouum constitutum in fructibus aridis agricolæ mutuo datis.

De pecunia mutuo data agricolæ, ita cauetur, vt
4 si quis † pecuniam agricolæ mutuo dederit, possit exigere vsuræ nomine vnam siliquam in singulos annos. Hoc obscurius dictum reuocandum est ad vsum veterum legum: & vsum nostrorum temporum. Significatur autem his verbis, cum pecunia mutuo datur agricolæ, exigi posse vsuræ nomine trientem, id est, tertiam partem octauæ partis in singulis annis, & prope triētem centesimæ, & aliquid paulo amplius. Id autē sic demonstratur cognita significatione verborum. Nam solidus † continet 24. siliquas. Hinc intelligi potest quid distet summa siliquæ ab octaua parte, de qua prius dictum. Nam octaua pars 24. sunt tria. Nunc autē constitutio vult vnum præstari, vult igitur præstari tertiam partem, vt sit vsura triens centesimæ vsuræ. Hic ergo ius nouum constituit. Nam quicunque & quibuscunque pecuniam crediderint, ius olim ita erat *ex l. eas*, §. 1. vt negotiatores possint stipulari vsuras besses, id est, octo vncias centesimæ, id est, in singulos 100. aureos in singulos annos, octo aureos pro duodecim, quę est centesima: Reliqui omnes possint stipulari vsuras semisses, id est, in singulos annos sex, in singulos centenos aureos, vt suo loco exponemus. Nunc in singulos aureos centenos mutuo datos agricolæ, licet tantum stipulari & accipere 4. cum quatuor baciis.

5 Pœna † sequitur constituta aduersus eos creditores qui vsurę nomine in supra scriptis caussis aliquid amplius exegerint. Pœna hæc est, vt qui contra fecerint, actione cadant, id est, denegetur eis etiā ipsius sortis exactio, quod recte nouū dicitur, quia prioribus titulis & constitutionibus, si quis supra legitimum modum vsuras acceperit, illud perdit, quod est supra sortem, ceterum sortis exactionem saluam retinet, *l. indebitas, infr. l. si non sortem, in princip. si cert. petat.*

Summa constitutionis cognita, de ea hæc quæsita sunt. I. Loquitur Authentica de agricolis, quibus
6 mutuum datum est. Quid † si quis crediderit aliis, vel fructus aridos, vel pecuniam, an nō idem ius erit? Respondeo: Non erit. Est enim hic ius singulare in agricolis constitutum. Proinde in ceteris omnibus debitoribus ius antiquum est proditum, *in l. eas, infr. hic.* Sic enim generaliter tenendum est. Quod nouis legibus simpliciter non emendatur, id veterum legum regulis relinqui, *l. præcipimus. in fin. infr. de appell.* Sed vt est vulgaris translatio, videtur verba nouæ constitutionis repugnare. Videntur enim verba pertinere ad omnes creditores, etsi titulus constitutionis sit specialis: Nam in illa translatione hæc verba sunt: *Et hanc saluberrimam legem communem vo umus esse omnibus.* Sed hic animaduertenda est, vel inscitia, vel improbitas translatoris. Nam priora illa verba non sunt in Græco. In posterioribus dicitur, *legem esse communem*, sed non adiicitur, *omnibus*. Communem aūt legem Iustinianus intelligit, vt sit communis omnibus locis, non cōmunis ad omnes personas pertinens. Nam in Græco, *in §. 1.* nominatim comprehensum est, de pecunia data agricolæ. Est igitur hoc ius, quod hic constitutum est, proprium agricolarum, quibus mutuum datum est.

Hinc colligimus, si quis fructus aridos alii mutuo dederit, quam agricolæ, non posse ab eo exigere octauam, sed solum centesimam vsuram, aut id, quod eā vsurā non excedat, quia ita exigit lex vetus, *l. eas, §. in traiectitiis, infr.* Sed † hoc videtur absurdissime cō- 7
stitui, vt minus exigatur a debitorib. ceteris, plus aūt ab agricolis, cum omnium maxime consuli oportuerit agricolis miseris. I. Propter simplicitatem vitæ, qua facile decipi possunt, *l. cū de indebito, de prob. l. regula, de iur. & fact. ign.* II. Propter paupertatem & tenuitatem, quæ auxilio subleuanda fuerit. Postremo, quia adiuuari rusticos etiam publice interest, ne illis euersis, cessent opera rustica, quibus respub. carere non potest. Resp. Hæc in aliis rebus recte dicuntur, in frumento & similibus fructibus aridis, qui mutuo dantur agricolæ, non perinde recte retinentur. Differentiæ ratio hæc est inter agricolas & ceteros debitores, quibus eædē species dantur mutuo, q ceteri debitores has res mutuo accipiant, vt vtātur & cōsumant: Agricolæ vt eas res serant, & ex satis fructum colligant, quem postea colligūt vberiorem. Quanto plus fructus quisq; capit ex mutuo, tanto plus illum restituere æquum est. Ex eadem re colligimus, si quis pecuniā crediderit alii quam agricolæ, posse exigere eas vsuras, de quibus cautum est. *in l. eas, §. 1. infr.*

Vnde apparet in hac parte meliorem esse conditionem agricolarum, quam ceterorum debitorum. Quod ideo cōstitutum est in pecunia, quia & ipsi agricolæ pecuniam accipiunt quam consumant, non enim serunt, vt fructus. Hanc autem esse germanam sententiam Iustiniani, constat ex fine constitutionis Nouellæ, vbi Iustinianus diserte scribit, se, quæ supra constituit, constituisse, partim vt consuleret plenius creditoribus, partim vt agricolis. Plenius in eo creditoribus, dum illis tribuit octauam partē modii, plenius agricolis, dum ab iis tantū trientem vsurarum exigit. In eo etiam cernitur fauor agricolarum, quod mulctatur creditor amissione actionis principalis, si quid amplius, quam hic cautum est, exegerit.

Deinde constitutio loquitur de fructibus non omnibus, sed de fructibus aridis, mutuo datis agricolæ, in quo notandum est, ob hanc † caussam non 8
recte vertisse Haloandrum, dum pro fructibus aridis, fruges vertit. Nam hoc † verbo frugum, † con- 9
tinentur omnes fructus, *leg. frugem, de verb. significat.* Qui † sunt igitur fructus aridi? Sunt ii, quod bene 10
dicit Accursius, qui inter se commixti, non confunduntur, vt frumentum, hordeum, triticum, pisa, faba & omnia legumina: Dicti fructus aridi, ad discrimen liquidorum, quale est oleum, vinum, mel & similes fructus. Ergo † in his posteriorib. non licet creditori 11
octauam partem vsuræ nomine exigere, sed ius vetus est, vt solum exigat centesimam. Cur hæc tam varie? Respondeo: Eadem ratio est, quæ a nobis supra reddita est. Nam fructus aridi seruntur, liquidi non item. Ex quib. plus fructus percipitur, ex iis æquum est etiam plus a debitore præstari. His constitutis apparet etiā hac Nouella constitutione Iustiniani, confirmari vsuras. [redacted] 12

nostra, & lucrum in re
Nam † lucri

*Ad L. 17. Si ea lege.*

## Imper. Philippus A. Euxeno.

*Si ea lege possessionem mater tua apud creditorẽ suum, obligauit, vt fructus in vicem vsurarum consequeretur: obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum euentum rescindi placita non possunt.*

### S V M M A R I A.

1 *Creditor si ex fundo debitoris plures fructus, quam summa vsurarum legitimarum exigit, colligat, an quod excedit vsuram legitimam in sortem imputare, aut restituere debeat.*
2 *Ἀντίχρησις quid, & late nu. seqq.*
3 *Idem iuris in ἀντιχρήσει, quod in vsuris.*
4 *Error quorundam, qui scripserunt in ἀντιχρήσει omnia diuersa esse ab vsuris, notatur.*

DEbitor † creditori suo fundum dedit pignori, 1
ea lege, vt creditor vice vsurarum fructus perciperet. Vno anno accidit, vt creditor plures fructus perciperet, quam summa vsurarum legitimarum colligit, quæsitum est, an quod excedit vsurarum legitimam, id creditor in sortem imputare aut restituere debeat, vt eatenus pactio seruanda non sit? Mouet quęstionem, quod quemadmodum supra legitimum modum stipulari non licet, sic nec quicquam aliud, quoniam intelligitur promitti in fraudem vsurarum, seu in fraudem, quod perinde nullius momenti est. *l. Iulianus, §. ibidem, in Pap. n. D. de actio. emt. l. cum allegas supr.*

Hic

Hic respondetur, propter incertum prouentum fructuum, conuentionem esse seruādam, vbi est incertus prouentus fructuum. Tunc incertus prouentus esse intelligitur, cum vt plurimum pauciores fructus percipiuntur ex fundo, quam efficit summa vsurarum, interdum plus, sic tamen vt vtrum fiat, sit incertum. Hoc cum accidit, placet conuētionem esse seruandam, etiamsi aliquando plus fructuū perceptum sit, quia hæc incertitudo facit, vt non videatur conuentio esse in fraudem legis. Ideo autem non est in fraudem legis, quia nihil videtur plus percipi, & si plus percipitur, id compensatur cum minore prouentu aliorum annorum, aut certe cum spe aut periculo prouentus minoris aliorum annorum.

Hæc compensatio æqualitatem omnium annorum, & vtriusque partis indicat, nititurque hæc ratio regula & æquitate naturæ. Secundum naturam est, commoda cuiusq; rei eum sequi, quem sequuntur & incommoda, *leg. secundum, de regulis iuris.* At in proposito si pauciores fructus percipiantur, creditoris incommodum est, non enim debitor supplere debet, quod est amplius. Proinde si plures aliquando percepti erunt, commodum creditoris esse oportet. Quin immo, etsi vno tantum anno hæc perceptio steterit, tamen propter spem incertam prouentus æqualis, & ideo æqua & iusta conuentio est, quia tam possunt pauci fructus percipi pro debitore, quam plures pro creditore. Hæc spes mutua incerta, æqualitatē inducit, propter quam conuentio seruatur, etiā inter minores, vt de fideicommisso conditionali responsum est, *in l. de fideicommisso, supr. de transact.* vbi de eo fideicommisso transigitur, pendente conditione.

Sed vt dixi diligenter notandum est, placere hanc conuentionem, propter incertum prouentum fructuū. Proinde, si communiter certum est, ex eo fundo plures fructus colligi, quam efficit vsura legitima, conuentio non est seruanda in eo, quod modum legitimum excedit. Finge vsuras esse vsque ad decem. Vineam pignori datam esse, ex qua colliguntur fructus ad 20. Dicemus quicquid fructuum super decem percipitur a creditore, in sortem id imputari, aut restitui debere, quia tūc aperte fructuum perceptio, est in fraudem vsurarum legitimarum, nec vlla est incertitudo, quæ eam conuentionē tueri debeat. Consequitur autem debitor pignoratitia actione, vt hi fructus imputentur in sortem, aut si iam sors soluta erit, vt restituantur, *l. 1. & l. 2. supr. de pign. act.*

Hic & illud notandum est, conuentionem quæ
2 hic proponitur eam esse speciem, quæ iuris auctoribus vno verbo græco dicitur ἀντίχρησις. Sic † enim ἀντίχρησις describitur, cum pignus datur creditori ea lege, vt in vsuras fructus percipiat, *l. si is, §. 1. de pignor. l. si pecuniam. de pignorat. actio.* de quo necesse est hoc loco nos admoneri, cum hæc perceptio constituatur in vicem vsurarum, quæcunque de vsura-
3 rum modo & conuentione dicuntur, † eadem & de ἀντιχρήσει dicenda esse. In quo ne erremus, nobis cauendus est error quorundam, qui *ad N. Iustin. Null. cred. agr.* scripserunt, in ἀντιχρήσει diuersa esse omnia ab vsuris. Aiunt ἀντίχρησιν contrahi solo pacto, vsuras non item, sed solum stipulatione. Vtrumque
4 falsum est. Ἀντίχρησις pacto non contrahitur, nisi re ipsa debitor pignus creditori dederit fruendum. Pacto igitur contrahitur & traditione fundi, non aliter, *dict. leg. si is, §. primo, de pign.* At pignore creditori tradito etiam vsuræ ex pacto debentur, & per retentionem pignoris non minus seruari possunt, *leg. 3. leg. per retentionem, infr. hoc tit.* Quod si neque in vsuris, neque in conuentione fructuum percipiendorum, pignus creditori datum erit, sine dubio non magis creditor fructus ex fundo sibi seruabit, quam seruat vsuras. Stat enim semper hæc regula iuris certi, ex pacto nudo actionem non nasci, *l. legem. supr de pact. l. iuris gen. §. sed cum nulla. de pact.*

Aiunt ἀντίχρησιν posse excedere legitimum modum vsurarum, vsuras non posse. Hoc quoque falsum est. Quoties fundus creditori datur ea lege, vt in vsuras fructus percipiat, si constat prouentum fundi excedere legitimas vsuras, conuentio nullius momenti est, est enim in fraudem legis, vt supra docuimus. Præterea diserte hoc scriptum est, *in leg. 1. §. penult. de pignor.* Vbi cum de fructibus fundi ita conuenisset, vt dixi, diserte Papinianus respondet ita conuentionem valere, si conuenerit, vt creditor fructus perciperet fini legitimarum vsurarum, id est, ad finem & modum legitimarum vsurarum, & addit nominatim hanc rationem, quia vsuras eodem modo stipulari liceret, significans non aliud seruandum esse in ἀντιχρήσει, quam in vsuris, cum de modo vtriusque quæritur. Non obstat hoc rescriptum, vbi conuentio seruatur in maiori prouentu. Nam adiicitur seruari, vbi incertus est prouentus. Hæc incertitudo facit, vt non videatur amplius capi quam efficit legitima vsura, quia etiam minor prouentus esse potuit, cum quo incommodo compēsatur commodum alterius temporis.

Aiunt præterea vsuras non finiri sola oblatione sortis, ἀντίχρησιν autem finiri, *l. ex prædiis, supr.* Hoc quoque aperte falsum est. Nam quæcunque stipulatio aut conuentio interponitur propter aliquā rem, ea conuentio sequitur naturā eius rei propter quam interponitur, vt est *in l. si eum, §. qui iniuriarū, si quis caut.* At conuentio ἀντιχρήσεως interponitur propter vsuras, vt scilicet fructus in vsuras percipiantur, *l. si is, §. primo, de pignor.* Ergo conuentio de fructibus percipiendis, seu ἀντίχρησις eum modū excedere potuit. Demonstratur idem hoc argumento certo. Ἀντίχρησις est pignus, vt diserte traditur, *in l. si pecuniam, de pign. actio.* Et pignus eiusmodi, vt eius possessio retineri possit, donec pecunia soluta sit, *dict. l. si is, §. 1. de pign.* At pignus sola oblatione sortis non tollitur, sed ita demum, si ad oblationem accesserit obsignatio, & depositio pecuniæ, *leg. creditor, infr. de pignor. l. si prius, de distra. pignor. l. 2. infr. deb. vend. pignor. imp. non poss. l. vltim. infr. de luit. pign.* Adhuc nisi pecunia in iudicio offeratur, quo casu denegatur creditori pignoratitia actio. *l. si rem. §. vltim. de pign. actio.* Ergo sola oblatione, vt pignus non tollitur, sic nec ἀντίχρησις, quæ est pignus. Proinde manente pignore, etiam ius percipiendi fructus manebit. Non obstat *l. ex prædiis, supr.* Nam, vt illic docuimus, sic oblatione vsuræ cessant, si prius contracta earum obligatio non esset. Idemque de ἀντιχρήσει dicendum est, oblatione ἀντίχρησιν, quæ nondum cessit, impediri posse: quæ autem cessit, non tollitur, nisi obsignatione & depositione solenni pecuniæ, vt dicetur *ad l. acceptam.*

*Ad L. 18. Indebitas.*

Imper. Philippus A. Castori.

*Indebitas vsuras, etiamsi ante sortem solutæ non fue-*

*rint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datæ, exclusa veteris iuris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.*

SVMMARIA.

1 *Indebitas pecunias, an creditor retinere, debitorue repetere possit.*
2 *Indebitæ vsuræ condici possunt.*
3 *Is natura debet, quem iure ciuili dare oportet.*
4 *Indebitæ vsuræ quæ sint.*
5 *Debitor si sciuit se vsuras non debere, & soluit, an eas repetat.*
6 *Indebitum sciens soluens, donat.*
7 *Donati nulla repetitio.*
8 *Debitor si putarit se debere sed errãs in iure, si soluat, an repetere vsuras possit.*
9 *Stulti non debent esse melioris conditionis quam periti.*
10 *Cur veteres de repetitione vsurarum dubitarint.*

INdebitas vsuras constat exigi non posse, si solutæ
1 sint vltro a debitore. Quæritur, † an creditor retinere eas possit, an vero debitor repetere? Et placuit indebitas vsuras non posse condici, si forte nondum reddita, solutæ sint, non quod debitor eas amittat, sed quod tunc solutæ in sortem imputantur, & sortem minuunt, vt hic significatur in pr. & aperte explicatur, *in l. si non sortem, in pr. de condi. indeb.*

Si vsuræ in sortem imputantur, eatenus solutio debitorẽ liberat: certi iuris est, eandem solutionem non posse parere debitori & liberationem & repetitionem. Si liberatur, non repetit, si repetit non liberatur, *l. si non sortem, §. si decem, de condict. indeb.* Quod si sorte iam reddita, debitor vsuras soluat, dubitatum est apud veteres, an possit repetere. Dubitationis caussa hæc videri potuit. Nam cum debitor sortem aliquam accepit a creditore, hoc ipso beneficium a creditore accepit, & propter beneficium cupit creditori obligatus esse ad ἀντίδωρα, *l. sed etsi lege. §. consuluit, de petit. hered.* Porro obligatio naturalis indebiti condictionem impedit, *l. si pœna, in pr. de condict. indeb. l. naturales. de obl. & act.* Hæc ratio ita mouit plerosque ex veteribus, vt in hac specie, condictionem denegarint debitori. Quod intelligimus ex hoc rescripto, vbi dicitur, tandem obtinuisse, vt vsuræ condici possent, sublata veterum varietate.

Nõ est sententiarum varietas, nisi vbi quibusdam vnum videtur, aliis aliud. Et verisimile est Vlpianum in hac sententia fuisse. Certe id significant verba Pandect. Florent. *in dict. leg. si non sortem, in princ. de condict. indeb.* Sic enim illic verba sunt: *Indebitas vsuras condici non posse, si debitor sortis debitæ, vsuras soluit.* Quibus verbis significatur: Vt vsuræ solutæ repeti non possint, satis esse, si sors a debitore fuerit debita, quantumuis vsuræ fuerint indebitæ. Solum Vlpianus excipit eas vsuras indebitas, quæ legitimum modum excedunt: Nam in iis fit contra legem, non autem in iis, quæ ad legitimum modum præstantur.

2 Sed placuit, † quod hoc rescripto demonstratur contraria sententia, vt in totum vsuræ indebitæ solutæ, quamuis post sortem redditam solutæ sint, condici possint, vt indebitæ, nempe indebiti condictione. Non impedit hanc cõdictionem illa obligatio, qua dicimus vnumquemque beneficio accepto ad ἀντίδωρα obligari. Hæc enim improprie obligatio dicitur. magis enim æstimatio est, ad existimationem & ciuilitatem morũ pertinens, quam obligatio necessitatis etiã naturalis. Ac proinde obligatio naturalis non est, quomodo in vsu iuris obligationes naturales vocamus. Nam is † natura debet, quem iure ciuili dare oportet, *l. cum amplius, §. 1. de regul. iur.* 3
Nemo autem vnquam dixit, iure ciuili eum dare oportere, qui beneficium accepit. Nam si eum reddere oporteret, non esset beneficium, sed permutatio. Itaque bene placuit hanc obligationem nõ esse impedimento, quo minus indebitæ solutæ vsuræ repeti possint.

Indebitas † hic accipere debemus, quę nullo iure 4
debitæ sunt, id est, nec stipulatione nec pacto. Nam si de vsuris pacto conuenerit, sunt quidem indebitæ iure ciuili, sed debitæ natura, & iure prætorio. Proinde hæ quamuis per errorem facto solutæ repeti non possunt, *leg. 3. leg. 4. supr. hic.* Sed hæc sententia de vsuris indebitis solutis condicendis cautione indiget. Quid enim si debitor † scribit, se vsuras non 5
debere, & soluit, an repetet? Respondeo: Non repetet, *l. indebitum, supr. de condict. indeb.* quia † qui in- 6
debitum sciens soluit, donat. *l. cuius, de reg. iur.* Donati † nulla repetitio est, *l. cum ancillam, & l. repeten-* 7
*di, supr. de condict. ob caussam dot.* Quod † si debitor 8
putauit se debere, sed in iure errans? vt puta promittit vsuras supra legit. modum, sed putat, se nihilominus vsuras debere, & in eo errore soluit. Respondeo, Nec sic quidem solutas repetet, quamuis indebitas, quia non est condictio indebiti iis, qui per errorem iuris, indebitum soluunt, *leg. cum quis, supr. de iur. & facti ignor.* de quo dixi *ad leg. 1. supr. de condict. indeb.* Et merito, quia si sciens se non debere, non repetit ius ignorans, ideo non repetit, quia non debent esse melioris † conditionis stulti, id est, iuris igno- 9
rantes, quam periti, *l. 4. D. quod vi aut clam, l. regula. § pen. in fin. D. de iur. & fa. ignor.*

Sed opponitur hic locus, vbi nihil distinguitur, sed simpliciter dicitur, vsuras indebitas solutas repeti posse. Duplex hæc defensio est. Prima, vbicunque dicitur indebitum solutum cõdici posse, intelligendum est iis legibus & conditionibus, quæ sunt propriæ huius conditionis. Hæ autem sunt, si indebitum solutum sit per errorem & eum errorem nõ iuris, sed facti, vt docui *ad l. 1. supr. de condict. indeb.* Deinde etiam secundum verba huius rescripti, consentanea huic rescripto dicimus. Nam qui vsuras sciens soluit indebitas, non soluit, sed donat. Soluenti autem solum datur condictio, & si in sciente hoc recte dicitur, etiã in eo, qui ius ignorat, recte dicitur, quia pro sciente habetur, vt dixi.

Summa igitur est, vsuras etiam indebitas si solutæ sint per errorem facti, condici posse. Veluti dum heres putat conuentiones promissas, aut soluit supra duplum, cum ignorat quantum prius sit solutum. Sed si hoc ita est, † quęretur statim quid caussæ fuerit 10
veteribus, vt de repetitione harum vsurarum dubitarent? Plane stulta fuit dubitatio. Nam ceteras nec omnes per errorem facti solutas repeti posse cõstat: Multo ergo magis constare debuit repeti posse vsuras, cum vsuræ sint odiosæ, & odia restringi debeant, *l. cum quidam, de lib. & posthum. c. odia, extra, de regul. iuris, in sexto.* Respondeo, hæc fuit dubitationis caussa, quam ostendi initio, quod hoc ipso, quod debitor aliquando sortem debuisset, satis caussæ esse videretur,

deretur, vt pro beneficio vsuras penderet, propter quod si vsuræ exigi non possent saltem solutæ possent retineri, de qua dubitatione respondi.

*Ad L.19. Acceptam.*

Imp. Philippus A. Hyreniæ.

*Acceptam mutuo sortem cum vsuris licitis creditoribus post contestationem offeras, at si non suscipiant, consignatam in publico depone, vt cursus legitimarum vsurarum inhibeatur: (in hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratißimas ædes, vel vbi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit) Quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur, & ius pignorum tolletur: cum Seruiana etiam actio manifeste declaret pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus soluantur. Quod etiam in traiectitiis seruari oportet: creditori scilicet actione vtili ad exactionem earum non aduersus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium, vel ipsas competente pecunias.*

SVMMARIA.

1 *Vsuræ quot modis deberi desinant.*
2 *Vsuras deberi desinere sublata principali obligatione sortis.*
3 *Obligatio maxime sortis solutione tollitur.*
4 *Debitor si debitum offerat, & creditor pecuniam accipere recuset, obsignanda ea est, & solemniter deponenda.*
5 *Oblationis pecuniæ requisita.*
6 *Offerre pecuniam quid.*
7 *Offerre quis debeat.*
8 *Vnusquisque pro debitore soluendo eum liberat inuitum.*
9 *Cui debeat debitor offerre.*
10 *Quid & quomodo offerre debitor debeat, & an particulatim ei soluere liceat.*
11 *Seruus vt ad libertatem citius perueniat, particulatim soluere potest.*
12 *Oblatio pecuniæ debet fieri opportuno loco & tempore: aliter iuste recusatur.*
13 *Opportunus soluendi locus quis sit.*
14 *Opportunum soluendi tempus quod.*
15 *Contestationis verbo quid exigatur.*
16 *Testatio in oblatione pecuniæ an sit necessaria.*
17 *Obsignatio pecuniæ quid contineat, & eius descriptio.*
18 *Obsignationis vsus duplex.*
19 *Depositio solemnis quæ sit.*
20 *Locus publicus hic quis sit.*
21 *Oblationis pecuniæ, obsignationis & depositionis effectus duplex.*
22 *Prior debitorem spectat: isque liberationem sortis primum consequitur.*
23 *Debitor an oblatione, obsignatione & depositione pecuniæ ipso iure liberetur. & nu. 27.*
24 *Liberari simpliciter quis dicatur.*
25 *Liberationis huius consequentia.*
26 *Vsurarum obligatio accessio est sortis.*
28 *A quo petitio nulla est, aut a quo petitio est, quæ per exceptionem remoueri poßit, is moram facere non potest.*

EX tribus locis, in quibus initio huius tituli quæstionem de Vsuris versari diximus, exposuimus primum illum, quibus ex caussis vsuræ deberi incipiant *ad l.3.§.* Postremus erat, cum deberi cœperint, quomodo deberi desinant, seu quando earum obligatio finiatur. Huius loci optima pars hic explicatur, & ob id hoc loco nobis attingetur.

1 Vsuræ † tribus modis deberi desinunt, aut sublata principali obligatione sortis; aut principali obligatione manente remissione vsurarum: aut tunc, cum vsuræ ad duplum processerint. Remittuntur vsuræ voluntate & pacto creditoris, partim expresse, partim tacite. Id quando accidat, dictum *ad l. aduersus. §.* De dupli quantitate, qua vsuræ tolluntur, dicetur *ad l. pen. §.* De primo genere hic agitur, de quo sic habendum est in vniuersum.

Sublata † principali obligatione sortis, simul vsuræ deberi desinunt, nec quicquam interest, quomodo obligatio tollatur, vtrum solutione, an acceptilatione, nouatione, & aliis modis, quib. obligatio tollitur, de quib. *in Inst. quib. mod. toll. obl.* Sed nec refert, vtrum ipso iure liberatus sit debitor de sorte, an vero iure prætorio pacto tantum conuento. Nam & hoc modo per exceptionem liberatur, *l.5.§. de pact.* Liberato debitore, quocunque modo liberatus sit, quia principalis obligatio sublata est, non potest accessionibus locus esse. *l. cum principalis. de reg. iur.* Est autem obligatio vsurarum accessio sortis, qua sublata, vsuræ non subsistunt, *l. eas. in pr. § eod.* 2

Sed inter † ceteros modos maxime tollitur obligatio sortis solutione. Quod si creditor pecuniam, quæ solutioni offertur, accipiat, res expedita est. At quid si oblatam a debitore pecuniam recuset accipere, forte fraudulento consilio, vt semper vsuræ currant aduersus debitorem, quem nouit esse idoneum? Aduersus hanc recusationem præscribitur in hac lege cautio debitori, qua cautione obseruata non minus consequitur, vt obligatione & sortis & vsurarum liberetur, quam si pecuniam creditori volenti & accipienti soluisset. Itaq; huius rescripti duæ sunt partes: Prior continet descriptionem huius obseruationis: Posterior eius obseruationis effectũ. De eadẽ re aliis multis locis cautum legimus, sed nusquam ex professo, neque ita plane & dilucide vt hoc loco, vt in hac constitutione hic locus inprimis notari debeat. 3

Obseruatio hæc est, vt debitor † debitũ offerat: si creditor recuset accipere pecuniã, obsignet, obsignatam solẽniter deponat. Itaq; hæc obseruatio has tres partes cõtinet: Oblationẽ pecuniæ, obsignationẽ & depositionem, de quibus singillatim cognoscamus. 4

Oblatio † hoc exigit, vt debitor creditori totũ debitum recte offerat. Primum opus est pecuniã offerri. 5

Offerre † pecuniã, non est dicere se esse paratum soluere, sed est p̃sentem offerre, id est, pecuniam, q̃ debeat, secũ ferre, & eam totã repræsentare creditori, & illi repræsentatã offerre ad solutionem. Proinde si debitor creditori suo dicat, se paratũ esse soluere creditori, si velit, se continuo pecuniã expediturum, nõ obtulit, eoq; pro eo habebitur, quod dixit, atq; si nihil dixisset. Probatur hoc *in l. cũ seruus. de condit. & demonstrat.* vbi placet, seruum iussum rationes reddere, vt ad libertatẽ perueniat, nihil proficere, neq; quicquam videri reddidisse, si rationes & reliqua in folle offerat, id est, in crumena vel sacco: Sed ita eum recte reddere, si rationes primum expediat heredi, deinde reliqua etiam annumeret & repræsentet. Quod multo magis probandum est in eo, a quo oblationem exigimus. Nam in offerendo inest & ferre. 6

Quis autem † offerre debet? Respondeo: Rescriptum hoc alloquitur debitorẽ, ex quo intelligimus si debitor velit hoc modo liberari, ipsum offerre debere, sed tamẽ si pro debitore alius offerat, idẽ iuris erit. 7

Nam † vnusquisque pro debitore soluendo eum liberat etiam inuitum, *l. solutione. de solut. l. soluendo. de* 8

*negot.gest.* Oblatio autem & obsignatio pro solutione est, *l.obsignatione.*ʒ*.de solut.*

9 Cui † pecuniam offeret? Creditori. Nam huic pecunia debetur, idque hic expressum est. Sed hoc ita est, si sit copia creditoris. Quod si creditor aberit, cautum est *in l.si creditrici.*ʒ. vt debitor magistratum competentem adeat, apud quem pecuniam offerat & numeret, & faciat quæ sequuntur oblationem, ita

10 ea res pro iusta oblatione cedet. Quid † autem & quomodo offerre debet? Placet ita eum liberari, si debitum & totum debitum offerat, & apertius, si totum vna cum vsuris debitis offerat, vt hic expressum est *in pr. & in l.si creditrici.*ʒ. Hoc eo pertinet, vt si partem tantum sortis obtulerit, plus dicimus, & si vel minimum desit etiam ex vsuris, intelligamus, debitorem nulla ex parte liberari, neque interpellari totius sortis vsurarum cursum, *l.tutor.§. Lucius.ff.hoc tit.* Quod tamen hanc exceptionem habet, nisi conuenerit, vt particulatim soluere liceret, *d.l.tutor.§. Lu-*

11 *cius:* Aut † seruus libertatis caussa iussus sit pecuniam dare: nam fauore libertatis, vt citius ad libertatem perueniat, placuit seruum particulatim soluere posse, *l.4.§.item si 10. de stat.lib.* Alias partis solutionem recte recusat debitor, vt pluribus docui *ad l. quadam.ff.si cert.petat.*

Non solum in oblatione superiora cauenda sunt, sed etiam exigitur, vt debitor certo modo offerat, & vt dixi recte. Hoc autem tria continet, vt debitor offerat pecuniam opportuno loco, tum vt opportuno tempore, deinde vt contestationem adhibeat. Exigi-

12 mus, vt † offerat opportuno loco & tempore, quorum vtrumque nisi fit, iusta caussa est recusandi, *l.si soluamus, ff.de solut. l.designatione. in fin.*ʒ*.eod. de solut.*

13 Opportunus † locus est, cum debitor certo loco dare debet, & eo loco offert, alio loco soluere non potest, inuito creditore, *l.pen.ff. de eo quod cert.loc. l. qui*

14 *Rom.in pr.de verb.oblig.* Opportunum † soluendi tempus est omne, cum pecunia pure aut in diem debetur. Nam & quod in diem debetur, ante diem recte solui potest, cum dies sit pro reo, non pro stipulatore, *l.quod certa.de solut. l.eum qui Calend.§.vlt.de verb.oblig.* Hæ tantum exceptiones sunt, nisi aperte dies adiectus sit creditoris caussa, vt in exemplo *l.3.§. cum Pollidius ibi, cum certam ætatem complesset.ff.hoc tit.* Item nisi qua necessitas, vel naturalis, vel ciuilis, non longa, creditorem impediat, quo minus in præsentia possit pecuniam accipere. Naturalis, veluti si creditor sit in paroxysmo: Ciuilis, veluti si creditor funus familiare ducat, & debitor ducenti offerat pecuniam, aut si creditor ducat vxorem domum. Intempestiua sunt hæc tempora offerendi, & pecuniæ explorandæ. Cogetur igitur debitor exspectare. Nam hæc cito transierint, & in mora modici temporis non magnum damnum est, *l.si debitori.de iudic.*

Ad hæc exigitur contestatio in pr. huius rescripti, vbi cauetur, vt debitor post contestationem pecuni-

15 am offerat. Contestationis verbo † hoc exigi intelligitur, vt debitor pecuniam offerat testato, id est, primum dicat, *se venisse vt solueret creditori*, & illo recusante adhibeat testationem, id est, testes. Post quam testationem annumeratam pecuniam offerat. Et in summa hoc verbo continetur id, quod aliis locis exigitur aperte, vt debitor pecuniam adhibeat testibus adhibitis, seu testibus præsentibus, *l.si creditrici.*ʒ*.l.1.*

16 ʒ*.de suscept. & præpos. libr.10.* Sed † videtur superuacua esse hæc testatio seu testium præsentia. Nam vt instrumentis res non geruntur, id est, instrumenta nihil ad substantiam rei gerendæ pertinent, *l.cum res.*ʒ*.de probat. l.4.de fid.instr.* sic nec pertinent testes, quia in negotiis exercendis eandem vim habent testes & instrumenta, *l.in excercend.*ʒ*.de fid.instrum.* Respondeo: Certissimum est neque instrumentum, neque testes, ad vim & substantiam huius obligationis quicquam pertinere, sed & sine instrumentis, & sine testibus valere oblationem, sed hac conditione, si modo probationem habeat aliunde, vt adiicitur *in dict. l.4.de fid.instrum.* At non potest habere aliunde nisi a testibus, & ob id testatio hæc exigitur, vt testator sibi prospiciat. Nam quandocunque conuentus a creditore postea vtetur hac defensione, vt dicat se ei aliquando pecuniam obtulisse, recte non audietur, nisi probet, *l.2.de probat.* Non probabit autem recte instrumentis, quorum vsus in hac re esse non potuit inuito creditore. Ita restat vt probet testibus.

Oblationem ita recte peractam sequi debet pecuniæ obsignatio. Hæc autem † obsignatio id continet, 17
quoniam nummi singuli per se obsignari non possunt, immitti debent in crumenam vel saccum, vel capsam aliquam, & saccus obligari, deinde obligato sigillum ita imponi, vt non possit aperiri saccus, nisi remoto signo, vt eo remoto furtum possit deprehendi. Sic describi videtur obsignatio *in l.1.§.si pecunia.depos.* Huius obsignationis † vsus est duplex. Pri- 18
mo exigitur, vt ita creditori cautum sit, ne facile pecunia illa pereat aut dilabatur, aut si forte sublata erit, illi paretur actio aduersus depositarium, qui signa remouit, aut cuius dolo remota sunt. Pertinet etiam hæc obsignatio ad cautionem debitoris, vt cum saccus resignabitur a creditore, intelligi possit, congruere summam, quam dicit debitor se immisisse.

Ad eandem cautionem tertium & postremum exigitur, vt pecunia ita obsignata deponatur solemniter, quo magis creditori tuto asseruetur, ne queri possit. Solemnis † quæ sit, hoc rescripto significatur. 19
Est autem solemnis, cum pecunia obsignata deponitur in locum publicum, & locus publicus † hic esse 20
dicitur, vel ædes sacra, vel is locus, de quo aditus iudex constituerit. Ædes sacra hic commemoratur, quoniam ita apud Romanos & alias gentes gentiles in vsu erat, vt pecuniæ deponerentur apud ædituum, vel ædem sacram, vel in sacrarium, in quæ loca vel propter religionem, vel propter munitionem loci non facile patebat furibus & sacrilegis aditus. Nunc moribus nostris nihil tale obseruatur. Et ideo consultum est videre in vnaquaque regione, quid in eiusmodi depositione obseruari soleat, ex consuetudine loci. Hæc si certa erit, eam seruabimus, *argumento l.1.in pr.ff.eod. l.generaliter.in fin.*ʒ*.de iureiur.* Si nihil proprii seruabitur in ea regione, res expedita est, vt magistratum & eum iudicem adeamus. Quem locum is constituit, is locus idoneus est & solemnis, ex hoc rescripto. Et ita fere obseruari solet moribus nostris. Hæc obseruatio est, quam dixi hic describi.

Huius † obseruationis effectus duplex traditur in 21
extremo rescripti. Vnus, qui ad debitorem pertinet, alter qui ad creditorem. Qui † effectus debitorem 22
attingit, hic est. Is liberationem sortis primum consequitur, *l.obsignatione.*ʒ*.de solut.* Sed † an ipso iure 23
hoc modo liberatur? Id significat verbum liberationis, quo vtitur *l.obsignatione.* Is enim dicitur † liberari 24
sim-

simpliciter, qui iure ciuili liberatur. Qui autem liberatur tantum per exceptionem, is absolute non liberatur, alioqui non esset ei necessaria exceptio, quod declaratur generibus exceptionum, *Instit. de except.*
25 Huic liberationi † hæc consequentia sunt. I. Liberatur debitor periculo, vt hic scriptum est, id est, quātumuis nummi postea perierint, & quocunq; modo perierint, creditori pereunt, non debitori, quoniam debitor iam teneri desiit. Sed & illud consequens est, etsi nummi adhuc exstet, & possit debitor obtinere, vt illi sibi restituantur, tamen a creditore conueniri non possit. Neque enim conueniri potest actione in personam, is qui non est obligatus, §. *1. Instit. de act.* Sed & hoc significatur in extremo huius rescripti, cum dicitur, *creditorem nullam actionem habere aduersus debitorem, nisi debitor pecunias ante debitas ad se receperit.*

Consequens & illud, vt debitor, quemadmodum obsignatione liberatur de sorte; sic & liberetur de accessionibus principalis obligationis, *l. in omnibus. de solut.* Ideo inhibetur vsurarum cursus, vt hic scriptum est, & *in l. debitor. l. 1. in fin. eod.* Nam † vsurarum
26 obligatio accessio est sortis, *l. eas. in pr. j. eod.* Ideo & liberantur pignora, vt hic quoque traditur, *& d. l. in omnibus. de solut.* quoniam & pignus accessio est principalis obligationis, *l. res hypoth. de pig.*

Sed huic solutioni, quam statuimus, quædam videntur aduersari. Volumus enim debitorem obsignatione pecuniæ non tantum liberari, sed etiam liberari ipso iure, & de sorte, & de accessionibus. Re-
27 pugnare † videtur hoc ipsum rescriptum, cum in fine pecuniæ depositæ datur tantum vtilis actio. Hinc enim intelligimus dominium pecuniæ in eum translatum non esse. Nam si translatum esset, haberet actionem directam, *l. in rem. de rei vindicat.* Hinc effici videtur debitorem ea obsignatione non esse liberatum saltem ipso iure, vt probatur exemplo *in l. cum quis. §. si debitorem. de solut.* vbi debitor soluit procuratori creditoris, sed tunc cum mandatum reuocatum esset a creditore, ignorante debitore. Placet debitorem in proposito ideo ipso iure non esse liberatum; quia dominium pecuniæ in creditorem non transtulit.

Respondeo: Non recte colligitur, quia dominium pecuniæ non transfertur in creditorem., idcirco debitorem ipso iure non liberari. Argumento sunt acceptilatio & nouatio; quibus modis cōstat vnumquemque debitorem liberari iure ciuili, §. *item. §. præterea. Inst. quib. mod. toll. obl.* Et tamen constat in vtraq; specie nihil in creditorem transferri. Proinde nō est mirum, si & in obsignatione pecuniæ debitor liberetur, quamuis nihil in creditorem transferat. Sane si debitor procuratori creditoris sui soluat, non aliter liberabitur ipso iure, quam si dominium translatum sit in creditorem, *d. l. cum quis, §. si debitorem.* Sed hoc ideo fit, quia hic id agitur, vt res constituatur ex volūtate creditoris, & hanc ob caussā merito creditoris volūtas spectatur. In obsignatione autē pecuniæ res geritur inuito creditore, vt proinde eius voluntatem spectare non oporteat ad debitoris liberationem.

Deinde obstat idipsum rescriptum, cum ait: *Debitorem pecunia obsignata & deposita conueniri adhuc posse a creditore, si pecuniam receperit.* Licet argumentari hoc modo: Si debitor obsignatione pecuniæ liberatus est, nunquam eo nomine conueniri potest, quoniam actio semel exstincta suscitari non potest, *l. qui res. §. necessaria. de solut.* At debitor obsignata pecunia adhuc conueniri potest, vt hic traditur. Ergo ante non fuit liberatus. Respondeo: Verum est, debitorem obsignatione pecuniæ statim liberatum esse, sed liberatum vetere actione, qua tenebatur. Hac actione nunquam conueniri potest, quamuis pecuniam prius obsignatam ad se receperit, ob hanc caussam, quā dixi, quia semel exstincta obligatio redintegrari non potest, quoniam iuris, certis ex caussis nascuntur, inter quas caussas non est hæc pecuniæ receptio, vt quidem vetus actio restituatur. Non obstat, quod debitor recepta pecunia conueniri potest: potest enim conueniri non veteri actione, sed noua, nempe actione in rem, quæ creditori competit, vel actione depositi vtili. Quibus actionib. debitor ante receptā pecuniā non tenebatur, post receptā teneri incipit, sed nouis, non autem veteri, qua prius tenebatur.

Postremo obstat huic liberationi maxime *l. debitor. ff. hoc tit.* vbi debitor pecuniam obsignauit, & rite deposuit, illic tamen adiicitur: *Si post obsignationem debitor conuentus moram fecerit, pecunias inanes non futuras,* id est, etiam eum debiturum eius pecuniæ vsuras. Quod si debitor post obsignationem moram facere potest, declaratur eum etiam post obsignationem teneri, & quidem actione in personam, etiam ea, quæ per exceptionem remoueri non potest. Nam a quo † nulla petitio est, aut a quo petitio est, quæ 28
per exceptionem remoueri possit, is moram facere non potest, *l. si pupillus. de verb. oblig. l. lecta. vers. pen. si cert. petat. l. nullum. de reg. iur.* Eiusdem rei argumentum est, quod dicitur debitor vsuras debiturus esse. Nam principali obligatione non consistente vsuræ deberi non possunt, *l. eas. in pr. j.* Tenetur ergo debitor etiam post obsignationem pecuniæ, & tenetur actione in personam, vt præstet vsuras, & tenetur, vt videtur, veteri, non noua. Nam quæ noua in personam hic potest occurrere?

Respondeo: Non dicitur *in d. l. debitor.* debitorem post obsignationem pecuniæ conuentum moram facere, sed dicitur moram facere posse. Hæc enim cōditio est, si conuentus moram fecerit. Sciendū est, quamdiu debitor pecuniam obsignatam ad se non receperit, moram facere non posse, quamuis conuentus a creditore, quia vetere actione liberatus est, noua teneri non potest, cum pecuniam ad se non receperit ex hoc loco. Sed si pecuniam receperit, intelligimus ex hoc rescripto, eum incipere teneri creditori, tunc demum conuentus moram faciet. Sed hoc argumentum non est, eum non fuisse liberatum veteri actione, teneri enim incipit creditori noua, vt dixi, & paulo post plenius explicabitur. Si quis quærat, *qua actione teneri incipiat, ita vt incipiat debere vsuras?* Respondebimus: Eum nō teneri actione in rē, quoniam prior stipulatio vsurarum sublata est obsignatione, noua autem obligatio non potest contrahi. Teneri etiam nō potest actione in rem, quoniam citra controuersiam vsuræ non possunt deberi nisi ex mora in bonæ fidei iudiciis, vt docuimus *ad l. 3. sup.* Actiones autem in rem bonæ fidei non sunt, sed tenetur debitor actione depositi creditori, vt mox dicetur. Actio depositi bonæ fidei est, & ideo veniunt in eam vsuræ ex mora, *l. 4. s. depos.*

Hoc est igitur quod dicitur *in l. debitor.* debitorem obsignatione liberari & a sorte & ab vsuris, sed si cōuentus morā facere nō cœperit, quod tunc solū contingit, cum pecuniam ad se recepit, quæ a creditore

repetitur, tunc ex mora incipit debere etiam vsuras bonæ fidei iudicio. Summa est, debitor obsignatione pecuniæ ita liberatur ipso iure, vt nunquam veteri actione creditori teneatur, neque de sorte, neque de vsuris ante in stipulatione deductis. Nec refert vtrum debitor pecunias obsignatas ad se receperit, an non, sed si receperit, teneri incipit creditori, sed noua actione, non veteri. De hac lege vide plura *in l. obsignatione. de solut. ꝫ.*

*Ad L. 21. Si vsuras.*

Imp. Philippus A. Chresimo.

*Si vsuras præstari pignore dato conuenerat, & in continenti numeratione facta, postea vel ante, propter quod debitum solutionem feceras, non designasti: habuit creditor in vsuras tibi accepto ferendæ solutæ quantitatis facultatem.*

SVMMARIA.

1 *Debitor soluens habet potestatem imputandi siue in sortem siue in vsuras.*
2 *In continenti numerationis quid sit.*
3 *Simpliciter solutum an in sortem imputari debeat, an in vsuras.*
4 *Creditor simpliciter soluens debet in duriorem caussam sibi accepto ferre.*
5 *Solutione eius quod debetur tollitur omnis obligatio.*
6 *Debitor, si nulla vsuræ sint debitæ, quo modo possit solutum in vsuras imputare, quæ non sunt.*

1 DEBITOR † qui sortem & eius sortis vsuras debuit, si pecuniam soluit creditori, habet in potestate, in vtram caussam velit soluere, seu id quod soluit, in vtram caussam velit imputare, si modo designet in continenti vel ante, in quod debitum solutum velit. In continenti intelligere debemus in continenti numerationis, & ante, nempe numeratio-
2 nem factam. In † continenti numerationis valet idem, quod tempore solutionis, quo tempore licet debitori soluenti dicere, in quam caussam solutum velit & in eam caussam solutum erit. *l. 1. ꝫ. de solut.*

Sed etsi debitor tempore solutionis nihil constituit, in quam caussam pecuniam solutam vellet, tamen poterit solutam in sortem imputare, si modo id ante solutionem & numerationem designarit. Vtputa debitor creditori soluturus dixit, se paratum illi aliquam pecuniæ summam soluere velle, dummodo vellet eam summam imputare in sortem, & non in vsuras, creditor dixit, se paratum accipere, & postea debitor creditori soluit simpliciter. Dicimus quod simpliciter solutum est, in sortem imputari debere ex voluntate creditoris, propter conuentionem precedentem. Præfationes ad subiectam stipulationem & solutionem referri intelliguntur, ita vt solutionem & stipulationem subiectam temperent, *l. 4. in fin. de pact. l. Titia. §. 1. de verb. oblig.*

3 Hæc † non exprimuntur hoc rescripto, sed per contrariam conditionem intelliguntur. Nam hic scriptum est, creditorem posse solutum in vsuras accepto ferre, si debitor in continenti vel ante numerationem non designarit, in quam caussam solutum vellet. Ergo si horum alterutrum factum est, imputabit solutum non in vsuras, sed in sortem, vt debitor voluit & designauit. Quod si debitor neque ante solutionem, neque in continenti solutionis, id est, in ipsa solutione quicquam dixerit, in quam caussam solutum vellet: hic placet posse creditorem pecuniam in vsuras accepto ferre, neque necesse habere imputare in sortem. Sed videtur otiosa esse hæc quæstio, vtrum creditor solutum in sortem debeat imputare an in vsuras, cum vtrum fiat, neque debitoris, neque eius intersit. Nam in vtramque summam solutum imputatum erit, semper reliquum totum eodem modo debetur. Si imputatur in sortem, vsuræ & reliquum sortis debentur, si vero solutum imputatur in vsuras, tota sors debetur, vt plane stultus sit labor in hac quæstione laborare.

Respondeo: Multum vero interest ad vtilitatem vtriusque, vtrum horum fiat. Nam si solutum imputatur in vsuras, in vnam tantum rem liberatur debitor, nempe in vsuras, quoniam vsuræ alias vsuras non pariunt, *l. vlt. inf. hoc tit.* At si solutum imputatur in sortem, debitor in duas res liberatur, primo in sortem, deinde in vsuras eius sortis solutæ, quæ competituræ essent, si sors soluta non esset. Ex quo apparet, cum dicitur, posse creditorem imputare in hac specie solutum in meliorem sibi & commodiorem caussam, non immerito, hoc intellecto, opponi huic sententiæ, *l. 1. 2. 3. 4. de solut.* Quibus locis constanter traditur, cum debitor, qui ex pluribus caussis debeat, soluit aliquam summam simpliciter, ita vt neque debitor dicat in quam caussam solutam velit, neque creditor in quam caussam acceptam ferat, creditorem non posse postea solutum imputare nisi in duriorem sibi caussam. Hanc obiectionem vt tollant, aiunt idem fieri in hac specie, cum creditor imputat solutum in vsuras, sed hoc satis refellitur ea ratione, quam supra exposuimus. Deinde si ita esset, scribendum fuisset ita in hoc loco: Debuit creditor solutum in vsuras acceptum ferre. Nunc autem ita scriptum est: *Habet creditor eius summæ accepto ferendæ in vsuras potestatem.* Quibus verbis electio illi tribuitur, vtrum imputet in vsuras, an in sortem. Dicendum est, regulariter recte constitui illud, quod dictum est *in d. l. 1. & seqq. de solut.* creditorem † nimirum, quod simpliciter solutum est, debere in duriorem caussam sibi accepto ferre: sed vna hæc exceptio est, nisi aliud actum sit, & nisi creditore solutum in caussam aliquam imputante ius suum ei auferatur. Quorum vtrumque contingit, si creditor cogitur solutum acceptum ferre in sortem. 4

Nam primum id agitur inter creditorem & debitorem, vt prius soluantur vsuræ commissæ, quam sors, quoniam placet retineri sortem, dum vsuræ soluantur. Præterea creditoris hoc ius est, vt ne cogatur partem sortis oblatam a debitore accipere. *l. tutor. §. Lucius. hoc tit.* Si ab initio partem creditor accipere non cogitur, nec postea accipere cogendus est, quoniam obligationis conuentio, initio constituta, inuito altero ex contrahentibus, mutari non potest, *l. vero, circa fin. de solut.* At cum debitor postulat solutum imputari in sortem, nihil aliud postulat, quam partem debiti creditori soluere, & in eam partem liberari. Hoc ab initio facere debitor non potuisset. Ergo nec ei postea facere concedendum est. Hæc interpretatio & sententia tota cum sententiis iuris & aliorum locorum plane congruit. Nam de vsuris ad hanc sententiam traditum est *& in l. 1. de solut. & l. 5. §. quod generaliter. vers. pen. de solut.*

Sed sententia hæc incidit in difficultatem, propter contextum huius rescripti. Nam contextus hic est, vt creditor possit solutum imputare in vsuras hac conditione, quæ his verbis expressa est, *Si in continenti, nu-*

*ri, numeratione facta postea, vel antea, propter quod debitum solutionem feceras, non designasti.* Ex quo contextu duo colliguntur, partim absurda, partim aperte falsa. Nam primo hoc videtur dici: *Creditorem posse solutum imputare in vsuras, si in continenti post conuentionem de vsuris interpositam numeratio sortis facta sit, & debitor non designauit, in quam caussam solutum vellet.* Hoc vero & absurdum, & aperte falsum est. Nam si debitor statim post conuentionem de vsuris sortem soluit, statim liberatus est obligatione, satis ex regula
5 iuris nota. Solutione eius † quod debetur tollitur omnis obligatio, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Principali obligatione soluta vsuræ sequentis temporis deberi non potuerunt, cum non debeantur vsuræ, nisi pro vsu sortis. Quinimo etsi ante vsuræ debitæ fuissent, tamen desinerent deberi, cum principali obligatione sublata, non sit accessioni locus, *l. eas. in prin. hoc titul. infr.*

6 Quod si vsuræ † nullæ debitæ sunt, quomodo creditor potest solutum imputare in vsuras, quæ non sunt? Quod si quis dicat, non tam falso dicit, quam absurde, & expressum est *in l. pignorib. seq.* Nec ad defensionem creditoris quicquam facit, quod quidam putant, si fingamus in hac specie debitorem, cum sortem mutuo accepit, eodem tempore prærogasse vsuras in multos menses, vt tamdiu sibi pecuniam retinere liceret, iuxta *l. 4. §. fin. & l. qui in futurũ. de pact.* Volunt in hac specie, quamuis debitor postea statim sortem soluat, nihilominus creditorem posse solutum retinere in vsuras, quæ prærogatæ erant, vt non cogatur eas vsuras restituere. Sed hoc non minus falsum est quam prius. Nam cum debitor vsuras ita prærogauit, est quidem in eius potestate, sortem non soluere ante id tempus, *d. l. qui in futurum. de pact.* Sed si sortem vltro soluerit accipiente creditore, in confesso est, eum principalis sortis obligatione liberari, qua sublata, vsuræ, vt dixi, deberi non possunt, ne præteritæ quidem, *d. l. eas. ĩ.* Itaque ratum hoc esse debet, falsum esse, si statim solutio sortis facta sit, falsum inquam esse, creditorem quicquam ex eo imputare posse in vsuras, quas constat deberi.

Alterum etiam ex eodem contextu falsum colligi videtur. Dicitur enim *creditor posse solutum imputare in vsuras, si debitor non designarit postea, vel ante numerationem, in quam caussam solueret.* Ex quo colligitur, si debitor postea, id est, post solutionem designauerit, se velle solutum in sortem, id ei permitti, quod est contra *l. 2. & 3. de solut.* vbi diserte scriptum est, debitorem in re gerenda & pecunia soluenda postea constituere, in quam caussam velit solutam, ceterum postea ei non permittitur.

Respondeo: Fatendum est, vtramque hanc sententiam hoc rescripto exprimi, si sequimur distinctionem contextus vulgatam. Sed distinctio verborum commoda sententiam totam explanabit, & ideo monendi sumus, verbum *in continenti* referendum esse ad verbum *designasti*, & verbum *postea* coniungendum esse cum participio, *facta*, & totum contextum ita distinguendum, quasi ita scriptum esset: Si vsuras pignore dato præstari conuenerat, & numeratione postea facta non designasti in continenti, vel ante, propter quod debitum solutionem faceres, tum creditor potuit solutum in vsuras imputare. Quo contextu exprimitur hæc sententia: Sortem mutuo datam debitori, debitorem in solutione cessasse & vsuras debuisse, postea fecisse numerationem sortis.

Respondetur: Creditorem posse hanc solutionem imputare in vsuras, si debitor in continenti numerationis, id est, solutionis tempore, vel ante eam solutionem non designauit, in quam summam solutum vellet. Qua distinctione exprimitur sententia illa, quam supra exposuimus, optima & certissima.

### *Ad L. 22. Pignoribus.*

### Imp. Philippus A. Carino.

*Pignoribus quidem interuenientibus, vsuræ quæ sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantummodo certæ summæ præstari pœnam conuenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius potest, & ad pignoris solutionem vrgeri te disciplina iuris perspicis.*

### SVMMARIVM.

1 *Creditor an pignus restituere, vel in vsuras, vel saltem in pœnam retinere possit.*

DEBITOR † pecuniam mutuam accepit, de vsuris præstandis nihil conuenit, neq; stipulatione neq; pacto, sed si sua die pecuniam non soluisset, cõuenit citra stipulationem, vt duplum restitueret, & simul pignus creditori dedit, nominatim in sortem & vsuras. Debitor sua die pecuniam non soluit, & etiam post cessauit. Itaq; secundum conuentionem pœna commissa est. Re ita gesta debitor pignus suum repetit pignoratitia actione, offerendo sortem quantam debuit, nihil autem vsurarum nomine, neq; pœnæ eius, de qua conuenerat, creditori offert, quæritur an pignus suum recipere debuit? Quæstio in eo est, an quemadmodum debuit offerat, nam pecunia omni soluta, nascitur debitori pignoratitia actio, idemque est si pecunia debita in iudicio offeratur, *l. si rem. §. omnis, & §. vlt. de pign. act. l. vlt. ĩ. de pign. vend. l. vlt. ĩ. de licit. pig.* Creditor negat se pignus restituturum, hoc se retinere ait vel in vsuras, si eas debitor dare vult, vel saltem in pœnam, de qua conuenit, sed de pœna nihil contendit, quoniam pignus pœnæ nomine obligatum non est. Quoties enim pignus in certas caussas obligatur, in ceteras liberum esse intelligitur, *l. solutione. §. si in sortem. de pig. act.* sed se pignus in vsuras retinere posse contendit, ex sententia iuris constitutionibus recepta, qua efficitur vsuras per retentionem pignoris retineri posse. Hic pignus datum est, & datum est nominatim in vsuras. Proinde per retentionem huius pignoris in proposito seruari possunt.

Respondet Imperator, nec vsuras per retentionem pignoris in hac specie seruari posse. Non obstare, quod constitutum est, per retentionem pignoris vsuras seruari, *l. per retentionem. sup. h.* Sic autem vsuræ nec pacto debitæ sunt, proinde non potest pignus retineri in vsuras non debitas. Sed videtur hoc ipso conuenisse de vsuris, quod pignus obligatum est nominatim in vsuras. Cur enim in vsuras, nisi quia placeret vsuras deberi? Respondeo: Vt vsuræ debeantur vel pacto, vel stipulatione etiam, non sufficit de vsuris tantum conuenisse, nisi certa summa seu quantitas vsurarum expressa sit, quod hic factum non est, *l. tutor. §. vltim. de vsur.* Sic fit vt in proposito neque pignus retineatur in vsuras, quia nullæ vsuræ sunt, neq; possit retineri in pœnam cõmissam, quia pignus in eam caussam obligatum non est. Ex quo efficitur, quod hic colligitur & propositum erat, cum pignus neque in vsuram, neque in pœnam retineri possit, nihil esse, cur non debitori restitui

debeat, oblata sorte, quanta debeatur. Rescriptum in hoc notandum est, vt intelligamus, vbi locum habeat ea sententia, qua dicimus pignus in vsuras retineri posse.

*Ad L. 23. Oleo.*

Imp. Philippus A. Iasoni.

*Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta vsurarum eiusdem materiæ suasit admitti.*

SVMMARIA.

1 *In oleo, frumento & frugibus similibus an accessiones consistere possint: & ad quem modum præstari possint. num. 2.*

3 *Accessiones olei, frumenti & similium frugum, in quibus rebus consistere possint.*

OLEO & frumento & similibus frugibus, mutuo datis, de accessionibus supra sortem præstandis, quatuor quæruntur. I. An iis rebus etiam supra sortem accessio recipi possit. II. Quomodo accessio debeatur. III. In quibus rebus harum rerum accessiones consistere possint. IV. Ad quem modum præstari possint. Duo priora decisa sunt *in l. frumento.*
1 *§.* vbi † traditur etiam in iis rebus accessiones præstari posse, easque accessiones etiam ex nudo pacto præ-
2 standas. Quartum † de modo attigimus *ad Auth. ad*
3 *hæc. §.* decisum est etiam *in l. eas. j. eod.* Tertium † hic exponitur, de quo ita constituitur: *Iis rebus mutuo datis additamenta vsurarum eiusdem nomine admitti.* Quibus verbis intelligimus hoc dici; Accessiones, quæ pro vsuris in his rebus præstantur, consistere posse in rebus eiusdem naturæ; in pecunia non posse. Additur ratio, *Quia ratio incerti pretii id suadet.*

Optima ratio ad id efficiendum quod proposuimus, nempe vsuras pro iis rebus promitti & constitui non posse. Nam vsura est pecunia, quæ pro portione sortis, ad certum modum præstatur supra sortem. Id modus vsuræ definitus declarat, *l. placuit. l. pœnam. ff. eod. l. eas. §. 1. h.* Non potest autem certus modus vsurarum constitui pro portione sortis; nisi & quantitas sortis sit certa. At in rebus suprascriptis, de quibus agimus, earum rerum incertum pretium est. Non potest igitur in his rebus certa vsura constitui, ac proinde nec vsura constituitur. Sic fit, vt ratio incerti pretii earum rerum admittat tantum additamenta in rebus eiusdem naturæ, quoniam quantitas earum rerum certa est in mensura, ac proinde in iisdem rebus, & in eadem quantitate certitudo esse potest pro portione sortis, vt si pro 10. modiis, vnus modius, aut duo præstentur.

Hinc apparet non quæri hoc loco, quanta additamenta præstari possint iis rebus mutuo datis, sed in quibus rebus hæc additamenta consistere possint. Quid ergo si pro iis rebus sint vsuræ promissæ essent pro auro & argento facto, quoniam in iis rebus certa vsura constitui non potest pro portione sortis, cum sors non sit æstimata, *l. 3. §. vlt. ff. h.*

*Ad L. 24. Si mater.*

Imp. Philippus A. Glauciæ.

*Si mater tua maior annis constituta, negotia, quæ ad te pertinent, gesserit: cum omnem diligentiam præstare debeat: vsuras pecuniæ tuæ, quam administrasse fuerit comprobata, præstare compelli potest.*

SVMMARIA.

1 *Negotiorum gestor pecuniam fœnori collocare debet, si honeste potest: sin minus eo nomine vsuras præstabit. & nu. 3.*

2 *Negotiorum alienorum gestor omnem diligentiam & omnem culpam præstare debet. & nu. 4.*

5 *Diligentiæ verbo quid exigatur.*
*An amicus negotiorum gestor diligentiam præstare debeat.*

QVI negotia aliena sine mandato gerenda suscipit, si quam pecuniam in illis negotiis reperit, & eam in suos vsus conuertit, extra controuersiam est, eum iure obstringi ad maximas vsuras præstandas eius pecuniæ nomine, id est, centesimas, *l. qui sine. de negot. gest.* De eo hic non agitur, sed amplius dicimus, eum † qui negotia gerit, eam pecuniam attingere, & 1
collocare debere fœnori, si honeste potest, si non facit, vsuras eo nomine præstabit, quas si pecuniā collocasset, consequi potuisset. Idem *in l. atqui. §. non tantum. l. liberto. §. qui alienas. de negot. gest.* Hoc ideo, quia qui negotia † aliena gerit, omnem diligentiam & o- 2
mnem culpam in iis negotiis administrandis præstare debet, vt hic traditur, & *l. si negotia. de negot. gest.* Est autem diligentiæ collocare pecuniam ne vacet: contra est culpæ non collocare, & otiosam relinquere pecuniam. Proinde ex potestate huius iudicii is, qui negotia gerit, huius culpæ & damni æstimationem domino præstare debet, in quo est, si vsuras consequi potuit, nec consecutus est.

Sic † tamen vsuras, quas consequi potuit, præstat, 3
nisi dominus ipse soleret pecuniam apud se retinere, non autem collocare. Nam quod dominus faceret, idem facere potuit negotiorum gestor sine fraude sua, *l. qui semisses. §. vlt. ff. h. t.* Non est hoc prioribus contrarium, sed maxime conueniens: Est enim ex eadem definitione culpæ, quam negotiorum gestor præstare debet. Nam tum demum culpa est gestoris, cum aliquid facere potuit, & debuit, & non fecit. At amicus, qui domini negotia gerit, potuit quidem collocare pecuniam domini, sed non debuit, si dominus eius facere id non soleret. Neq; enim debuit quicquam suscipere contra voluntatem & morem domini, sciens dominum esse moderatorem & arbitrum rei suæ, *l. in re mandata. C. mandati.* Proinde si tunc pecuniam non collocauit, vt culpam non admittit, sic nec vsuras præstare cogitur ex sententia huius rescripti.

Illud † notandum est, quod dicitur hoc loco, non 4
tantum negotiorum gestorem præstare debere culpam latam, sed etiam leuem, & preterea diligentiam, vt expressum est *in l. contractus.* Quibus verbis hoc significatur, negotiorum gestorem in negotiis gerendis debere omnia facere, quæ pro suo captu & diligentia consueta potest. Nam si hoc non facit, culpa eius lata est. *l. quod Nerua. ff. depos.* Hanc dicimus eum præstare debere. Hoc amplius etiamsi quid pro captu suo facit, sed in quo lædit negotia, hoc quoq; præstare debet, idque est, quod significatur, cum dicitur, eum præstare debere leuem culpam. Intelligimus enim, hoc verbo debere eum præstare factum suum, seu culpam, quæ sit in faciendo, quamuis putet se in eo bene facere, *argument. in l. & quicquid 21. ff. pro socio.* Hoc amplius dicimus etiamsi aliquid neglexerit, dum metuit negotia attingere propter imperitiam suam; aut, dum propter imperitiam suam amittit, debere

bere eum præstare damnum, quod ex ea re contingit. Idque est, quod significatur, cum dicimus: *Eum præstare debere culpam & diligentiam.* Nam diligentiam, qui præstare debet, hunc dicimus teneri, si diligentiam non adhibuit, id est, teneri negligentiæ suæ nomine, in quo numero est, si pecuniam collocare potuit & vsuras consequi, neque consecutus est.

Quidam putant huic sententiæ aduersari *l. tutores qui, 39. §. qui negotia. de administ. tut. & cur. l. tutori. sup. de negot. gest.* vbi iisdem verbis traditur: *Si amicus quædam negotia ex rebus alienis gerenda susceperit, sufficere, si per amici laborem in iis paucis amico consulatur.* His verbis exigi videtur, vt amicus præstet domino tantum laborem suum, id est, eum laborem, quem pro captu suo præstare potest, non autem exigi, vt præstet laborem alienum, id est, boni patrisfamilias, seu eam diligentiam, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet, si amicus non ita sit diligens in rebus suis. Quod si ita est, non debet amicus negotiorum
5 gestor diligentiam præstare, † quoniam *diligentiæ* verbo exigitur, vt quis præstet eam diligentiam, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet, *l. si cum venderem. §. vlt. cum l. seq. de pig. act.*

Respondeo: Amici labor duplex est. Est enim labor amici, quem amicus reuera præstat. Dicitur etiam amici labor is, quem amicus præstare debet. Itaque verbum hoc ambiguum est. Dicimus in suprascriptis locis duobus vtrumque laborem significari. Primum igitur amicus, qui aliena negotia gerere debet, laborem præstare debet, quem præstitit, id est, ea omnia commoda, quæ ex labore suo consecutus est. Præterea etiam præstare debet laborem, quem pro officio boni patrisfamilias præstare oportuit, cum sit verbum hoc ambiguum. Ex iure interpretatio sumenda est quid in superioribus locis intelligatur, *argument. in l. 6. de solut.*

Præterea obseruandum est, in suprascriptis locis non quæri, quem laborem amicus domino negotiorum præstare debeat, sed in quibus caussis debeat præstare laborem. Nam proponebatur amicus suscepisse ex rebus domini quasdam gerendas, quasdam non gerendas: quærebatur an de non susceptis teneatur, quasi eas quoque suscipere debuisset? Mouet exemplum tutoris & curatoris, nam hi in rebus pupilli tenentur de omnibus rebus, siue eas gerendas susceperint, siue non susceperint. Quo exemplo par esse videatur idem admitti in eo, qui sponte negotia aliena gerenda suscepisset.

Illic respondetur dissimilia hæc esse. Nam tutores & curatores cogi necessitate muneris, vt omnia administrent, quia omnibus bonis præficiuntur, siue velint siue nolint. At qui negotia aliena administranda suscepit, voluntate sua suscipit, & tantum suscipit, quantum vult, quoniam non habet necesse administrare, & additur hæc ratio: *Satis enim abundeque sufficere, si in paucis amici labore domino consulatur.* His verbis apparet, quæstionem esse, in quibus negotiis amicus debeat laborem præstare. Placet enim eum præstare debere in susceptis, non autem in iis, quæ non suscepit. Sequens quæstio est, quem laborem in susceptis præstare debeat. Hæc quæstio illic non attingitur, vt apparet, ex quo consequens est, eam decidendam esse, ex aliorum locorum, & aliarum legum regulis, iuxta præscriptum *l. præcipimus. in fin. infr. de appell.*

### *Ad L. 26. Eos.*

Imperator Iustinianus A. Mennæ Præfecto prætorio.

*Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, siue personali siue hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad triginta vel quadraginta præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. principali enim actione non subsistente, satis superuacuum est super vsuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

SVMMARIA.

1 *Obligatione principali sublata, vsuræ deberi non possunt.*
*Hæc regula an de præteritis quoque vsuris intelligi possit.*
2 *Nec interest quo modo principalis obligatio sublata sit.*
3 *Debitor qui aliquot annorum vsuras debet, liberatus de sorte præscriptione temporis, an quoque de vsuris liberetur.*

INITIO obseruanda est regula generalis hic tradita de finienda obligatione vsurarum, tametsi per occasionem hypothesis propositæ subiicitur. Definitio hæc est. Sublata † principali obligatione sortis, 1
vsuras deberi non posse, quippe vsurarum obligationem esse accessionem sortis, porro principali caussa nō subsistente, nec accessiones posse subsistere. *l. cum principal. de reg. iur. l. 2. de pecul. l. in omnib. de solut.* De futuris vsuris nulla dubitatio est, quin sublata obligatione sortis non committantur. Nam non possunt esse vsuræ nisi pro vsu sortis. Itaque vbi sors nulla est, illic vsuræ intelligi non possunt. Sed de præteritis vsuris, quæ iam competierant, dubitari potuit. Vt puta debitor 100. in sorte debebat, & 10. aut 5. annorum vsuras, soluit sortem accipienti creditori, etiam ne liberatur ab vsuris decem aut quinque annorum, quas non soluit, & quarum nomine creditori non satisfecit. Et definitio huc pertinet, vt intelligamus etiam has ipsas desinere deberi. Nihil ad rem pertinet, quod neque solutæ sunt, neque earum nomine satisfactum creditori. Et ius ita est, vt pecuniam debitam aut solui oporteat, aut eo nomine creditori satisfieri, vt debitor liberetur, *l. si rem. §. omnis. de pig. act.* Hoc enim tunc locum habet, cum de obligatione principaliter tollenda agitur, nunc autem agitur de accessione principalis obligationis, accessio principalis caussæ conditionem sequitur, vt principali caussa sublata, consequens sit, tolli & accessiones.

Hic opponitur *l. 1. sup. de iud. l. centum Capuæ. de eo quod certo loco.* vbi traditur, quoties debitor sortis stipulatione promisit sortem & vsuras, duas esse stipulationes distinctas, quāuis iudicio agi cœperit de sorte, tamen manere stipulationem vsurarum integram, neque iudicio cœpto eam tolli. Atqui litis contestatione nouatio fit, ita vt principalis obligatio quodammodo tollatur. Ergo principali obligatione sublata, non continuo vsurarum stipulatio tollitur. Respondeo: Non proprie tollitur principalis obligatio litis contestatione. Nam litis contestatio habet quidem nouationem, *l. aliam. de nouat. l. vlt. infr. de vsur. rei iud.* Sed hæc nouatio nouationis effectum non habet, nisi hactenus vt prosit creditori. Non solet li-

tis contestatio deteriorem conditionem nostram facere, sed vt plurimum meliorem, & ad hoc comparata est, *l. non solet. l. vero. de reg. iur. d. l. aliam. de nouat.*

2 Quomodo † principalis obligatio sublata sit, nihil interest, vtrum ipso iure, an per exceptionem, ac sic principali obligatione sublata, vsuræ desinant deberi. Id in vniuersum probatur regula iuris, qua traditur, nihil interesse, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. de reg. iur.* Sed in specie huius loci præcipue confirmatur, vbi placet, eum debitorem, qui præscriptione longi temporis tutus est, ab vsuris etiam liberari. Hæc præscriptio nihil aliud est, nisi exceptio temporis, *l. penultim. infr. de præscription. longi tempor.* vt quod de vna specie exceptionis hic dicitur, transferri debeat ad alias.

Hac regula constituta, nata est quæstio in specie,
3 de qua præcipue hic agitur. Quid † si debitor, qui aliquos annorum vsuras debeat, liberatus sit de sorte, præscriptione temporis? Finge per triginta totos annos sortem ab eo petitam non esse, triginta annorum spacio omnes actiones in personam tolluntur præscriptione seu exceptione longissimi temporis, *l. sicut. l. omnes. infr. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 2. cir. med. supr. de constit. pecun.* Quæritur, an quemadmodum de sorte liberatus est præscriptione temporis, ita etiam vsuras præcedentium annorum debere desinat. Non videtur in hac specie desinere debere, sed in eo præcipuum quiddam esse, quod non est in ceteris liberationibus, quo fiat, vt videatur proprium hic quoque ius constitutum debere.

Dubitationis ratio hæc est, quæ hic attingitur a Iustiniano. Nam cum quis vsuras stipulanti creditori promittit in singulos menses, aut in singulos annos, singulorum annorum singulæ sunt stipulationes, exemplo legati annui: Vtpote testator legauit Titio 10. annua, hic plura sunt legata non vnum, *l. si Stychum. §. vlt. de verb. oblig.* Et hoc ideo, quia primi anni legatum est conditionale, si legatarius viuat, *l. 4. de ann. leg.* At vsurarum stipulatio singulis mensibus vel singulis annis conditionem habet, si sors soluta non erit, vt disserit Paul. *in l. lecta. si cert. pet.* Proinde & singulorum mensium & singulorum annorum singulæ sunt stipulationes in vsuris. Hic consequens est, vt trigesimi anni stipulatio vsurarum præscriptione longi temporis tollatur, si vsuræ eius anni petitæ nunquam sunt. At sequentium annorum stipulationes, quæ interuenerunt post trigesimum præteritum annum vsque ad diem petitionis, necesse est in ea caussa esse, vt præscriptione temporis tolli non possint. Quia post trigesimum annum 30. anni non intercesserunt. Non tolluntur autem obligationes nisi spatio 30. annorum.

Respondet Iustinianus, se non moueri hac obiectione, quo minus statuat, quoties debitor præscriptione temporis de sorte liberatus est, toties vsuras omnium sequentium annorum etiam proximorum desinere debere. Nos enim hic spectamus præscriptionem temporis, quæ inducitur aduersus obligationem sortis. Hac præscriptione sortis obligatio in solidum tollitur, hac sublata, consequens est & stipulationem vsurarum in solidum tolli, non præscriptione, sed consequentiæ necessitate, quoniam accessio sine principali caussa esse non potest. Hæc summa est sententiæ huius loci. Sed huic sententiæ in specie hac ipsa obstat *l. cum notissimi. §. vltim. infr. de præscript. 30. annorum.* vbi Iustinianus idem constituit, vt in omnibus legatis annuis, & omnibus annuis & menstruis obligationibus, solum præscriptione temporis tollantur obligationes trigesimi ab hinc anni & præcedentium; sequentium autem annorum obligationes integræ sunt, quia post trigesimum annum 30. anni non intercesserunt. Æquum autem esse ait, præscriptionem temporis initium sumere non ab initio obligationis, sed a singulis mensibus & annis, de quibus pensiones debentur.

Respondeo: Hoc de principalibus obligationibus annuis vel menstruis constitutum est eo loco, hæ obligationes, cum ab aliis obligationibus non pendeant, non possunt tolli tempore, nisi præscriptione temporis. Diuersum ius est in obligationibus accessoriis, qualis est obligatio vsurarum. In his spectamus præscriptionem natam aduersus sortem & principalem obligationem, vt antea dixi.

Secundo loco opponitur *l. pen. infr. de luit. pig.* vbi hæc verba sunt, vt est lectio in omnibus exemplaribus recepta: *Intelligere debes, pignora durare personali actione submota.* Hoc posito, licet ita argumentari aduersus sententiam huius loci. Pignoribus manentibus licet per retentionem pignoris retinere vsuras, & maxime eas, quæ prius stipulatione promissæ sunt. *l. per retentionem. sup. h.* At debitore præscriptione temporis liberato, & ita personali actione submota, nihilominus hypothecariæ durant, *d. l. 2. infr. de luit. pign.* Ergo etiam nunc per retentionem eorum pignorum, vsuræ possunt seruari, vt nõ desinant deberi, vt hic constitutum est. Duo sunt, quæ hic recte respondi possunt. I. Vsuras per retentionem pignoris seruari posse, sed eas, quæ adhuc debeantur: indebitæ non possunt, *l. pignoribus. sup.* Hic autem indebitas esse vsuras diserte constitutum est, quo fit, vt quamuis contenderimus principali obligatione sublata, pignora manere, tamen nõ efficiatur, vsuras adhuc retineri posse, vt quæ principali obligatione sublata, deberi desierint.

Alterum responderi licet & verius & certius, mendosam esse lectionem *d. l. infr. de luit. pignor.* Et contra ita legendum esse: *Intelligere debes, pignora non durare personali actione submota,* vt olim in interpretatione eius loci monuimus. Id ita esse declaratur generalibus sententiis iuris, natura pignoris, & verbis illius loci, ac consuetudine omnium loquentium. Sententiæ generales hæ sunt: *Principali obligatione sublata accessiones tolli.* Et additur nominatim, tolli pignora, *l. in omnibus speciebus, de solut.* Huc pertinet *l. cum principalis. de regul. iur.* Natura pignorum hæc est, vt sine principali obligatione esse non possint, *l. res hypothec. de pig. §. item Seruiana. de act.* Non patitur igitur pignorum natura, vt obligatione principali submota consistat pignus. Verba legis sunt hæc: *Intelligere debes.* Hæc sententia generalis est, proinde necesse est, sententiam esse falsam, siue in toto falsa sit, siue in vno aliquo. Nam falsum dixit, qui dixit, *Omnes homines currere*, etiamsi tantum vnus non currat. Deinde hæc verba sunt increpantis debitorem, qui quærebat, vtrum adhuc manerent pignora: Respondetur: Non recte consulis, nam intelligere debueras ius certum. At si aliquo modo sublata obligatione principali pignora manerent, certe debitor iustissime de eo dubitaret. Vt sit igitur huic interpretationi locus, intelligere oportet, ius certum & commune fuisse tolli pignora.

Rata igitur eſt ſententia generalis hoc loco tradita, non ad hanc ſpeciem tantum, ſed ad omnes pertinens, vt quocunque modo obligatio principalis ſortis ſublata ſit, ſiue ipſo iure, ſiue per exceptionem, continuo vſuræ, non dico in futurum, non debeantur, ſed & præteritæ tum deſinant. Igitur cuicunque debebuntur vſuræ, ſi ſibi cauere volet, cum ei ſors offertur, dabit operam, vt prius vſuras accipiat, quas velit conſequi. Quod ſi ſortem accepit, aut alio modo debitorem liberauerit, ſciat ſe cum ſorte etiam vſuras præteriti temporis remiſiſſe.

*Ad §. 1. vſque ad fin.*

*Super vſurarum vero quantitate etiam generalem ſanctionem facere neceſſarium eſſe duximus, veterem duram & grauiſſimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoq́ iubemus illuſtribus quidem perſonis, ſiue eas præcedentibus, minime licere vltra tertiam partem centeſimæ, vſurarum nomine in quocunq́ contractu vili vel maximo ſtipulari. Illos vero, qui ergaſteriis præſunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, vſq́ ad beſſem centeſimæ vſurarum nomine in quocunq́ contractu ſuam ſtipulationem moderari. In traiectitiis autem contractibus, vel ſpecierum fœnori dationibus, vſq́ ad centeſimam tantummodo licere ſtipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat conceſſum. Ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centeſimæ vſurarum nomine poſſe ſtipulari, & eam quantitatem vſurarum etiam in aliis omnibus caſibus nullo modo ampliari, in quibus citra ſtipulationem exigi vſuræ ſolent. nec liceat iudici memoratam augere taxationem occaſione conſuetudinis in regione obtinentis. Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit conſtitutionis, nullam penitus de ſuperfluo habeat actionem. ſed & ſi acceperit, in ſortem hoc imputare compelletur. interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrahere vel retinere ſiliquarum nomine, vel ſportularum, vel alterius cuiuſcunque cauſſæ gratia. Nam ſi quid huiuſmodi factum fuerit: principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, vt tam ipſa minuenda pars, quam vſuræ eius exigi prohibeantur, machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti maiores vſuras ſtipulari alios medios ſubiiciunt, quibus hoc non ita interdictum eſt, reſecantes iubemus, ſi quid tale fuerit attentatum, ita vſuras computari, vt neceſſe eſſet, tanquam ſi ipſe, qui alium interpoſuit, fuiſſet ſtipulatus. in quo caſu ſacramenti etiam illationem locum habere ſancimus. Datum Conſtantinop. Iuſtiniano Conſule.*

SVMMARIA.

1 *Supra centeſimas vſuras neque ſtipulari, neque exigere cuiquam licet, niſi in pecunia traiectitia. nu. 5.*
2 *Centeſima vſura quid, & cur ita dicatur.*
3 *Calendarium quid.*
4 *Centeſimæ vſuræ cur dicantur legitimæ.*
5 *In fructibus cur vſura centeſima admittatur.*
6 *Triens vſura quæ.*
7 *Semis vſura quæ.*
8 *Bes vſura quæ.*
9 *Illuſtres perſonæ qui ſint.*
10 *Iuſtinianus cur perſonarum diſcrimen in exactione vſurarum obſeruarit.*
11 *Siliqua quid.*
12 *Fiſco ſemper debentur ſemiſſes vſuræ.*

HOc loco Iuſtinianus certum modum vſuris conſtituit, ac ſi quis contra hunc modum ſtipulatus ſit vſuras, vel exegit, pœnam ſtatuit, vt his in locis contineatur tota hæc quæſtio reliqua.

De modo vſurarum, vt pleniſſime intelligatur, quid conſtituatur, intelligendum eſt, conſtituere eum hos gradus, vt oſtendat primum, quid de vſuris liceat ſupra centeſimam vſuram. Deinde, quid liceat de ipſa centeſima. Tertio, quid infra centeſimam. Quod centeſimam vſuram excedit, de eo ita conſtituit: Supra † centeſimas vſuras, neque ſtipulari ne-
que exigere cuiquam licere, in quibuſuis cauſſis. 1
Hanc ſententiam ſtatuit *in verſ. in traiect.* Nam cum in traiectitiis pecuniis maximæ vſuræ receptæ ſint, & omnibus temporibus fuerint propter periculum pretii, vt eſt *in l. 5. de naut. fœn.* Hic Iuſtinianus permittit vſuram centeſimam, eam autem vetat excedere, vt intelligamus eum multo magis in ceteris cauſſis idem conſtituere.

Centeſima vſura † eſt centeſima pars ſortis in ſin- 2
gulos menſes. Centeſimam partem ſortis eſſe probatur ex eo, quod centeſima vſura appellata eſt ex ratione & comparatione ſortis. Non poteſt autem ex ratione ſortis ita nominari, niſi quia continet eius ſortis partem centeſimam. Sed cur dicitur centeſima pars ſortis in ſingulos dies aut in ſingulos annos? Quid horum dicatur aperte, multum intereſt. Nam ſi dicamus eſſe centeſimam partem ſortis in ſingulos dies, centeſima vſura erit in ſingulos centum aureos, in ſingulos annos triginta aurei. Si in ſingulos menſes erit pars centeſima, fiet in ſingulos annos centeſima vſura duodecim aureorum. Si dicimus eſſe centeſimam ſortis in ſingulos annos, non erit centeſima in ſingula centena in ſingulos annos, niſi vnus aureus. Cum ergo quid horum dicamus, multum interſit, iuſte quæritur, cur dicamus centeſimam vſuram eſſe centeſimam partem ſortis, ſolum in ſingulos menſes? Quia hoc ita ſentiunt omnes veteres, qui de vſura centeſima locuti ſunt.

Sententia autem & vſus eorum deprehenditur ex more Romanorum, qui de his rebus ſcripſerunt, & iura conſtituerunt. Romani non ſolebant ſtipulari & pendere vſuras in ſingulos dies, aut in ſingulos annos, ſed in ſingulas Calendas, id eſt, in primum cuiuſque menſis diem. Id declarant exempla *l. lecta. ſi cert. pet. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. de verb. obligat.* deinde verbum *Calendarii*, & hæc forma loquendi, *Calendario præponere.* Quibus verbis ſignificatur is, qui præpoſitus eſt pecuniis fœnori dandis & accipiendis, Vt Calendarium † ſit liber rationum, in quem hæ
vſuræ referuntur, a Calendis, *l. eius, ſi cert. pet. l. qui fi-* 3
*lium. de legat. 3.* Idem oſtendunt tum alii loci auctorum probatorum, tum hic maxime locus, apud Horatium Serm. lib. 1. Sat. 3.

*paulum deliquit amicus,*
*Odiſti & fugis vt Druſonem debitor æris;*
*Qui niſi cum triſtes miſero venere Calendæ,*
*Mercedem aut nummos vnde extricat, &c.*

Si vſura centeſima eſt centeſima pars ſortis in ſingulos menſes, cõſequens eſt, centeſimã eſſe duodecim aureos pro centum in ſingulos annos, quia in anno inſunt duodecim menſes. Proinde ſi vnus aureus ex centum eſt as, qui efficit centeſimam vſuram centum aureorum in ſingulos menſes, conſequens eſt duodecim aureos eſſe aſſem, qui efficit centeſimam vſuram eiuſdem ſummæ in ſingulos annos, vt vtrum horum dicamus, & vtrum horum partiamur in minores vſuras, plane nihil interſit. Non licet igi-

tur ex hac constitutione hanc centesimam excedere, in quo veteres leges a Iustiniano in quibusdam caussis abrogantur. Nam in traiectitiis pecuniis ante concessum erat, vltra centesimam stipulari, vt hic testatur *in vers. in traiectit.* In frugibus autem mutuo datis exstat *in C.Th. l. Constantini. l. 1. de vsuris*, quod permissum est pro duobus modiis accipere vnum modium in singulos annos, quæ vsura excedit quatuor centesimas. Nam quatuor centesimæ centum efficient tantum 48. Has igitur leges sustulit hoc loco Iustinianus. In ceteris caussis etiam iure veteri vltra centesimam exigere non licebat, idque intelligitur argumento *huius ipsius versiculi in traiectitiis.* cum ait, concessum esse excedere centesimam in traiectitiis. Si in traiectitiis concessum, in ceteris prohibitum erit, *l. cum lex. de legib. l. ex eo, de testib. l. cum prætor. in prin. de iud.*

Hoc inprimis nobis notandum est, conducit enim ad intelligendos quosdam locos obscuriores, qui sine hac cognitione explicari non possunt, quibus comprehensum est de maximis, grauissimis & legitimis vsuris, nec additur, quænam sint illæ vsuræ. Tutores si pecunias pupillares in vsus suos conuerterint, subiiciuntur ex Constit. maximis & grauissimis vsuris, vt est *in l. qui sine. de negot. gest. l. non existimo, de administ. tut.* Quæ sunt maximæ hæ vsuræ? Respon. Centesimæ ex hoc loco, vtputa supra quas aliæ maiores & grauiores legitimæ non essent. Eædem dicuntur legitimæ *in l. 3. inf. de arbit. tut. l. vlt. infr. de vsur. pupil. l. tutor qui rep. § pecuniæ. de administ. tut.* Cur hæ legitimæ, cum etiam minores centesimis legitimæ
4 sint, & maxime legitimæ? Nempe † centesimæ dicuntur legitimæ per exceptionem, id est, quæ peruenerunt ad summum gradum, legibus cognitum, & supra quas aliæ nullæ sunt legitimę. Quod tamen dicimus supra centesimam vsuram exigere nihil licere; ab eo iure nonnihil postea deflexit Iustinianus *in N. null. cred. agr.* Nam in fructibus aridis mutuo datis agricolę constituit pro vno modio octauam modii partem exigi licere in vnum annum, *Auth. ad hæc. sup.* Hęc octaua nonnihil excedit centesimam, vt illic docuimus, sed ita vt prope non videatur centesimam excedere.

Hic primus gradus est vsurarum, a quo peruenitur ad centesimam ipsam. De centesima vsura Iustinianus sic constituit, ne hanc quidem stipulari licere vllis personis, nisi in duabus caussis, in traiectitia pecunia, & in speciebus fœnori dandis, id est, in fructibus, vt frumento, oleo, vino, & similibus frugibus in quibus mutuum consistit, de quibus dictum *ad l. frumenti l. oleo. sup.*

Traiectitia pecunia quid sit explicatur *in titul. sequent.* vbi dicetur, & simul exponetur huius iuris ratio. In fructibus autem † cur admittatur centesima
5 vsura, facit varietas pretii, quæ in iis rebus incidere solet, secundum quam sępe euenit, vt creditor iisdem rebus receptis multo minus recipiat quam debitor debet. Vnde non est iniquum hoc damnum aliis accessionibus & additamentis suppleri. Et hęc exceptio est *in vers. traiectitiis.*

Sed hęc exceptio cautione indiget. Nam cum Iustinianus has tantum caussas duas excipit, in quibus centesimam admittat, ceteras caussas excludere videtur, & in iis regulas iuris confirmare, ne in illis centesimam exigere liceat, argumento *l. quæsitum. §. idem respondet domo. de fund. instr. leg. l. ex eo, de testib. d. l. cum l. de legib.* Quod tamen falsum videtur, nam etiam alię caussę sunt, in quibus licet centesimam vsuram exigere. Licet exigere in pecunia debita, ex caussa iudicati, *l. vltim. infr. de vsur. rei iudic.* Licet etiam exigere in caussa priuata & publica, quam tutores curatoresve in vsus suos conuerterunt, *d. l. qui sine. de negot. gest.* Sed vera est Iustiniani hoc loco definitio & exceptio. Vetat enim Iustinianus, ne quis stipuletur vsuras vltra centesimam, pręterquam in traiectitia pecunia, & speciebus fœnori dandis. Hinc colligimus, in ceteris caussis stipulari non licere, vt vsurę ex stipulatione debeantur. Hoc verissimum est. Nam quę vsurę exiguntur in duabus posterioribus caussis, quas dixi, hę non pręstantur ex stipulatione, sed ipso iure infliguntur in constitutione, sine vlla controuersia.

Et tamen si quis hic in vniuersum rem complecti velit, vt comprehendantur omnes caussę, in quibus centesimas exigere liceat; dicemus has caussas esse quatuor: traiectitiam pecuniam, fruges mutuo datas, pecuniam ex caussa rei iudicatę, debitam post iudicati tempus, tum pecunias publicas priuatasve, quas administratores in vsus suos conuerterunt. Sed in prioribus duabus caussis centesima non debetur, nisi ex stipulatione aut conuentione: In posterioribus debentur ex constitutione, ipso iure, sine vllo facto creditoris. De duabus prioribus hic comprehensum est *in versic. in traiect.* De posterioribus, illis locis, quos supra notaui.

A centesima vsura tertius gradus est ad inferiores vsuras & minores. De iis ita constituit Iustinianus, vt permittat non quaslibet minores stipulari aut exigere, sed solum, aut trientes centesimę, aut semissem, aut dimidiam centesimę, aut bessem centesimę, sic enim nominat *in princ. & in versic. ceteras.* Neque passim & sine discrimine concedit omnibus, quas ex iis velint stipulari, aut exigere. Sed distinguit pro conditione personarum, hoc modo, vt illustribus personis tantum concedat trientes, mercatoribus & negotiatoribus besses, intermediis autem personis semisses.

Hic primum nomina vsurarum notanda sunt, quas ipse commemorat, vt cum nominat trientem, bessem, semissem vsuram, hic intelligamus appellari partes assis. Nam hę sunt partes assis, vt nominatur *in l. seruum. §. vltim. de hered. instit. & §. hereditas. Instit. de hered. instit. vbi Theophilus.* Preterea cum hic nominat trientem centesimę, semissem centesimę, bessem centesimę, ex eo intelligimus adhuc minores reperiendas, ante omnia quęrendam esse centesimam vsuram eius sortis, de qua quęritur, hanc centesimam redigendam ad assem facilioris diuisionis causa; sic enim solebant Romani vbicunque rem aliquam commode diuidere volebant, ac non tantum in hereditate diuidenda, vt indicat ille locus Horat. in arte poet.

*Romani pueri longis rationibus assem*
*Discunt in partes centum deducere. Dicat*
*Filius Albini, si de quincunce remota est*
*Vncia, quid superet? poterat dixisse triens, heu*

Et quę sequuntur. Asse centesimę constituto, tum intelligetur, quas velimus esse has vsuras minores, trientem, semissem, bessem. Ergo cum centum aureorum centesima in singulos annos sint duodecim aurei, vt dixi: Triens † vsura centum aureorum erunt 6
4. aurei eius summę in singulos annos. Sunt enim qua-

7 quatuor tertia pars 12. Semis † vsura, erunt sex aurei eius summæ in singulos annos, nempe dimidia 12.
8 Bes † vsura, erunt 8. vnciæ duodecim 8. nummi 100. aureorum in singulos annos. Et de reliquis minoribus idem pro portione dicendum est, vbicunq; nomina occurrent.

Notandum præterea discrimen personarum, cum alias vsuras illustribus attribuit, alias negotiatoribus, alias ceteris. Mercatores qui sint notum est; Intermediæ personæ quæ sint notum est, modo intel-
9 ligamus, quæ sint personæ illustres. Sunt † autem illustres personæ non nobiles, non magistratus, non senatores aut patricii alicuius vrbis, sed ii qui summas dignitates secundum Principem obtinent, infra quos sunt qui dicuntur spectabiles & clarissimi, quales fuerunt Imperatoribus Romanis, præfecti prætorio. P. V. Magistri mil. Comites sacr. scriniorum, Quæstores. Significatur hoc *in N. de appell. 23. §. vlt. l. 1. sup. vbi senat. l. vlt sup. de sportulis.* de quo plura fideliter notata sunt in Lexico Brisson. Sed cur Iusti-
10 nianus † secutus est hoc discrimen personarum, ac non omnibus permisit, easdem exigere vsuras? Respondeo: Apparet hoc ideo factum esse, quia alii facilius & minori damno suo carere possunt pecunia sua, alii difficilius, propter tenuitatem. Mercatores difficilime, quia ad mercaturam exercendam illis quotidianis & magnis sumtibus opus est. Æquum est, vt quo maius cuiusque damnum est, in eo quod careat pecunia sua, ei etiam maiores vsuras adhiberi minuendi incommodi caussa.

De negotiatoribus hic notandum est, proprium quiddam hic esse argentariorum. Nam in iis non conceduntur quidem nisi besses vsuræ, vt hoc loco, sed ita hæ illic conceduntur, vt placeat ei deberi ipso iure, sine alia conuentione. *N. Iustin. 136. de arg. contr. §. quia vero.* In vniuersum autem de mercatoribus & intermediis personis vna exceptio est, quæ postea inducta est a Iustiniano in pecuniis agricolæ mutuo datis. Placuit enim hic non posse exigi vsuræ nomine in singulos solidos, in singulos annos, nisi sili-
11 quam, *Auth. ad hæc. sup. h.* vbi dixi siliquæ † nomine significari trientem centesimæ vsuræ & nonnihil amplius.

Hoc modo ita constituto, adiicit Iustinianus *in vers. ceteras.* se non tantum hunc modum præstituere in vsuris ex stipulatu & conuentione certa debitis, sed etiam in omnibus, quæ iure debentur, veluti in bonæ fidei iudiciis. In his vsuræ prestantur, & quoniam de modo earum quæritur, placuit eum modum seruari, qui in ea regione, in qua contractum est, frequentatur, *l. 1. in pr. ff. hoc tit.* Hoc ita est, si modo modum hic præstitutum non excedant, vt est *in hoc vers. ceteras.* Id quod etsi expressum non esset, hoc tamen loco intelligeretur. Nam & hoc Papinianus expressit longe ante hanc constitutionem, *d. l. 1. in pr.* Et ideo si more regionis minores frequentantur quam besses aut semisses, hæ præstabuntur ex more regionis: Si maiores, non excedant semisses aut besses pro conditione personarum. Sed hic proprium ius annotandum est Fisci & Reipub. his quidem non debentur nisi semisses ex hac lege, sed hoc proprium
12 est earum, vt fisco † semper debeantur semisses, quamuis ex more regionis minores prestentur, *l. cum quidam. §. si debitores. ff. hoc tit.* Reipub. si pecunia in opus legata sit, ab initio debentur vsuræ trientes post 6. menses debentur semisses, quamuis aliud more regionis obseruetur, *l. cum quidam. §. vlt. ff. h. iuncta l. 5. de apert. publ.*

Adiicit Iustinianus ita se vetare, vt supra constitutum modum vsuræ exigantur, nolle etiam quicquam in fraudem eius constitutionis fieri, in quo simpliciter duo genera fraudum excludit, *in versicul. Si quis autem. & versicul. existimo.* Vnum est, dum creditores nihil vsuræ nomine exigunt, sed de sorte aliquid detrahunt, sic tamen vt sortem velint integram deberi, veluti si dederit creditor centum mutua, quæ debitor se redditurum promisit, creditor autem detrahat duos aut tres aureos de sorte, vt nihilominus obligatio sortis integra maneat. Detrahit autem creditor honesto & specioso titulo, veluti propter siliquas aut sportulas, id est, in summa propter laborem mutuationis, seu pro honore & honorario. Alterum genus fraudum est, cum personæ, quæ minores vsuras accipere possunt, veluti intermediæ personæ, de quibus dixi, interponunt alias personas, quæ maiores vsuras stipulari possunt, vt mercatores. Horum vtrumque tam fieri vetat, quam modum supra constitutum aperte excedit.

Hactenus modus vsuris hac lege constitutus, si quid aduersus hæc fiat: deinde pœnam constituit *in eodem versicul. Si quis autem. & sequent.* Summa hæc est: Vt quicquid contra factum erit, pro infecto habeatur ex regula communi, *l. non dubium. sup. de legib.* Hinc autem hæc efficiuntur, quæ simpliciter hic sunt comprehensa. Primo, vt si quis maiores vsuras stipulatus sit, stipulatio non valeat, non tamen in totum, sed quatenus vsuræ illicitæ promissę sunt. *Hoc in versicul. Si quis autem.* Preterea vt si quid creditor de sorte detraxerit, vt supra dixi, id sortem eatenus minuat, vt nec debeatur, neque eius quantitatis vsura. Postremo vt si creditor alias personas apposuerit, per quas maiores vsuras consequitur, quam ipse consequi posset, si ex persona sua stipulatus esset, nihil amplius possit consequi, quam quantum ex persona sua consequeretur. Idem *in l. & qui sub imagine. infr. de distract. pignor. l. pupillus. §. penult. ff. de auct. tutor.*

Hęc pœna est hoc loco constituta. Alteram pœnam ex aliis locis adiicere debemus, nempe *ex l. improbum. sup. ex quib. caussis inf. irrog.* Qua lege cautum est, vt improbum fœnus exercentibus infamia irrogetur. Est autem improbum fœnus, quod contra leges exercetur. Preter modum hac lege constitutum est etiam alius quidam vsurarum modus, vt ne vsurę vsurarum exigantur, de quo *in l. vltim. hoc titul.* Aduersus quem si fiat, intelligere debemus easdem esse pœnas, quas modo dixi.

*Ad L. penult. Vsuræ.*

*Vsuræ minutim & per interuallum solutæ cum duplo compensantur, etiamsi non vniuersæ simul solutæ fuerint.*

SVMMARIA.

1 *Futurarum vsurarum nomine quid intelligi debeat.*

2 *Vsuræ an ad duplum exigi possint.*

LEx quę vetat vsuras supra modum exigi, ad futuras vsuras pertinet, non ad pręteritas, iuxta normam *l. leges & constitutiones. supr. de legib.* Sed futuras † vsuras intelligere debemus ex hoc loco non 1

tantum eas, quarum stipulatio contracta est post legem latam, sed etiam quarum obligatio contracta est ante legem, si modo post legem pensionum tempora cessarunt. Exempli gratia: Stipulatio vsurarum contracta est tribus annis ante legem, deinde lege lata perseuerauit eadem obligatio vsurarum, dicemus commissas & debitas ante vsuras exigi posse secundum modum legum præcedentium, pensiones autem sequentis temporis exigi non posse. Non obstat, quod earum obligatio ante contracta est: nam verbis cõtracta re nõ est contracta: Primo, quia contracta est sub conditione, conditio autem post legem exstitit, vt tũc primum intelligatur nata obligatio, *l.cedere. de verborum obligat.* Deinde, quia pluribus pensionibus menstruis in stipulatum deductis, intelliguntur singulorum mensium pensiones singulæ esse stipulationes, quæ singulis mensibus cedant, argumento *l.cum notißimi §.vlt.j.de præscript.30. vel 40.annorum.* Quod & attigimus *ad l.eos.in pr.* Hæc in initio huius legis.

Alterum caput est, quo confirmatur ius vetus in hanc sententiam, ne vsuræ duplum excedant, seu ne vltra duplum exigantur. Qui locus non tam pertinet ad vsurarum modum, id est, quantitatem, quam ad finem vsurarum obligationis, id est, ad eos modos, quibus vsura recte contracta postea deberi desinit. In hoc iure hæc dubitatio est, vtrum in hoc duplo
2 sors computari debeat, an vero † vsuræ ad duplum exigi possint, & præter duplum sors ipsa non desinat autem prius vsuræ nomine aliquid peti posse, quam duplum vsuræ ipsæ excesserint. Si sortem in hoc duplo computamus pro centum mutuo datis, non poterimus exigere nisi ducentos, centum sortis nomine, & centum vsurarum nomine, & cum ducentos excesserimus, desinent vsuræ deberi. Contra si in hoc duplo sortem non computamus, eueniet, vt centum mutuo datis liceat exigere ducentos vsurarum nomine, & præterea sortem integram. Vtrum ergo horum intelligimus?

Respondeo: Vt verba sunt huius loci, & præterea verba veterum, *in l.si non sortem. de cond. ind.* non poterit aliud dici, quam vsuras exigi posse vsque ad duplum sortis, ita vt in hoc duplo sors non computetur, sed separatim peti possint. Nam cum dicitur, vsuras exigi non posse vltra duplum, vt hic; aperte significatur, vsque ad duplum exigi posse. Item cum dicimus, vsuras vltra duplum in stipulatum deduci non posse, quæ verba sunt *l.si non sortem. §.1.* manifeste hic quoque significatur, vsuras vsque ad duplum deduci posse in stipulationem. Si vsuræ vsque ad duplum promitti & exigi possunt, consequens est, in eo duplo sortem computari non posse. Nam si sortem & vsuras separatim spectamus, & computamus sortem in hoc duplo, sors solum petetur vsque ad simplum, & rursum vsura vsque ad simplum sortis, neutrum igitur per se ad duplum exigetur. Quod si hæc coniungimus, vere quidem dicetur duplum exigi, sed falsum erit, vsuras ad duplum exigi, quoniam in hoc duplo exigetur partim sors, partim vsuræ, sors autem vsura non est. Præterea cum dicitur in furto, pœnam vsque ad duplum aut quadruplum exigi: Ideo intelligimus, in hoc duplo aut quadruplo non contineri simplum rei ablatæ, quia de re ablata specialis actio constituta est, vt diserte scribitur *in §. ex maleficiis. de act.* Ergo & cum dicitur vsuras ad duplum exigi posse, ideo in hoc duplo simplum sortis non continebitur, quia de sorte propria & maxime specialis actio est constituta.

Sed refragatur huic sententiæ *l. vsuræ.sup.* vbi scriptum est, vsuras supra simplum sortis non exigi, vt intelligamus, sorte & vsuris coniunctis non posse exigi nisi duplum, in quo sit sors, vt supra sortem vsuræ exigantur in aliud simplum. Res esset incerta, si ex his tantum locis decideretur: nunc autem quæstio hæc omnis sublata est constitutione Iustiniani Nouella 121. Qua lege sine ambiguitate scriptum est, si quis quingentos aureos mutuo dederit, & mille acceperit, id est, duplum, in quo duplo sit sors, nihil amplius deberi creditori, neque de sorte, neque de vsuris, post quam constitutionem melius ita dicturi sumus tollendæ omnis dubitationis caussa, vltra duplum sortis exigi nihil posse, vt scilicet non dicamus, sortem aut vsuras exigi non posse vltra duplum, sed exigi posse ita vt in duplo contineatur & sors & vsura. Intelligimus hic quoque, verissimam esse sententiam eorum, qui dicunt: Simulatque vsuræ æquarunt sortem, nihil amplius vsuræ nomine deberi, sed tantum sortem relinqui ad petitionem, si prius soluta non est.

*Ad L.vlt. Præsens.*

*Præsens constitutio declarat, vsuras particulatim solutas, duplum debitæ sortis non excedere. Verum excipitur id, quod positum est in CLX. Nouella de vsuris pecuniæ municipalis.*

SVMMARIVM.

1 *Vsuræ vsurarum in stipulationem deduci non possunt*

VETVS ius est, quod hic magis confirmatur: Vsuras † vsurarum in stipulationem deduci non posse, *l.si non sortem.§.1.ff.hoc tit.* Hæc constitutio duas rationes manifestas habet. Primo: Absurdum est, eandem rem & sortem esse & vsuras, quoniam sors est res principalis: vsura accessio. Natura autem non patitur, vt eadem res sit principalis caussa & accessio. At si vsuræ vsurarum recipiuntur, eueniet vt priores vsuræ sint & sors & vsura. Nam quatenus pro sorte præstantur, sunt vsuræ, quatenus autem pro iis præstatur vsura, sunt sors. Id cum natura non patiatur, secundum naturam constituitur, ne sint vsuræ vsurarum. Confirmatur hæc ratio hac sententia veterum, qui definierunt, nullum diuersarum personarum officio fungi posse *l.si plures. de pact. l.pen. de rec. arb. l.ille a quo. § pen. ad Trebell.* Quod de personis dicitur, idem & de re dicendum est, vt nulla res eadem possit diuersarum & contrariarum rerum officio fungi, quod futurum est, si eadem vsura sit vsura & sors. 1

Altera ratio non minus euidens est. Nam vsuræ si quid habent, id maximum est vt fructuum vicem & similitudinem obtineant, *l. vsuræ. ff. hic.* Natura autem fructus fructum non parit, neque potest, sed solum fundus fructu accepto. Est igitur absurdum, vt vsuræ fructum pariant, ne incipiat dici, plus tribui similitudini, quam veritati naturæ. Huius iuris eas rationes esse, quas dixi, apparet ex machinatione creditorum, quam aduersus superiorem legem excogitarunt. Machinatio hæc fuit: Quod prius stipulantur vsuras, ita vt redigerent in sortem nouam, deinde stipulantur vsuras. Huic fraudi occurritur hic, vt pariter vsuræ vsurarum non debeantur, siue vsuræ in suo statu manserint, vt prius, siue fraude creditorum redactæ sunt prius in sortem. Secundum verba legis licet harum vsurarum vsu-

vsuras stipulari, quoniam per leges licet stipulari vsuras sortis, hic autem sors est. Sed hic fraus agnoscitur, quod mutantur verba, sed res eadem manet. Nam stipulatio qua rediguntur vsuræ in sortem non facit, quo minus vsuræ fuerint, quæ reuera fuerint vsuræ. Proinde re eadem manente, ius manere debet, quoniam verbis mutatis sententia legis circumuenietur, id est, fit in fraudem legis, *l. 3. l. fraus, de legibus.* Quæcunque sunt in fraudem legis, tam sunt irrita, quam si essent aperte contra leges, *l. nõ dubium, supr. de legibus.*

## AD TITVLVM XXXIII. COD. De nautico fœnore.

### SVMMARIA.

1 *Nauticum fœnus quid.*
2 *Traiectitia pecunia singularia & propria, & nu. 3. & seqq.*
3 *Traiectitia pecunia quid, & vnde dicta.*
4 *Vsura nautica quæ.*
5 *Traiectitia pecuniæ quando non debeantur vsuræ nauticæ sed communes.*

1 NAuticum † fœnus est vsura nautica, quæ pro nautica pecunia recipitur. Est autem nautica eadem, quæ traiectitia, vt ex definitione traiectitiæ postea subiecta melius intelligetur. Ergo hoc titulo agitur de vsuris traiectitiis nauticæ pecuniæ. Agitur ita separato titulo, quia de vsuris huius pecuniæ propria quædam sunt, quæ cognosci oporteat, & propter quæ oporteat inquiri diligentius, quæ sit traie-
2 ctitia pecunia. Singularia † in specie duo sunt. Primũ: Quod traiectitia libera est ab obseruatione cõmunium vsurarum, vt est *in leg. 1. hic.* Id est, in traiectitia pecunia, maius omnibus licitis & communibus vsuris fœnus deberi potest, *l. 4. D. hoc tit.* Id olim excedere potuit multis partibus centesimam. Nunc redactum est ad centesimam, *l. eos, §. 1. versi. in traiectit. supr. titul. proxim.* Alterum est, quod etiam hæ vsuræ ex pacto debeantur, si quis pecuniã mutuam dederit nominatim ea lege, vt vsura nautica præstaretur, *l. 1 in fin. l. in quibusdam. D. hoc tit.*

His de caussis quæritur, quid sit traiectitia pecu-
3 nia? Respondeo: Traiectitia † pecunia, est pecunia mutua, quæ trans mare vehenda datur, periculo creditoris. Quæ trans mare vehitur & traiicitur, *leg. prima, in princip. D. hoc titul.* Periculo creditoris, *dict. leg prima, hic in fin.* Itaque traiectitia pecunia duas res proprias habet, quibus a ceteris pecuniis mutuis separatur, quarum vna si desit, mutuum ad modum communem vsurarum pertinet. Primum est, quod traiectitia pecunia trans mare vehenda datur. Atque hinc nomina huius pecuniæ & vsuræ pro ea pecunia debitæ. Nam quæ trans mare vehitur, eadem traiicitur, & traiicitur mari, & traiicitur nauibus, itemque operis nautarum. Hinc ergo a traiiciendo, dicta est traiectitia; a nauibus & nauigio, nautica, *l. 3. D. hic.* quam posteriorem appellationem vsura huius pecuniæ retinuit. Dicta est igitur vsura, quæ pro traiecta pecunia debetur, vsura
4 nautica, † seu fœnus nauticum, vt sunt inscriptiones horum titulorum in Pandect. & Cod. Vsura a mari dicta est maritima, *l. fœneratori, D. h.* Hinc intelligimus, si pecunia in aliquo portu mutuo data sit, ita vt ibi consumeretur ad merces emendas vel alias res, pecuniam traiectitiam non esse, eoque maius pro ea communibus vsuris fœnus non deberi. Hoc ita est, nisi ex ea pecunia merces emantur, & conuenerit, vt hæ merces veherentur trãs mare periculo creditoris, sic enim fiet pecunia traiectitia. *dict. leg. 1. D. hoc titul.*

Alterum proprium huius pecuniæ, quod vehitur pecunia periculo creditoris, hoc vere proprium huius pecuniæ est, excedit enim communis mutui terminos. Nam in mutuo pecunia fit accipientis, & ob hãc caussã si pecunia perierit, debitoris eiusdem domini periculum est, non autem creditoris, *§ is qui, Instit. quib mod. re cont. obl. l. vlt. hic l. incendium. supr. si cert. petat.* Proinde fit contra naturam mutui, si creditor in se periculum recipit. Huius conuentionis vis & potestas hæc est, vt si nauis amissa sit, & pecunia postquam peruenerit in locum trans mare destinatum, nulla sit petitio aduersus debitorem, neque de sorte, neque de vsuris, *d. l. fœneratori, vers. respondet. D. h. tit.* Quod tamen sic accipiendum est, nisi debitoris culpa huic amissioni caussam præbuerit. Culpa transfert periculum in debitorem, *leg. penult. hic.* vt accidit in omnibus cõtractibus, in quibus periculum debitor non præstat. Placet enim tunc eum præstare, cum culpa eius casum præcesserit, *leg. sic vt certo, §. quod vero. D. commod. dict. §. item is.* Hoc periculum est ea res quæ caussam præbuit superiori iuri de vsuris nauticis recepto.

Apparet enim hic graue periculum agi creditoris, priusquam nauis ad locum destinatum peruenerit, cum naue amissa, nõ solum amittat vsuras, sed etiam ipsam sortem. Idque propter naturam mutui æquissimum est, vt huius damni periculum maiori lucro pensaretur, quam in ceteris mutuis. Est enim hic excessus, veluti pretium & merces periculi, id est, quædam periculi pensatio, vt est *in l. 5. D. h.* Hæc pensatio maxime secundum naturam est, *l. secundum, de regul. iur.* Sed cum hæc pensatio nascatur ex periculo, quod creditor in traiectitia pecunia suscipit, apparet periculo detracto vsuras creditori deberi non posse, nisi communes & licitas. Quoties enim aliquid tribuitur propter certam caussam, ea caussa deficiente, iuris quoque beneficium deficit, *leg. in omnibus caussis id obseruatur, de regul. iur. leg. quod dictum, de pact.*

Duobus autem modis efficitur, vt periculum pecuniæ ad creditorem non pertineat. Vno si pecunia simpliciter mutuo data est, non autem vt esset nominatim periculo creditoris. Altero, si data sit, vt esset periculo creditoris, donec nauis in eum portum peruenisset, aut nisi aliquid factum esset. Nam postquam nauis ad portum peruenit, aut conditio exstitit, periculũ desinit esse creditoris, & vt Papinianus loquitur, discutitur periculum prius. Proinde placet † vtroq; modo euenire, vt traiectitiæ pecuniæ datæ, non debeantur vsuræ nauticæ, sed communes, *l. 4. D. h. l. 2. hoc tit.* 5

Notandum est hanc vsuram dici etiam pœnam *in l. pen. & vlt. D. h.* quia non permittitur hæc vsura, nisi sub conditione, si sua die sors non soluta erit, vt est exemplum huius pecuniæ, *in l. qui Romæ, §. Callimachus, de verb. obl.* Quicquid autem permittitur coercendi debitoris caussa, id est, sub conditione, si quid fecerit, vel non fecerit, pœna est. *§. vltim. Institut. de leg.* Sic vsura nominatur, *in leg. licita, si cert. petat.*

## AD TITVLVM XXXIV. COD.

### Depositi vel contra.

SVMMARIA.

1 *Huius tituli cum superioribus connexio.*
2 *Depositum ambigue accipitur.*
3 *Depositi definitio.*
4 *Dare cum simpliciter dicitur significat transferre dominium.*
5 *Depositum quid a mutuo, commodato, pignore distet.*
6 *Deponere an idem sit quod commendare.*
7 *Deponere & commendare quid differant.*
8 *Directa depositi actio cui detur & cui contraria.*
9 *Inscriptio huius tituli vnde nata.*
10 *Depositum an sit contractus. & nu. 1.*

DEpositum est contractus, *l. igitur, in prin. de pact.* Contractus est ex genere eorũ, ex quibus obligatio re nascitur, *§. præterea. Instit. quib. mod. re cont.* Hinc apparet nihil habere cõiuncti hunc tractatum 1 cum præcedente tituli proximi. Sed † si recto ordine traderetur coniungi debuisset cum titulis, si certum petatur, commod. pig. act. in quibus de mutuo agitur, de pignore, de contractibus eiusdem iuris, vt declaratur, *in Instit. quib. mod. re contra.* Sed dum res intelligatur, satis est, vtrum depositum sit cõtractus. Vtrum ex eo nascatur obligatio, quæ re contrahi dicitur, ex definitione intelligetur.

2 Depositum † verbum ambiguum est: nam & rem depositam significat, & contractum ipsum depositi. Rem, vt cum dicimus, depositum restitui debere, *l. qui depositum, infr. h.* Res deposita restituitur non contractus. Et hoc modo definitur ab Vlpiano, *in l. 1. in pr. D. hoc tit.* Sed figura nota. Ex re quę deponitur, negotium rei gestę intelligitur, id est, contractus, qui hac depositione interuenit. Vnde fit, vt contractus etiam depositum vocetur. *d. l. qui. in pr.* Sic ergo defi3 nitur † depositum *in l. 1. D. h.* quod custodiendum alicui datum est: adde gratis. Quod datum est: desiderat ergo depositum, dationem. Dare † cum sim4 pliciter dicitur significat transferre dominium, seu ita tradere vt dominiũ transferatur, *§. sic itaque, de act.* Sed ex adiuncto mutatur significatio, ex sententia scribentis, vbi dicimus dare ad aliquem vsum & finem, ex quo intelligitur, dominium non transferri, quod cum fit, dare idem valet quod tradere simpliciter, vt cum dicimus, *dare commodato, dare vtendum, dare precario.* In his omnibus intelligimus nihil aliud, nisi tradere vtendum, commodato, precario, quoniam ex his caussis proprietas non transfertur. Sic accipimus in hac definitione, cum dicimus, *Depositum esse quod datum est.*

Adiicitur autem custodiendum, vt intelligatur res dari, non dominii transferendi caussa, sed custodiendæ gratia, quod longe abest a dominii trãslatione. Interim in deposito rem tradi oportet, vt sit depositum. Proinde si conuenerit inter nos tantum, vt res aliquas meas custodires, non obligaris mihi, quia non est depositum, non enim quicquam tibi datum est. Extra autem depositum, est nuda conuentio, ex pacto nudo iure ciuili non nascitur obligatio, *leg. 1. qui, §. sed cum, de pact.* Hinc est quod dicitur depositum re fieri, seu in deposito obligatio re contrahi. Recte enim re, cum hic res tradita initiũ obligationi præbeat, non sola conuentio, vt dicitur de permutatione, *l. 1. de rer. permut.* Sed hæc traditio & interuentus rei, communis est deposito cum mutuo, cõmodato, pignore & similibus contractibus eiusdem generis, qui itidem & re fiunt.

Proprium † & depositi, quo depositum ab illis 5 distinguitur, quod depositum datur custodiendum, seu custodiæ gratia, mutuũ datur, sed vt dominium transeat in accipientem, quo is deinde re accepta vtatur. Commodatum datur, sed vtendi etiam caussa. Pignus datur rei possidendæ, atque etiam vendendæ caussa, si opus sit. Solum depositum, solam habet rei custodiam sine vlla vtilitate accipientis.

Nondum etiam satis ad distinguendum depositum a ceteris contractibus. Nam fieri potest, vt res aliqua deponatur, vel apud fullonem, vel apud nautam, cauponem, mercede constituta. Mercede interueniente depositum non est, sed locatio, *leg. 1. §. si instrumenta, & §. seq. D. hoc tit.* Addendum est igitur in definitione vt dixi: Gratis: sic erit confecta definitio, id est, proprium id quod in solum depositum concurrit.

Deponere † etiam veteres dixerunt commenda- 6 re, *l. Lucius, D. h. l. is penes, l. si is qui, infr. hic.* Vnde definitio *in l. commendare, de verb. sign.* Commendare nihil aliud est, quam deponere. Sed hic cautione opus est, nam definitio hæc, si generaliter accipitur, falsa est. Inter commendare & deponere tantum interest, quantum inter genus & speciem. Commen- 7 dare † genus est, commendati species depositum: Nam quisquis deponit, commẽdat, sed non quisquis commendat deponit, vt cum per literas filium alicubi studiorum caussa degentem pater commendat amico, aut cum quis abiens, commendat amico familiam suam & domum, is neque filium deponit, neq; familiam. Et denique nulla hic obligatio aut mandati aut depositi contrahitur, *l. si vero, §. vnus quidam. D. mandati.*

Quid est igitur, quod Papinianus dicit *in l. Lucius, D. h.* commendare nihil aliud esse, quam deponere? Respond. Recte hoc dicitur a Papiniano, sed in specie illic proposita. Eo loco species erat de eo, qui rem suam alii tradidit, & traditam ei commendauit, vtens commendandi verbo, non deponendi. Recte dicitur, rem traditam cõmendare, nihil aliud esse quam deponere. Reuera enim nihil aliud est cum ab eo apud quem deponimus, officium in re custodienda petimus. At simpliciter commendare non est idem quod deponere, & ideo Tribonianus, aut si qui sunt alii ex compositoribus Pandect. quod a Papiniano simpliciter recte dictũ erat in superiore specie, male ita ex eo responso subtraxerunt, vt inde generalem definitionem facerent. Meminerimus igitur definitionem, *l. commendare,* reuocandam esse ad suum locum, vnde translata est, & ita accipiendam, vt intelligamus commendare rem alii traditam, nihil aliud esse, quam deponere. Verbi definitio, id est, Etymologia etiam adiicitur ab Vlpiano, *in d. l. 1. in princ. D. deposit.* quæ per se patet. Dictũ enim est depositum quod ponitur, apud aliũ, & ita ponitur, vt totius rei custodia ei committatur, quod significatur præpositione de adiecta, hæc enim particula positum auget, inquit Vlpianus.

Ex hoc contractu obligationes mutuæ nascuntur inter dantem & accipientem. Nam qui accepit, obligatur deponenti, vt quod accepit restituat fide bona, cum asseruauit, *§. præterea. quibus mod. re cont.* Sed & contra is, qui deposuit, obligatur depositario, vt eum

vt eum indemnem præstet, id est, vt quicquid depositarius in rem depositã pro officio custodiæ impenderit, id illi præstetur, & damnum sarciatur, *l. ei qui, l. actione, D. h.* Ex iis obligationibus istarum rerũ obtinẽdarum gratia, quas præstari debere diximus, etiam mutuæ actiones inter dantem & accipientem proditæ sunt. Directa depositi, & contraria. Directa
8 deponenti † datur, cõtraria ei qui depositũ accepit. Hinc contrarium iudicium dari traditur *in l. si apud quem, D. h.* Ex quo intelligimus deponenti directam dari, quoniam contrarium iudicium directo, contraria actio directæ opponitur, *l. in rebus. §. vltim. de*
9 *commod. §. pen. Inst. de pœn. tem. litig.* Hinc † nata inscriptio huius tituli, depositi vel contra, vt & in titulo commodati infra. Itaque est hic sensus inscriptionis, de actione directa depositi, vel contra, id est, de ea quæ contra competit, id est, de contraria.

Hinc summatim intelligimus, & contractum de quo quæritur & vim huius contractus, & potestatem, id est, caussam & effectũ, de quibus hic agitur. Quibus positis, oritur hæc dubitatio: Postquã dicimus ex deposito nasci has actiones mutuas inter dãtem & accipientẽ, simul dicimus has actiones ex obligatione nasci, quoniã non sunt obligationes in personã, nisi aduersus eos q̃ sunt obligati. *§. 1. Inst. de act.* & quoniam ex deposito mutuã obligationem contrahi dicimus, eadem opera redimus ad id quod ini-
10 tio positum est, depositum † contractum esse, quoniam non nascitur obligatio, nisi ex contractu, aut quasi contractu, maleficio aut quasi. Depositum neque maleficiũ est neq; quasi, neq; quasi contractus, vbi sine consensu duorũ res geritur. Est igitur depositũ contractus atq; hæc ex contractu obligatio. Iam vero nullus est contractus nulla obligatio ex contractu sine conuentione, id est, nisi conuenerit de iis præstandis, ad quæ præstanda obligationem contractam dicimus, *l. 1. §. 1. vers. adeo, de pact.*

Vnde igitur in deposito intelligimus conuenisse, vt is qui depositum accepit, depositum redderet, & contra is qui dedit, depositarium indemnem præstaret. Nam de his rebus nihil conuenit, tantum enim res datur custodienda & statim deposita intelligetur, idemque est si tradita commendetur. Respondeo. Constare hoc nobis debet, non esse superiorum rerum obligationem ex cõtractu, nisi de iis præstandis conuenerit. Non conuenit aperte verbis, sed tacita cõuentio est de his rebus, dum in deposito dando agitur inter contrahentes, vt ille præstetur. Quicquid in contrahendo agitur, pro cauto habendum est, id est, tam valet, quam si verbis esset nominatim comprehensum, *l. 3. si cert. pet.* Intelligitur autem id agi ex fine depositi, qui finis vel exprimitur, vel verbo significatur. Finis hic est, quod res datur ad custodiendum, seu vt custodiatur ab eo qui accipit.

Ex hoc fine hæc perspicue intelliguntur, primo intelligimus eum qui depositũ dat, velle retinere in eo omnia, quæ prius habuit, quoniam in accipientem nihil transit præter onus custodiæ. Prius autem quam traderet, rem in potestate sua habuit, eam suo iure retinere, & absentem repetere potuit. Proinde cum solum dat ad custodiendam, etiam hoc retinere intelligitur, vt sibi repetere liceat quando videtur, pro eo iure quo prius habuit, & nunc etiam sibi retinere vult. Ex eodem verbo & fine intelligimus, eum qui accipit, spondere officium custodiæ & diligentiæ, vt rem custodiat gratis sine vlla mercede. Nomen officii ex naturali significationum captu & intelligentia significat id agi, vt officium accipienti damnosum non sit: Nulli enim officium suum debere esse damnosum, naturaliter omnes sentiunt & intelligunt, *leg. si seruus, §. quod vero, D. de furt.*

*Ad L. 1. Si incursu.*

Imperator Alexander A. Mesteno.

*Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter conuenit) præstare debuit, non pertinet. Quod si prætextu latrocinii commissi, vel alterius fortuiti casus, res, quæ in potestate heredis sũt, vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed & in rem vindicatio competit.*

SVMMARIA.

1 *Actio depositi cui videtur.*
2 *Aduersus quem detur.*
3 *Qua de re competat.*
4 *Depositarius fructus rei depositæ restituere tenetur: & si mora facta sit tenetur quoque ad vsuras.*
5 *An quoque eos restituere teneatur quos non percepit.*
6 *Actio depositi quamdiu duret.*
7 *Depositarius vtrum damnum, periculum, & dolum debeat præstare.*
8 *Dolus est machinatio consulto adhibita ad fraudandum, & nu. 16.*
9 *Depositarius an teneatur ob latam culpam.*
10 *Culpæ definitio.*
11 *Culpæ species duæ, lata & leuis.*
12 *Culpa latior, latissima, eadem quæ lata.*
13 *Latæ culpæ definitio.*
14 *Lata culpa ex quibus rebus æstimetur.*
15 *Lata culpa dolus sit necne.*
17 *Lata & magna culpa idem significant.*
18 *Lata culpa vnde dicta.*
19 *Lata culpa dolo comparatur.*
20 *Depositarius quomodo dolum & latam culpam præstet.*
21 *Depositarius an leuem quoque culpam præstet.*
22 *Depositi proprium quod.*
23 *Conuentio in omnibus contractibus seruanda.*
24 *Contractus a conuentione legem accipiunt.*
25 *Debitor & accipiens in omnibus contractibus in quibus eorum vtilitas versatur, debent præstare culpam non latam tantum sed & leuem.*
26 *Depositarius an de casu fortuito teneatur.*
27 *Heredes depositarii an non aliter teneantur quam si rem depositam vel habeant vel dolo malo desierint possidere.*
28 *De casu fortuito si dubitatur vtrum heredi an deponenti onus probandi incumbat.*
29 *Heredes si rem depositã in potestate habeant aut dolo amittant, si rem aut rei æstimatione non restituant, qua actione teneantur.*

Hoc rescriptum postulat, vt natura actionis depositi directæ explicetur, sine qua neque præcipua quæstio rescripti, neq; singulæ partes cõmode intelligi possunt. Natura actionis in his rebus versatur, vt cognoscamus, cui detur, aduersus quos, qua de re, & ad quid, tum quãdiu. Datur actio depositi, † quo verbo per excellentiam actio directa significatur, ei qui 1

deposuit, si statim reposcenti res non redditur, *l. pen. in prin. infr.* Hinc & heredibus competit, *l. 1. §. hac a-*
2 *ctio. D. eod.* quia actio in personam est. Datur † ad-
uersus eum, qui deponenti obligatur, *§. 1. Inst. de act. l. actionum. de oblig. & actio.* Proinde aduersus eum, qui depositum accepit, heredemque eius, non etiam aduersus alios, quod significatur hoc rescripto, sed apertius comprehensum est *in l. si is qui, infr. hoc tit.*
3 Competere † hanc actionem de re deposita, vt ea res restituatur, scriptum est *in §. præterea, Instit. quib. mod. re contr. & hic.* Sed plenius ita definiendū: Competere hanc actionem de eo, quod ex caussa depositi ad depositarium peruenit. Constat maxime ad eum peruenisse rem depositā, id est, id, de quo eum præcipue teneri dicimus. Sed hoc amplius dicimus, si quid depositarius per caussam & occasionem rei depositæ nactus fuerit, teneri deponenti, vt id reddat, veluti si heres depositarii rem depositā, putans esse hereditariam, vēdiderit, debebit restituere pretium, quod percepit, & si nihil tum percepit, debebit saltem actionem præstare deponenti, *l. 1. §. vlt, cum seq.*
4 *D. hoc tit.* Multo † ergo magis depositarius debebit restituere fructus ex re deposita perceptos, veluti si iumentum apud eum depositum peperit, etiam restituere debebit fœtum, si gallinæ depositæ pariant oua, etiam oua debebit restituere. Interdum etiam depositarius de iis rebus, quæ ad eum non peruenerunt, tenetur, & mora facta tenetur nō solum ad rem depositam, sed etiam ad pecuniæ depositæ vsuras, *l. 2.*
5 *3. 4. infr.* Multo magis † fructuum nomine, quos non percipit, si modo eos ex re deposita percipere potuerit, *l. mora §. in bon. fid. de vsur.* Præterea etiam tenetur ex edicto in duplum is, apud quem res aliqua deposita est, tumultus, incēdii, ruinæ, naufragii caussa, *l. 1. §. 1. D. hoc tit.*
6 Tenetur † hac actione depositarius perpetuo, quamdiu res deposita apud eum exsistat. Quod si res amissa sit, aut apud eum deterior facta. quæritur v-
7 trum hoc damnū & periculum depositarius † præstare debeat, vt non minus teneatur, quam si res integra exstaret? Ex ceteris contractibus, in quibus aut solius accipientis vtilitas versatur, vt in commodato, aut vtriusque & dantis & accipientis, vt in locatione, emtione societate, debitor nō solum ob suum dolum tenetur re amissa, aut deteriore facta, sed etiam ob culpam leuem. At quoniam in deposito nulla vtilitas versatur depositarii, sed solius dantis, idcircò placuit, non longius depositario obesse debere suum officium, quam vt dolum præstet, & huic proximam latam culpam, *l. si vt certo, §. nunc videndum, D. commodati.* Quod & de deposito hic traditur, *& l. 1. §. vlt. l. quod Nerua, D. hoc tit.* Ergo depositarius ob dolum suū tenetur. Dolus depositarii est, si sciens rem depositam, de industria aliquid fecit, quo res a-
8 mitteretur aut deterior fieret. Nam dolus † est machinatio consulto adhibita ad fruendum, *leg. 1. de dol.* Exempla sunt hæc: Si depositarius equū depositum occiderit, si ornamenta deposita corruperit, si rem depositam vendiderit, aut donarit, si feram caueæ inclusam emiserit e cauea.
9 Non † minus idem tenetur ob latā culpam. Cul-
10 pa est † quicquid factum, omissumue est, propter quod damnum incidit res amissa, aut deterior facta est, de quo plura constituimus dicere, *ad l. procuratore, infr. mandat.* Lata culpa adiicitur, vt apparet, discriminis caussa, quoniam est etiam culpa, quæ lata non est, & res ita habet. Duplex enim culpa nominatur a iuris auctoribus, quæ modo in dolū non cadat. Nempe, lata & leuis, *l. quicquid, infr. arb. tut. l. mulier. §. sed enim, ad Trebell.* neque plures † sunt culpæ species. 11
Nam quod a vulgaribus interpretibus quædam dicitur lata, quædam latior, quædā latissima, inauditum est iuris auctoribus, & re falsum, quoniam latæ culpæ vna definitio est, vt ex subiecta a nobis definitione patebit. Nec ad rem pertinet, quod lata culpa dicitur a Celso, culpa latior, *in l. quod Nerua, deposit.* Nam culpa † latior eadē est, quæ lata. Dicitur enim latior 12
per comparationem leuis culpæ, vt intelligatur culpa latior, quam vt contineatur communi culpa, quia etiam scimus interdum comparatiua minuere rem, ex vsu Latine loquētium, non autem augere, vt in illo Virg. 1. Æneid. *Tristior & lacrymas,* vbi intelligitur non tristior quam tristis, sed paulo tristior quam antea, seu subtristis.
Lata † culpa dicitur quę est magna, quasi dicat, quę 13
latius pateat, & sit amplior quam communis & leuis culpa, *l. magna, de verb. sign.* vbi quæ lata culpa aliis in locis dicitur, appellatur magna negligentia, & culpa magna. Æstimatur † autem lata culpa duabus ex re- 14
bus, quæ definitionem huius culpæ continent. Aut enim æstimatur ex captu hominum communi, aut ex captu & soluta diligentia eius, de cuius culpa quęritur. Ex captu hominum communi, culpa lata intelligitur, cum quis peccauit, & facto suo damnum dedit, dum non putat id euenturum, quod omnes homines euenturum intelligunt, pro captu hominum non dementium communi. Hoc est quod dicitur *in l. lata, de verb. sign.* latæ culpæ finem esse non intelligere, quod omnes homines intelligunt. Finis, id est, finitio, seu definitio, ac velut nota, qua lata culpa designetur, cum quis in eo damno, quod eius culpa datum est, obtendit ignorātiam eius rei, quam omnes homines intelligunt. Huius rei exempla sunt *in l. in lege, ad L. Cornel. de sicar.* si quis aliquid deiecerit ex alto, & imprudēs prætereuntem occiderit: si putator arboris ramum deiecerit in eum locum, qua vulgo aut priuatim iter fieri solet, & ex eo ictu prætereuntem interfecerit. Hic dolus non est, nam nihil factum est consulto & de industria, vt homo interficeretur, sed lata culpa est, quia si ex ea deiectione non intellexit euenire posse, vt aliquem interficiat, dicit se non intelligere id, quod omnes homines intelligunt euenire posse, & in quo sciunt præsens esse periculum.
Hac de caussa tenebitur depositarius ob latā culpam huiusmodi, si proponas eum non cernentem deiecisse tegulas vel trabē ex superiore loco ædium in eum locum, vbi animalia deposita continebantur. Nam si putauit animalia vitatura esse ictū & casum, pro sua prudentia id putauit, non vero ex sensu cōmuni putauit, & ignorauit id euenturū, quod omnes intelligunt. Eiusdem generis culpa est, si proponatur eum reliquisse ostium stabuli apertum, & animalia non bene ligata dederunt se in libertatem. Debuit enim intelligere euenturum esse stabulo aperto, & si non intellexit, id ignorauit, quod omnes homines intelligunt. Hoc modo qui peccat, lata culpa peccat, eamque præstabit, etiamsi proponebatur in suis rebus id facere aut fecisse, *argum. in l. si constante, §. si maritus. sol. matrim.* Deinde quoduis factum huius generis, pertinet ad definitionem, *l. lata culpa, de verb. signific.*

Ex ca-

Ex captu priuato & soluta diligenta eius, de cuius culpa quæritur, lata culpa esse intelligitur, si quis diligentior quam ceteri in rebus suis custodiendis non adhibeat in re deposita eandem diligentiam, quam in suis præstat, *l. quod Nerua. depos. l. mulier.* §. *sed enim ad Trebell.* Exempli caussa: Cum nuntiaretur, hostes esse in vicinia, aliquis qui res depositas in villa habebat, habuit villam diligenter occlusam, sed tamen hostes incurrentes ingressi sunt, & res depositas abstulerunt. Si putauit depositarius villā ita esse clausam, vt non facile hostes ingrederentur, id putauit, quod plerique homines putant, sed tamen hoc damnum potest contingere lata eius culpa, quod ita intelligetur, si spectemus quomodo se gesserit, in rebus suis. Nam si pariter illic res suas habuit, easque reliquit, aut ibi etiam mansit, non est lata culpa, sed leuis, nempe culpa hominis negligentis, & qui eodem modo negligens esset in rebus suis. Sed si propter metum eius periculi abstulit res suas, & alio transtulit, res autem depositas in villa reliquit, cum haberet satis spatii ad eas quoque transferendas, dicemus eum lata culpa peccasse, & ita damnum præstaturum, quia non pro suo captu diligens fuerit in rebus alienis, *d. l. quod Nerua, D. h.*

15 Ex his apparet † latam culpam reuera dolū non esse: Nam ita vsus est iuris auctorum, vt vbique lata culpa distinguatur a dolo, vt & a leui culpa, *dict. leg. quicquid, infr. arbitr. tut. & dict. l. mulier,* §. *sed enim, ad Trebellian.* Itē & ab iis hæc culpa dicitur doli proxima, vt *in l. cum res.* §. *penul. D. de legat.* 1. *dict. leg. mulier,* §. *sed enim.* Præterea idem declarant definitiones
16 superiores. Nam † dolus est consulto aliquid facere, & de industria, vt res pereat, & deterior fiat, *d. l. 1. de dol.* At in vtraque specie latæ culpæ, quam supra exposuimus, fieri potest, vt qui peccauit, nihil fecerit de industria aut consulto, vt qui deiecit aliquid in virum, qui negligenter ostium operuit, & opertum habuit, & quæ sunt generis eiusdem. Et tamen quibusdam locis legimus latam culpam dolum esse, vt *in l. magna, de verbor. signific.* ita scriptum est: Magna negligentia culpa est, magna autem culpa, dolus est: Ergo magna negligentia etiam dolus est. Argumentum ductum est a genere ad speciem, vt cum generi aliquid in commune tributum sit, etiam speciei tribuatur. Culpa genus est, continens tam eam, quæ in faciendo est, quam quæ in negligendo. De hoc genere hæc definitio est, *Magnā culpā dolum esse.* Vnde intelligitur eandem definitionem pertinere ad speciem magnæ culpæ, id est, ad magnam negligentiam. Interim hoc relinquitur ex eo loco, magnā culpam
17 dolum esse. Nihil autem † est magna culpa, nisi lata.
18 Dicta † enim est lata, quæ late patet, id est, magna est. Item *in l. quod Nerua,* is qui non adhibuit in re deposita consuetā in suis diligentiā, dicitur dolo non carere, quod nihil aliud est, quā eum dolum admittere.

Quomodo igitur hæc cum prioribus cōueniunt? Respondeo: Reuera lata culpa dolus non est. Distinguūtur enim hæc definitionibus, id est, reipsa & substantia sua. Quod autem dicitur lata culpa dolus esse, ideo dicitur, quia interpretatione iuris & effectu lata culpa dolus est, quoniam iure pro dolo habetur, iure effectum doli patitur. Et quod dicitur *in l. quod Nerua, D. hoc tit.* qui lata culpa peccat, dolo non carere, sic accipiendum est, non vt certitudine definitionis, & re ita se res habeat, sed quia ita se habeat violenta præsumtione, quæ iure pro explorata habetur. Et ius ita est, vt semper lata culpa pro dolo habeatur. Hinc illud constanter traditū est a veteribus, latam † culpā dolo comparari, *l. 1.* §. *si mens. fals. mod. 19 dix. l. quæsitum.* §. *cum quo deinde procurator, l. 1.* §. *non autem. D. si is, qui test. lib. instit. l. quod Nerua. D. h.* Quę sententia hanc significationem habuit, vt quotiescunq; lege placet aliquem teneri ob dolum, quamuis culpæ latæ mentio adiecta non sit in lege, tamen verbo doli etiam lata culpa intelligi debeat, iisdemq; regulis & legibus lata culpa contineatur, quibus dolus, vt ex ipsis locis supra scriptis patet.

Et hoc perpetuū est, nisi ex verbis legis, appareat 20 legem quæ dolū exigit, nominatim exigere factum, quod fiat consulto & de industria. Hinc est quod placuit *in l. Cornel. de sicar.* latam culpam pro dolo non haberi *l. in lege. ad leg. Cor. de sicar.* Quod sumtum est ex verbis manifestis legis, quoniam lex eum coercet, non qui dolum adhibuit in homine occidendo, sed qui dolo malo hominem occidit, vel dolo malo cum gladio ambularit hominis occidendi caussa, *l. 2. D. eod.* Hic verba occidendi & ambulādi, aperte factum occidentis & ambulantis exigunt, & vna cum facto dolum eius, idq; est quod Paulus ait, *in d. l. in lege, id est, in leg. Cornel.* dolum pro facto accipi.

Intelligimus ex his, quid sit, quod dicitur, depositarium ob dolum & latam culpam teneri: seu depositarium in re deposita dolum & latam culpam suam præstare. Sic autem hæc præstat depositarius, vt placeat eum nihil præstare amplius. Itaque non solum, si res deposita perierit casu fortuito, sed etiam si pereat culpa eius, dūmodo leui, id est, ea, quæ in dolum & latam culpam non cadat, eum amplius non teneri, *l. si vt certo,* §. *nunc videndum. D. commodati.* §. *praterea. Instit. quib. mod. re.* Hoc tamen † posterius non 21 est perpetuum, sed interdum & leuem culpam depositarius præstat. Quod tamen intelligendum est, nunquā accidere ex natura depositi, sed ita demum, si quid extra depositum interuenerit, quod eum periculo leuis culpæ alligaret.

Proprium † depositi est, vt res simpliciter deponatur, 22 vt in deposito depositarius suscipiat officium & operam custodiæ, nō sua caussa, sed deponentis: alioqui officium nō esset. Hinc ergo accidit, vt interdum depositarius in deposito culpam leuem præstet, cum extra hos fines depositum progressum erit. Præstat igitur, si conuenerit nominatim, vt culpam præstaret, *l. 1.* §. *cum conuenit,* §. *sæpe, D. eod.* Conuentio † in 23 omnibus contractib. seruanda est ex edicto pretoris, sed in bonæ fidei iudiciis semper seruanda, si in continenti adiecta est, *l. iur. gent.* §. *quinquennio, D. de pact.* Inde dictum a veteribus: Contractus † a conuentione 24 legem accipere, *d. l. 1.* §. *si conuenit, D. eod. l. contractus, de reg. iur.* Legem, id est, modum & temperamentum. Idem iuris est, si depositarius deposito se obtulit, *l. 1.* §. *sæpe, D. eod.* Hoc ideo, quia qui se deposito offert, is de sua diligentia polliceri intelligitur, vt in ea obligatione tacite insit conuentio de diligentia præstāda. Hic dicitur se offerre deposito, qui cum dominus in animo non haberet rem deponere, vltro ei dixit, *ne labora, committe mihi illam rem, & apud me depone, eam recte asseruabo.* Idem facere videtur is, qui cum dominus apud alium depositurus esset, vltro interuenerit, & petierit a domino, vt potius apud se deponeret.

Idem dicendum est si in deposito interueniat aliqua vtilitas depositarii, & ideo, si merces deposito

cōſtituitur,etiam culpam præſtabit in re depoſita, *d. l. ſi vt certo,§.nunc vidend.D.commod.* Item ſi pecunia apud aliquem depoſita ſit,vt ipſe cum videretur,vteretur ea pecunia,*l. ſi quis cum, 4. ſi cert.pet.* Hæc exceptio nata eſt ex ea regula veterum, qua placet in o-
25 mnibus contractibus,in quibus † etiam debitoris & accipientis vtilitas verſatur, debitorem & accipientem debere præſtare,non tantum dolum & latā culpam,ſed etiam culpam leuem,*dict.l.ſi vt certo.§.nunc vidend.l.cōtract.de reg.iur.* Adiicit Accurſius in gl. huius l. etiam hanc exceptionem in depoſito, ſi culpa
26 depoſitarii † caſum præceſſerit, quod cum fit, vult depoſitariū etiam ob caſum fortuitum teneri. Hoc verum nō eſt: Id enim recte dicitur in commodato, in quo cōmodatarius etiam culpam præſtat, *leg. ſi vt certo,§.quod vero,D.commod.§.item is,Inſti.quib.mod.re.* Ad depoſitum nō pertinet, vbi depoſitarius culpam nō præſtat,ſed ſolū dolum, & culpam dolo proximam, vt ſupra dixi tradi *in l.1.§.vbi D.h.* Nihil ad rem pertinet pro hac ſententia *l. ſi in Aſia,§.vlt. infr. eod.* vbi traditur poſt iudicium acceptum, depoſitarium omnem caſum præſtare.Id non eo fit, quia depoſitarius iudicium accipiendo culpam committat, ſed quia dolo malo rem non reſtituat.Is autē non reſtituit dolo malo, qui ſciens depoſitum a ſe repoſci non reddit deponenti, etiamſi extra iudicium interpellatus non reddat,*l.1.§.eſt etiam,l.ſi quis inficiatus,in prin.D.eod.* Extra has cauſſas vere dicitur depoſitarium non teneri rei depoſitæ nomine, niſi aut rem poſſideat,aut dolo malo deſierit poſſidere,vel quod idem eſt, lata culpa. Vnde adiicitur in fine reſcripti, *Idem ius in heredibus ſeruandum eſſe.* Ob hanc cauſſam heredē depoſitarii,qui interfectus a latronibus proponebatur,ita demum teneri,ſi res depoſitas in poteſtate habeat,vel dolo malo deſierit poſſidere.

Ex iis verbis eruuntur duæ dubitationes. Primo,
27 quæritur † an non aliter teneantur heredes depoſitarii,quam ſi rem depoſitā,vel habeant,vel dolo malo deſierint habere? Et certum eſt etiam extra hos caſus teneri poſſe heredē, tenetur enim etſi defunctus dolo malo deſierit rem depoſitā poſſidere aut lata culpa, *l ſi heredem, §.1. D.h.* Cur ergo hic dicitur heres teneri hac conditione ſi rem in poteſtate habeat, aut dolo poſſidere deſierit? Reſpondeo, quia id recte dicitur in hypotheſi propoſita. Proponebantur enim heredes eius defuncti, qui a prædonibus interfectus erat, ereptis ornamentis depoſitis, vnde conſtabat defunctum nihil in propoſito, vel dolo vel lata culpa peccaſſe. Ex quo conſequens eſt,ſi eius depoſiti nomine teneantur heredes, non poſſe teneri, niſi ex perſona ſua, quod ita fit, ſi vel poſſideant ipſi, vel deſierint poſſidere.

28 Altera † dubitatio eſt ex iiſdem verbis. Cum in ſpecie hic propoſita heredes dicant, ornamenta depoſita periiſſe latrocinio vel alio caſu fortuito, contra is qui depoſuit, dicat res depoſitas adhuc exſtare apud heredem,aut heredem dolo feciſſe,quo minus poſſideret. Vtri parti in hac controuerſia incumbat onus probandi,vtrum heredi, vt probet caſum fortuitum,an vero deponenti, vt probet rem depoſitam ad huc exſtare, aut dolo amiſſam eſſe? Et vt ſunt verba huius conſtitutionis quam dixi,apparet deponentem probare debere. Nam dicitur ei competere actionem hac conditione,ſi res depoſita ſit in poteſtate heredis, & ideo non procedit deponentis actio, niſi hoc ipſum intercedat. Hæc enim eſt cauſa eius actionis. Quod ſi intendit, ſecundum reg.iur. probare debet. I. Quia dicit, *l.2.de probat.* Deinde quia actor probare debet intentionem ſuam, *l.1.l.actor.ſupr.de probat.* Cui conſequēs eſt,heredem non cogi probare caſum fortuitum,nam ſi cogeretur ſuperuacuum eſſet, deponentē dicere,res adhuc apud heredem exſtare, nec quicquam de ea re probare cogeretur.

Sed huic ſententiæ contrarii ſunt innumeri loci, in quibus cōſtanter traditur, eum qui caſum allegat, caſum probare debere,*vt l.ſi creditor.ſupr.de pign.act. l.ſi quis domum, 9.§.Imperator, D.locati, l.ſicut ſupr. de fid.inſtrum. l.teſtium,in fin.ſupr.de teſtib.* Reſpondeo: Eſt hęc ſententia vera & perpetua, vnumquemque qui dicit rem caſu fortuito amiſſam eſſe, eū caſum probare debere, idque conſentaneum eſſe regulis iuris, docuimus *ad d.l.ſi creditor.ſupr.de pign.actio.* Non mutatur hæc ſententia hoc reſcripto, ſed confirmatur,& ſimul vtilis definitio traditur ad quęſtiones omnes ſimiles decidendas. Heres in ſpecie huius reſcripti,qui caſu fortuito dicebat ornamenta depoſita amiſſa eſſe,etiam hunc caſum probare debuit, ſed ſatis probat hoc ipſo, quod probabat defunctum eum,apud quem ornamenta erant depoſita: vel domi ſuæ, vbi erant ornamenta, vel foris cum eſſet cum ornamentis, interfectum eſſe, idque probat quia de eo conſtabat inter deponentem & heredem defuncti. Huius cędis probatio etiam idoneam probationem & præſumtionem rerum depoſitarum ablatarum habet. Nam prædones veriſimile eſt,qui vitam depoſitario ademerunt,multo magis alias res ademiſſe. Etſi hæc probatio non eſt neceſſaria,tamen maximam præſumtionem veri habet,quę ſi nihil aliud præſtat, certe onus probandi in aduerſarium confert, vt eſt natura præſumtionum verarum,*l. cum de indebito,de probat.* Et ob hanc cauſam, tamdiu heredi caſum fortuitū alleganti, in hac ſpecie creditur, donec is qui depoſuit, probet res depoſitas non periiſſe eo caſu, ſed adhuc exſtare apud heredem,aut heredem dolo malo amiſiſſe. Notandus eſt igitur hic locus,ex quo colligitur, ſi apud aliquem domi res ſint depoſitæ,ſi alicui commodatæ, vel ex aliis contractibus ſint apud aliquem debitorum, in quibus contractibus debitor non teneatur, ſi res caſu fortuito perierint, debitorē quidem caſum probare debere & debitoris heredes,ſed ad caſus fortuiti probationem ſufficere, ſi probetur prædones ac hoſtes inuaſiſſe ædes,& diripuiſſe,etiamſi ſpecialiter probari non poſſit,illos abſtuliſſe res eas de quibus nunc quæritur.

Quid ergo † ſi heredes dum rem depoſitā in po- 29
teſtate habebunt, aut dolo amiſerint, rem non reſtituant,aut rei depoſitæ æſtimationem? Hic adiicitur in reſcripto tribus actionibus eum teneri. I. Eſt depoſiti, quæ eſt in perſonas,ex contractu videlicet, vt in diſceptationem vocemus. II. Eſt rei vindicatio, quæ deponenti datur, ſi dominus eſt, *l. in rem, de rei vindic. l. actionum, de obl. & act.* III. Ad exhibendum. Hæc ideo competit,quia maxima ex parte comparata eſt ad futuras vindicationes,*l.3.§.eſt autem,ad exhib.* IIII. Adiicere oportet, ea eſt condictio furtiua, *l.ſi quis inficiatus,§.1.D.eod.* Nam qui dolo poſſidet, qui dolo contrectat rem depoſitam, is furtum facit, *l.3.infr.* Fur non tantum pœnæ nomine furti tenetur actione, ſed etiam de re furtiua,quo pluribus actionibus teneatur,*§.vlt.Inſtitut.de oblig.quæ ex del.§.ſi neque,*

*neque, de act.* Vtrum depositi, an rei vindicatione cõtrahat, hoc iuris est, quod actio depositi omnib. qui rem deposuerunt competit, etiamsi domini nõ sunt, item etiamsi prędones fuerint, *l. 1. §. si prædo. D. eo.* Rei autem vindicatio non nisi domino competit. Sed tamen interdum etiam rei vindicatione vti vtilius est, quia facile quis probare potest interdũ se dominum esse, & eum qui conuenitur possidere rem, de qua hic agitur, aut dolo malo desiisse possidere. Depositum autem non item facile sæpe probatur. Itaque in his actionibus erit prudentiæ deponentis, existimare, quid maxime ipsi conducat.

### *Ad L. 2. Vsuræ.*

### Imperator Gordianus A Celso.

*Vsuræ in depositi actione, sicut in ceteris bonæ fidei iudicijs, ex mora venire solent.*

### SVMMARIA.

1 *Vsuræ an in deposito veniant.*
*Depositum est contractus bonæ fidei.*
2 *Depositarius quibus modis morã in deposito faciat.*
3 *Vsuræ in deposito ex mora præstandæ sunt.*
4 *Vsuræ in speciem aliam non cadunt, nisi in pecuniam numeratam.*
5 *Depositarius re deposita amissa, tenetur ad æstimationem rei.*

1 PRæter † rem depositam, etiam vsuræ in deposito extrinsecus accedunt. Nam depositum est contractus bonæ fidei, *§. actionum, de actionibus*, in bonæ fidei autem contractibus vsuræ veniũt sine alia conuentione, *l. in bon. supr. de vsur.* Sed non statim vsuræ hoc iudicio debentur, verum pro ratione, quæ seruatur in omnibus huius generis cõtractibus ex mora, vt hic traditur. Qua de re dixi satis, *ad d. l. bonæ fid. supr. de vsur.*
2 Depositarius † in deposito duob. modis moram facit, vno modo si interpellatus depositum nõ reddat, *l. mora, de vsur.* Altero modo, si pecuniam depositam in vsus suos cõuertat. Hinc totidem modis accidit, vt ex caussa depositi, depositarius vsuras debere incipiat. De priore modo non dubitatur, de eo autem, qui pecuniam in vsus suos conuertit, subiicitur *in l. 3. & 4. seqq.* Quamobrẽ & illi loci ad hanc regulam referri debent.
3 Hic generaliter dicitur vsuras † in deposito ex mora præstari debere, neq; distinguitur, quæ res depositę sint. Sed ex natura vsurarũ hoc sic accipiendũ est, vt vsuræ debeantur ex mora, dummodo earũ rerum
4 depositarũ, in quas vsuræ cadant. Cadit † aũt solum vsura in pecuniam numeratam. In speciem certam aliam nõ cadit. *l. 3. §. vlt. de vsur.* Et ideo intelligere debemus vsuras deberi ex mora, si aut pecunia deposita erit, vt dicitur *in l. 4.* ꝭ. aut deposita quidẽ alia species certa, sed quæ dolo malo aut culpa depositarii
5 perierit. Nã † cũ re ita amissa teneatur depositarius, *l. 1. supr.* nõ potest aliud iam debere quam æstimationem rei amissæ, *l. in re furtiua, de cond furt.* Ea æstimatio in pecunia consistit, proinde eius pecuniæ vsuræ ex mora deberi incipiũt. Dicitur etiam hic simpliciter vsuras deberi, neq; adiicitur, quæ vsuræ debeãtur. Id sic interpretandum est, vt hic debeãtur vsuræ, quæ in ea regione frequententur, vbi agitur, dummodo legem non offendant, *l. 1. in pr. de vsur.* id est, dum non excedant modum lege constitutum, qui modus est præstitutus, *in l. eos, §. 1. supr. de vsur.*

### *Ad L. 3. Si depositi.*

### Imper. Gordian. A. Austero.

*Si depositi experiaris, non immerito etiam vsuras tibi restitui flagitabis: cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium. Siquidem qui rem depositam inuito domino sciens prudensque in vsus suos conuerterit, etiam furti delicto succedit.*

### SVMMARIA.

1 *Pecuniã depositam in vsus suos conuertens, de eadẽ vsuras pstare tenetur, & an furti actione is teneatur.*
2 *Pœna furti non manifesti.*

QVi pecuniã † apud se depositam in vsus suos cõuertit, eiusdem vsuras pecuniæ depositæ præstare debet, vt hic traditur, *& in l. seq. in pr.* neq; alia mora depositari desideratur. Non obstat, ꝙ dicitur, *in l. 2. ꝭ.* & similib. locis, in bonæ fidei iudiciis sine cõuentione vsuras non deberi, nisi ex mora. Nam & is, qui pecuniam in vsus suos conuertit, hoc ipso moram facit, vt non sit necessaria alia mora. Qui enim pecuniam conuertit in vsus suos, is pecuniæ furtũ facit, rẽ alienam contrectando inuito domino, vt est furti definitio *in l. 1. in fi. D. de furt.* Fur ex ipso tempore delicti in mora est, & perpetuo morã facere intelligitur, *l. in re furtiua, §. 1. l. vlt. de cond furt.* Et hoc est, quod in hoc rescripto dicitur: *Eum depositarium, qui pecunia deposita vsus est, non debere queri, si præter pecuniã vsuræ ab eo exigantur. Potius enim ipsum sibi debere gratulari, ꝙ vsuræ petuntur. Non aũt furti aduersus eum agitur cum furti agi possit.* Nã vsuræ multo minores sunt duplo. At si furti ageretur † duplum exigi potuit, hæc enim est furti nec manifesti pœna. *§. pœna, Insti. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Non distinguitur *in l. 4. in pr. ꝭ.* quæ pecunia deposita sit, vtrum obsignata, an vero non obsignata. Proinde & si quis pecunia non obsignatã deposita vsus fuerit, nihilominus vsuras præstabit, & merito, quia eodem modo rem alienam contrectat inuito domino, ex qua contrectatione furtum facit, & propter furtũ morã, ex mora vsurarum præstatio est. Plane quod dicitur, depositarium pecunia deposita vtentem furtum facere, & vsuras exinde incipere debere, sic accipiẽdum est, *si inuito domino pecuniam contrectet*, vt significatur hoc loco. Quod si domini voluntate & permissu secus erit, quoniã volente domino furtum non facit, eoq; nec moram, ac proinde ex regula horum iudiciorum non potest debere vsuras, qui in mora non fuit. Duob. autẽ modis accidit, vt depositarius pecunia deposita vtatur permissu domini, vno si pecunia apud eum deposita sit ea lege, vt tantundem redderet. Altero si dominus aperte permisit depositario pecunia deposita vti. Vnde placuit iis casibus depositarium pecunia deposita vtentem vsuras non debere, nisi postea interpellatus moram fecerit, *l. die. §. vlt. l. si sacculum in pr. §. 1. D. hoc tit.*

### *Ad L. 4. Si deposita.*

### Imper. Gordianus A. Timocrati.

*Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, vsus est: nõ dubium est, etiam vsuras debere præstare. Sed si cum depositi actione expertus es, tantũmodo sortis facta condemnatio est: vltra non potes propter vsuras experiri. Non enim duæ sunt actiones, alia sortis alia vsurarũ, sed vna ex qua cõdemnatione facta, iterata actio rei iudicatæ exceptione repellitur.*

### SVMMARIA.

1 *Vsuræ qua actione quoue modo petantur.*
2 *Iudicium bonæ fidei vnde dicatur.*
3 *Ex fide bona iudicare quid.*

4 *Vsuræ non sunt in obligatione, sed officio iudicis præstantur, ergo nec in deposito.*
5 *Obligatio est necessitas alicuius rei præstandæ.*
6 *Vsuræ quãdiu in bonæ fidei iudiciis peti possint actione sortis.*
7 *Actio de sorte an possit remoueri.*
8 *De re principali quoties sententia lata est, etiam de accessionibus iudicium finitum est.*

IN principio traditur eadem sententia, quæ *in l. 3. §.* nempe eũ qui pecunia deposita vtitur, exinde incipere eius pecuniæ vsuras debere, de qua sententia illic dixi. Adiicitur quod ad definitionem, *l. 2. & 3.* pertinet. Et in primis notandum est propter nouitatem sententiæ *Nouitatem* dico, quæ videtur, non quæ re uera est. Adiicitur enim in hoc rescripto, qua actione quoque modo vsuræ petantur, quæ in bonæ fidei iudiciis debentur ex mora. Item alterum, quamdiu hæ vsuræ peti & obtineri possint.

1 De actione & modo quo peti possunt, sic hoc loco traditur. Cũ vsuræ in bonæ fidei iudiciis, vt in deposito, de quo agitur, ex mora debeãtur, non hic sunt duæ obligationes seu actiones, vna solius depositi, altera vsurarum debitarum, sed tantum vna actio & ea sortis, vt dixi, depositæ, non aũt actio, quæ contineat actionem principalem & sortis & vsurarũ. Quomodo igitur ea actione, quæ est solum de sorte, vsuras etiam consequimur? Id explicatur *in l. centum Capuæ, de eo quod cert. loc.* his verbis: *Vna est actio sortis seu pecuniæ creditæ, sed circa huius exsecutionem æstimationis ratio habetur officio iudicis.* Sẽsus est, vna ẽst principalis actio de sorte, seu de deposito, de quo nũc agimus, sed iudici de ea actiõne dato vel adito committitur, vt vsurarũ rationem habeat, & quemadmodũ reum, in depositum seu pecuniam principalẽ condemnat, sic condemnet in vsuras & accessiones, idque officio & potestate sibi a iure concessa.

Hoc officium iudici bonæ fidei committi intelligitur ex eo, quod vt erant veteres formulæ iudiciorum, iudex in his iudiciis iubebatur iudicare ex bona
2 fide. Vnde † nomen iudicii bonæ fidei. Ex fide † au-
3 tem bona iudicare nihil aliud est, quam iudicare ex æquo & bono, seu alterum alteri condemnare in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, *§. in bonæ Instit. de act.* Nihil autem æquius visum est, quam cum debitor in pecunia soluẽda facit moram, cum pecuniæ vsuras præstare, ne sit eius mora impunita, *l. hereditatem, in fin. mand.* Hinc illud est, quod dictum est a veteribus in bonæ fidei iudiciis,
4 vsuras † non esse in obligatione, sed officio iudicis præstari, seu officio iudicis accedere, *l. qui per collusionem §. vlt. de act. emt. l. quæro, D. locat.* Non sunt vsuræ in obligatione in his iudiciis. Exempli gratia, in deposito: Nam in obligatione depositi nihil est, nisi id quod depositum, & quod inde ad depositarium peruenit, *l. 1 §. vlt. & seqq. tit. D. hoc tit.* At vsuræ in deposito, neq; sunt depositæ, neque peruenerunt ad depositarium, quin imo extra rem petuntur & infliguntur tanquam pœna, *l. cum quidam. §. si pupillo, in fi. D. de vsur.*

Non sunt igitur vsuræ in deposito, in obligatione depositi, sed officio iudicis, qui de actione depositi cognoscit, accedunt, quoniam iudex etiam reum in has vsuras condemnat pro potestate sibi commissa. Vnde principaliter in obligatione non sunt, sed sunt quodammodo per consequẽtiam principalis actionis, qua creditor consequitur, vt reus vsuras præstare necesse habeat. Nihil autem aliud est † obliga- 5
tio, quam necessitas alicuius rei præstandæ, *Instit. de oblig. in pr.* Et ideo bene Paulus dixit, *in d. l. quæro*, in bonæ fidei iudiciis vsuras non tam proficisci ex obligatione, quam officio iudicis applicari. Non simpliciter dixit: *Ex obligatione non proficisci*: Sed magis præstari ex officio iudicis, quam ex obligatione, innuens etiam quodãmodo in obligatione esse. Quod & verum est. Sunt enim vt dixi per consequentiam, non principaliter. Hæc de actione & modo, quo vsuræ in his iudiciis obtinentur & petuntur.

Adiicitur † in hoc rescripto, quamdiu vsuræ in 6
his iudiciis, ita peti & obtineri possint, vt dixi supra. Et de eo ita definiendum est: Si in bonæ fidei iudiciis vna est tantum actio sortis, nulla actio propria vsurarum, consequens est, sublata actione sortis, amplius de vsuris, quamuis antea debitis agi non posse. Duobus autem modis euenit, vt actio sortis tollatur, vnde & totidem modis accidit, vt amplius vsuræ peti non possint. Vno modo si debitor liberatus sit obligatione sortis, vel solutione, vel aliis modis, quibus tollitur obligatio, aut ipso iure, aut per exceptionem perpetuam, *l. qui collusionem, §. vltim. de actio. emti. l. eos, in princ. supr. de vsur.* Altero modo idem fit si creditor, & in proposito dominus rei depositæ, depositi egerit de sorte, id est, de pecunia deposita. Iudex autem reum condemnarit solum in sortem, nulla mentione vsurarum facta, neque ab ea sententia appellatum sit. Hæc condemnatio de sorte facta hanc vim habet, vt quæstione actionis sublata, amplius vsuræ peti non possint, quod præcipue hoc rescripto traditur, & in eandem sententiam *in l. in bon. fid. supr. de vsur.*

Huic sententiæ statim occurrebat ex aduerso exemplum vsurarum stipulatione promissarum. Nam cum creditor pecuniam quam credidit, sibi reddi stipulatus est, & eius pecuniæ separatim vsuras: hic duæ sunt stipulationes: & si de sorte iudicio egerit & vicerit, nihilominus vsurarum stipulatio salua manet, de quibus separatim nouo iudicio experiri potest, *l. 1. supr. de iud.* Et significatur *in l. centum Cap. de eo quod cert. loc.* Ergo etsi in bonæ fidei iudiciis, vt in deposito, creditori debeatur sors deposita, & præterea eius sortis vsuræ ex mora, quamuis de sorte iudicio egerit, & reus condemnatus sit, tamen vsurarum petitio erit integra, & non minus nouo iudicio vsuræ peti possunt. Nec ad rem pertinet, quod hæ vsuræ non debentur stipulatione, sed officio iudicis, quia in bonæ fidei iudiciis, tantundem officium iudicis valet, quantum in strictis iudiciis, nominatim de ea re facta stipulatio, vt diserte traditur *in l. quia tantundem, de neg. gest.*

Huic obiectioni tacite occurritur hoc rescripto in fine, hoc modo. Dissimilis caussa est vsurarum stipulatione promissarum, & vsurarum, quæ in bonæ fidei iudiciis, officio iudicis debentur. Nam cum creditor & sortem stipulatus est, & separatim sortis vsuras, duæ sunt stipulationes, ex quibus duæ separatæ actiones nascuntur, vna sortis & altera vsurarum, quæ cum sint diuersæ, & de duabus diuersis rebus, vna iudicio conclusa & finita, alteram non consumit, vt accidit in plurib. actionibus, quæ de diuersis rebus competunt, *l. si fine, §. primo, de condictio furt.* Diuersum est cum vsuræ in deposito, exempli gratia ex mora debentur officio iudicis. Hic enim non sunt, duæ actio-

duæ actiones, vna sortis, altera vsurarum, vt supra, sed vna sortis, depositi, vt docui, quo fit, vt ea actione sublata amplius de vsuris agi non possit. Actio sortis fuit principalis actio, vsurarũ præstatio accessoria. Principali obligatione & actione sortis sublata, non est accessioni locus, *l. cum principalis, de regul. iur. leg. 2. de pec. legat.*

Nõ obstat quod dicitur in bonæ fidei iudicio, officium iudicis tantum valere, quantum valet stipulatio. Hoc enim ita est, quamdiu officium iudicis manet. Prius enim est, vt sit officium iudicis, deinde quæri oportet, quid valeat. Quod si nullũ officium iudicis est, sequens quæstio tollitur. At si in deposito vna est tantum actio sortis, ea actione sublata, nullum iudicium futurum est. Si nullum iudicium, nullus iudex. Si nullus iudex, nõ potest intelligi officium eius iudicis, qui non est. Porro in proposito, vbi iudex sortis tantum condemnationem fecit, neque vsurarum meminit, actio principalis de sorte sublata est. Horum respõsio incidebat in nouã reprehensionem. Falsum enim est cum reus de sorte condemnatus est, sublatam esse actionem sortis, quæ prius deponenti competebat. Nam litis contestatio deteriorem deponentis conditionem non facit, sed meliorẽ. *l. non solet. l. nemo enim. de regu. iur.* Ante litis contestationẽ competebat depositi actio de sorte, ergo & post litem contestatam cõpetet, vt litis contestatio non minuat ius præcedens, sed augeat. Si post litis contestationem vetus actio mansit, etiam manebit post condemnationem rei, eiusque depositarii, quia hæc condemnatio pro actione est. Quod pro aliquo est, non debet aduersus eum conuerti, *l. nulla, de legib. l. quod fauore, supr. de legib. l. non eo minus. supr. de procur.*

Huic quoque obiectioni, hoc rescriptũ in extremis verbis fatetur, verum esse post litis contestationem & condemnationem rei factam, manere veterem actionem depositi de sorte, cum ait: *Iteratam actionem rei iudicatæ exceptione remoueri.* Non remouetur actio vetus iterata, nisi actio iure summo consistat, *in pr. & §§. seqq. Instit. de except.* Proinde cum dicitur, deponentem iterum agentem, remoueri posse exceptione, hoc ipso fatetur rescriptum, veterem actionem illi mansisse, sed ita mansit, vt sit inefficax. remouetur enim exceptione rei iudicatæ. Nihil autem interest, vtrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur, *l. non interest, de reg. iur.*

Hæc ratio & solutio rescripti incidit in maiorem difficultatem, *ex l. euidenter, D. de excep. rei iud.* vbi traditur, euidenter iniquum esse, exceptionem rei iudicatæ nocere ei, secundum quem iudicatum est lege. Ergo si idem postea de eadem sorte aget, non poterit submoueri exceptione rei iudicatæ. Proinde recte & vtiliter de sorte aget, & vt de sorte recte aget, sic recte vsurarum æstimationem circa huius actionis exsecutionem officio iudicis habebit, conuersa superiori ratione, qua dicebamus ideo in proposito vsuras peti nõn posse, quia principalis actio nulla esset. Vulgo probant solutionem. Accursii tertiam, vt dicamus hic non tolli petitionem vsurarum, propter sententiam, qua secundum actorem iudicatum est, sed propter consequentiam iudicati, quia principalis actio sublata sit. Ex quo euenit, vt principali caussa sublata de accessionibus agi non possit.

Hæc solutio dupliciter vitiosa & repudianda est. Primo, quia falsa est, & aperte huius rescripti verbis aduersatur. Verba enim non dicunt, amplius de vsuris agi non posse, sed si agatur, eam petitionem exceptione rei iudicatæ submoueri posse, sed loquuntur de actione principalis sortis. Sic enim verba sunt: *Iterata actio submouetur.* Ea actio iteratur, qua prius actum est. Propositum est autem, actum prius fuisse depositi, id est, actione principali de sorte. Non est satis: Verba concepta sunt de ea actione, ex qua condemnatio facta est. At aperte propositum est, condemnationem factam esse de sorte, non de vsuris. Ex quibus liquido apparet rescriptũ hæc dicere: si post condemnationem sortis veteri actione de sorte agatur, eam ipsam actionem remoueri posse rei iudicatæ exceptione, *dict. leg. euidenter.* Vnde † quæstio est, an possit, nec ne remoueri. Isti autem dicunt, & 7
pro confesso sumunt, eam actionem esse sublatam. Itaque petunt principium, id est, id quod erat in controuersia, & ideo plane nihil dicunt, vt non tam sit responsio falsa, quam, vt dixi, nugatoria.

Sic habendum est, nisi dixerimus in proposito reum de sorte condemnatum esse, de vsuris autem per consequentiam esse absolutum, nunquam poterit actor veteri actione agens, exceptione rei iudicatæ submoueri. Nam si de sorte agit, ideo non nocebit ei exceptio, quia secundum eum iudicatum est, vt quæ sententia pro eo est, non debeat aduersus eum conuerti, sed etsi petet eadem actione vsuras, ideo non poterit submoueri rei iudicatæ exceptione, quia de vsuris aduersus eum iudicatum non est, imo ne iudicatum quidem quicquam est. Prius est autem, vt sit iudicatum, quam vt sit exceptio rei iudicatæ. Et ita se res habet in proposito, cum iudex condemnationem facit sortis, & si aperte de vsuris nihil dixit, tamen in vsuras reum absoluisse intelligitur per consequentiam prioris condemnationis.

Hoc intelligitur ex fine sententiæ & rei iudicatæ. Nam finis sententiæ diffinitiuæ est hic, vt velit iudex per hanc sententiam ab omni lite discedi, *leg. prima, de re iudic. l. qualem, §. primo, de rec. & qui arb.* At cum iudex sententiam in iudicio depositi tulit de sorte, in quam reum condemnauit, non potest esse hoc animo, vt a controuersia sortis discedatur, quemadmodum per consequentiam discedatur a controuersia vsurarum & accessionum, quoniam sors principalis est, cui vsuræ accedunt, vt sublata principali controuersia, velit iudex etiam cõsequenter & accessiones tolli. Non possunt vsuræ & actio finiri sententia iudicis, nisi aut condemnatione rei aut absolutione, *leg. prima, de re iudic.* Non condemnat reum in vsuras, vbi solum condemnat eum in sortem. Proinde vi ipsa condemnando depositarium in sortem, in vsuras absoluere intelligitur. Et hoc est, quod traditur *in leg. bonæ. supra, de vsur. & l. terminato, infra, de fruct. & lit. expen.* Quoties de re 8
principali sententia lata est, etiam de accessionibus iudicium finitum esse, vt de his amplius lis moueri non possit, siue sint vsuræ, siue fructus rei petitæ. Non possunt finiri hæ accessiones, vt dixi, nisi absolutione iudicis, cum sententia omnis constet vel condemnatione vel absolutione, *dicta leg. prima, de re iudic.*

Secundum hæc recte ad solutionem obiectionis ita dicemus: Si cum reo de sorte condemnato, actor idemque deponens, iterum agat veteri actione

de sorte, siquidem agit de sorte, propter sortem, recte agit, nec poterit exceptione rei iudicatæ repelli, quia secundum eum de sorte iudicatum est: *ex dict. l. euidenter, de exceptio. rei indic.* Sed si veteri actione, si de sorte agit, nō propter sortem quam consequi velit, sed propter vsuras sortis, vt in proposito accidit, submouebitur rei iudicatæ exceptione, cōmmutata priore ratione, quia agit earum rerum nomine, de quibus sententia aduersus eum lata est. Reus enim de iis est absolutus, vt dixi. Bene enim hoc rescripto dictum est: Si sortis condemnatio tantum facto sit iterata, actionem etiam de sorte, exceptione rei iudicatæ remoueri, quæ iteratur non propter sortem, sed propter vsuras aduersus rem pro reo cōtra actorem iudicatam.

Sed reprehenditur vulgo hæc solutio, vt est in gloss. Accursii hic, *ex leg. si autem. §. si quocunque, de negot. gest. & l. quod in diem, §. primo, de compe.* Ex quibus locis colligitur, si eodem iudicio de pluribus rebus actum sit, & iudex, de quibusdam reum condemnauerit, non ideo videri iudicem de ceteris iudicasse, sed de ceteris integram actionem manere. Species eorum locorum hæc est. Dominus cuius negotia gesta erant, egit negot. gestor. aduersus eum, qui gesserat, de iis rebus, quæ ad eum ex iis negotiis peruenerunt, aut culpa eius factum erat, quo minus peruenissent. Negotiorum gestor contra dicebat: se quosdam sumtus in eam administrationem fecisse. Itaque eorum fructuum compensationem obiiciebat actori. In illis locis scriptum est, si iudex reum comdemnauerit domino negotiorum, & de compensatione fructuum nihil dixerit, sed tantum eius compensationis rationem non habuerit, non ideo videri absoluisse dominum de iis sumtibus, sed superesse actionem contrariam gestori negotiorum, neque eum metuere exceptionem rei iudicatæ.

Respondeo: In exemplo superiorū locorum apparet de mutuis petitionibus actum fuisse, quarum vna proficisceretur ab actore aduersus reum, altera a reo aduersus actorem. In iis recte ita dicimus. Quoties mutuæ sunt actiones & petitiones in iudicio, quæ sunt de diuersis rebus, & diuersis competunt, idcirco hæ actiones inter se nihil cōmune aut coniunctum habent. Vnde fit, vt si iudex de vna sententiam tulerit, nihilominus reliquæ integræ maneant, quæ ex priore sententia nō pendent, nec quicquam vt dixi, cum priore sententia commune habent. Sed si de vna actione agitur, vt in ꝓposito actū est actione depositi, dicendū est, si de ea actione iudex ꝓnuntiauerit ad aliquā summā, de superfluo quoq; iudicē iudicasse videri, & maxime si de sorte id est, de re prinpali iudicauit. Nā principali controuersia sublata, etiam hoc animo fuit, vt finirentur accessionariæ, reo exceptione absoluto. In quam sententiam hic locus est, sed expressior *in leg. in bonæ. supra, de vsur.* Plus dicimus, quoties vna actione actum est, in qua de pluribus capitibus agitur, veluti si agatur tutelæ aut negotiorum gestor. ex diuersis adminstrationibus. Si iudex reum condemnauerit ex hac actione in vnam aliquam summam, hoc ipso ita de hac summa iudicasse intelligitur, vt velit actionem & iudicium hac summa finiri, & ideo velit reum de superfluis absolui, quæ sententia est *leg. primæ, supra, si aduers. rem. indic.*

*Ad L. 5. Propter instrumenta.*

Impp. Valerianus & Gallienus AA. & Valerianus Cæsar Claudiano.

*Propter instrumenta quidem, quæ te deposuisse cum aduersario tuo dicis, vt, residua pecunia, quæ ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes: si id quod placuerat implesti, sequestrum potes conuenire. Quamuis autem hæc reddita non fuerint: tamen aduersus eum, a quo fundum conduxeras, si omne, quod ex contractu debebatur, reddidisti, ipsis solutionibus tutus es.*

SVMMARIA.

1 *Sequester an teneatur actione depositi.*
2 *Sequester quis sit.*
3 *Sequestri & depositarii quid differant.*

HÆc lex & sequens sunt de sequestro, de quo recte hoc titulo agitur, quia in sequestro depositum est, *l. prope, D. eodem.* Vnde † sequester eodem modo, vt ceteri depositarii actione depositi tenetur, 1 itemque eius heredes, *l. ei apud, l. si in Asia, §. cum sequester, D. hoc tit.* Est † autem sequester is, apud quem 2 duo pluresue eandem rem, de cuius detentione controuersia est, certa conditione custodiendam reddendamue deponunt, vt patet ex his locis, *l. sequent. D. de verborum signifi. l. proprie, l. licet, D. eod.* Exempli caussa, sequester est apud quem duo, qui de proprietate rei iudicio contendunt, eam rem deponunt apud tertium, ea lege, vt eam vincenti restituat, interim apud se asseruet. Item is apud quem duo pluresue, qui inter se transegerunt, aut quid contraxerunt, instrumentum transactionis, aut alterius contractus deponunt ea lege, vt restituat ei, qui promissa fecerit, de quibus in instrumento cautum erat, quod exemplum est huius legis & sequentis. Ex hac definitione apparet quod dixi, in sequestro depositum esse, & ideo cetera cū depositariis aliis, sequestro sunt communia.

Duo sunt † propria sequestris: vnum in personis 3 agentium, alterum in specie restituendi agendiue. In personis, quia cum vnus aut duo simpliciter rem aliquam deponunt, si in solidum singuli, in solidum repetere depositum possunt, si in communi singuli, repetere tantum possunt pro parte, *l. 1. §. sed si duo, D. hoc tit.* In sequestro contra vnus tantum depositum repetere potest, nempe is, de quo conuenit, vt ei depositum restitueretur, vt in exemplo huius legis. Idque est quod *in l. seq.* dicitur: Sequestrum seruare debere legem, qua depositum suscipit. Est autem hęc lex, vt vni certo restituat, non vtriq; , aut vni cui volet. In tempore depositi reddendi hoc proprium est sequestri, quod cū ynus aut plures, simpliciter aliquam rem deponunt, quamuis deponant, vt post aliquod tempus sibi reddatur, tamen statim repetere depositum possunt, quia quod cauerunt sua caussa cauerunt. Ideoq; licet illis id contemnere, *l. 1. §. est autem, & §. pen. D. h.* In sequestro contra non vnus prius ex iis, qui deposuerunt repetere potest, quam lex & depositi conditio impleta sit, quod hoc rescripto traditur in specie huiusmodi.

Conductor partem mercedis debitæ soluerat locatori, reliquam partem promiserat se soluturum intra certum tempus, idque in instrumento cautum erat: cum de eo instrumento asseruando, neuter alteri fidem haberet, placuit inter eos, vt instrumētum apud tertiū deponerent, ea lege, vt conductori restitueretur, si partē mercedis ꝓmissam persoluisset. Hic placet conductorem instrumentum repetere posse a sequestro

sequestro qua actione supra dixi. Sed hac lege posse, si promissa impleuerit. Hoc ideo proprie seruatur in sequestro, quia non vnius solius deponentis interest, vt ei depositum reddatur, sed vtriusq; secundum legem deposito dictam; hanc legem & mentionẽ seruari oportet. Vbi autem vnus deposuit, eius solius interest ei reddi, vbi duo simpliciter deposuerunt, nihil interest vnius, alteri reddi, si tantum redditur, quantum conuenit.

Adiicitur in hac lege: *Etsi conductor in specie proposita instrumentum a sequestro non repetat, nihilominus tutum fore aduersus locatorem, si soluerit.* Et rectè. Nam solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio, nec nocet conductori instrumentum, quo partem mercedis promisit. Nam pecunia soluta, quæ instrumento continetur, instrumentum incipit esse inane, *l. 2. supr. de cond. ex l.* Quid ergo opus fuit conductorem laborare de instrumento a sequestro repetendo? Respondeo: Id interest, quia non semper constare potest, illum soluisse. Igitur ad plenam cautionem & probationem liberationis, expedit ei instrumentum recipere. Nam instrumentum cancellatum, pariet ei exceptionem.

*Ad L. 6. Is penes.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Alexandro.

*Is penes quem vtramque partem transactionis, vel alia instrumenta commendasse dicis: legem, qua hæc suscepit, seruare necesse habet.*

SVMMARIA.

1 *Commendare idem quod deponere.*

2 *Sequestro officium deponere volenti, an liceat reddere cum volet, & custodiæ molestia liberari.*

ET hic de sequestro agitur, vt proxima lege dixi. Nam proponũtur partes tradidisse instrumenta transactionis, aut alterius contractus cuidam tertio,
1 eaq; illi commẽdasse. Commẽdare † deponere est, vt dixi initio huius tit. Itaq; ponitur in summa, duos eandem rem apud aliquem deposuisse. Hæc autẽ est sequestri definitio, vt superiori lege dixi. Hic præcipitur: *Sequestrum legem, qua depositum suscipit, seruare debere.* Hoc præceptum duo continet, nempe vt sequester, neq; vtrique depositum reddat, neque vni cui volet, sed ei solum de quo conuenit, vt ei redderet, neq; reddat depositum statim, sed tunc, cum lex & conditio depositi impleta fuerit, vt est exemplum legis præcedentis. Itaq; interim exigitur a sequestro, vt rem depositam seruet. Quid ergo † si officium de-
2 ponere velit sequester, an non licebit ei rem reddere cum volet, & custodiæ molestia liberari? Respondeo: Imo potest, sed certa lege & forma, quæ præscribitur *in l. ei apud. §. vlt. D. h. t.*

*Ad L. 7. Desiderium.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Attico

*Desiderium tuum cum rationibus iuris non congruit. nam si custodiam pecuniæ suscepisti, quam aliis a te mutuo datam, conscriptum instrumentum, quo hanc tibi reddi profiteris, arguit: solutionem eius competentem improbe recusas.*

SVMMARIA.

1 *Depositam pecuniam alii mutuo dans, an eo facto depositi liberetur.*

2 *Depositarius rem depositam amissam dicens, id probare debet.*

QVi pecuniam † depositã acceperat, eam alii mu- 1
tuo dedit, fortasse non malo animo, sed vt eam bene collocaret. Quæritur an eo facto depositi liberetur, cum depositarius nihil amplius debeat præstare re deposita amissa, quam dolum & latam culpam, *l. 1. supr. h.* Et placet eum nihilominus teneri, *hac l. & l. seq.* Merito, quia etsi forte nihil dolo facit in eo, quod se putauit pecuniam bene collocare; tamen dolo fecit aduersus fidẽ datam, quia depositum accepit, vt redderet, pecunia autem mutuo data facit, ne possit reddere. Igitur propter dolum tenebitur: Et hoc ita si constet vel eius confessione, vel alia probatione euidenti, eum pecuniam depositam mutuam dedisse. Quid si neget se mutuo dedisse, sed solũ dicat pecuniam apud se amplius non esse? Hic respondetur: Illum conuinci hoc modo posse, si is qui pecuniam deposuit, proferat instrumentum, quo depositarius confiteatur se pecuniam mutuo dedisse.

Hic oritur † quæstio, circa hanc probationem. 2
Quid enim opus est probatione deponenti aduersus eum, quem constat depositum accepisse? Nam cum depositarius pecuniam acceperit, necesse est eũ semper eam pecuniam habere, nisi possessionem mutauerit, vel facto suo, vel casu. Quod si pecuniã se amisisse dicat, quia dicit se possessionem amisisse & mutasse, ideo hanc mutationẽ probare debet, *l. sine possidentis. supr. de prob. l. ei qui mutato. D. de prob.* Quod si id probare debet, frustra probationem a deponente exigimus, & frustra cauemus ei vt proferat instrumentum huius mutui. Respondeo: Ita res habet, vt depositarius omnis, qui dicit se rem depositam amisisse, probare id debeat, vt probãt loci supra scripti duo: Sed si dicit se amisisse sine dolo malo, fides ei habebitur, nisi aduersarius dicat, eũ dolo malo amisisse. Id vero si dicat probare debet, *l. quoties, §. qui dolo. D. de probat.* Ad hanc rem probandam vtilis erit huius loci cautio, si deponens doceat, depositarium pecuniam depositam alteri mutuam dedisse, ad quod probandum expedita ratio est in instrumẽto mutui. Itaq; nõ temere de hac probatione hic respõdetur.

*Ad l. 8. Si is qui.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. Alexand.

*Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine, vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam eius successores teneri tibi certißimum est. Aduersus eum autem, qui accepit, nulla actio tibi competit, nisi nummi extent, tunc enim contra poßidentem vti rei vindicatione potes.*

SVMMARIA.

1 *Sucessores depositarii, si depositarius res depositas alii mutuo dederit, an teneantur de deposito.*

*Actio depositi ex dolo defuncti an detur in heredem.*

2 *Actio depositi an detur aduersus eum deponenti, cui pecunia a depositario mutuo data est.*

IAm dixi in legẽ superiori, eum qui depositam pecuniam alii mutuo dedit nihilominus teneri, quia dolo fecerit quo minus eam posset reddere secundum fidem susceptam. Hic oriuntur duæ quæstiones, quæ hoc rescripto deciduntur. Primum: Quæritur, † an etiam hoc casu depositarii successores te- 1
neantur? Et placet teneri. Hæc sententia videtur aduersari manifestis regulis & principiis iuris, vnde & dubitationem veterẽ habuit. Nam quæ actiones

ex maleficio & dolo alicuius nascuntur, hæ in heredes non dantur. Exemplo sunt hæ actiones: Actio quæ datur aduersus argentarium, ob rationes ab eo non editas, est ex dolo argentarii, *l. vbi, ff. de eden.* Ob hanc caussam placet in heredem argentarii non dari, *l. vlt. de eden.* Similiter actio, quę datur aduersus mẽsorem, ex dolo mensoris cõpetit, *l. 1. §. hac actio. D. si men. fal. mod. dix.* Propterea in heredẽ mensoris non datur, *l. 3. §. 1. hanc actionem, D. si men. fal. mod.* Item tributoria actio aduersus dominum competit, si dominus dolo malo, male distribuerit mercem peculiarem, *l. illud. §. si cuius, de trib.* Et ob id etiam in heredem domini non datur, nisi quatenus ad eum peruenit, *dict. l. illud. §. vltim. leg. seq.* Ergo nec actio depositi, ex dolo defuncti, videtur in heredem dari debuisse, quia ex dolo est, item quia ex delicto est, nam dolus delictum est.

Hanc rationem ibi diluit Vlpianus *in l. si hereditatem, §. 1. D. hoc titul.* & respondet, actionem depositi, quæ datur in heredem ex dolo defuncti, non nasci dolo defuncti, sed esse actionem ex contractu, & quia ex contractu est, rei persecutionem continere, *iuxta §. sequens. Instit. de actio.* quoniam rei persecutio, etiam in heredem datur, iuxta *l. si pro fure, §. vltim. de condict. fur. l. in honorariis, de obligat. & actio.* Quęret aliquis quomodo hæc actio ex contractu dici debet, cum competat ex dolo, & ob dolum defuncti? Respondeo: Etsi postea dolus defuncti in deposito interuenit, tamen initium obligationis natum est ex deposito, id est, ex eo, quod depositum custodiendum suscepit. Ex hoc initio recte obligationem & actionem ex contractu esse dicimus, quoniam in omni contractu, initium cuiusque contractus spectare oportet, & caussam, *l. si procurator, in prin. D. mandati.* Inde traditum generaliter ex contractibus venientes actiones in heredes dari, etiamsi delictũ defuncti in iis versetur, *leg. ex contractib. D. de obl. & act.*

2 Deinde quæsitum est in specie proposita, an † deponenti teneatur is, cui pecunia mutuo data est a depositario? Et placet non teneri actione depositi, aut alia actione in personam. Merito: Quia eiusmodi actio non potest nasci in hoc facto, nisi in contractu. Nullus autem contractus interuenit, inter dominum pecuniæ, & eum qui pecuniam a depositario accepit, quoniam inter hos nullum negotium gestum est, nullus consensus intercessit. Non est autem contractus, sine consensu & conuentione, *leg. 1. §. 1. vers. adeo, de pact.* Idem traditur quod hoc loco, *in l. non aduersus, si cert. pet.* Sed is, qui pecuniam mutuam accepit, teneri potest deponẽti, actione in rem, iis conditionibus, quæ in hac actione instituenda, necessariæ sunt. Sunt autem hæ, vt qui agit dominus sit; is cum quo agitur rem domini possideat, *l. actionem. de obl. & actio. l. in rem, de rei vindic.* Et secundum hanc regulam, dicitur in hoc rescripto, eum, qui mutuam pecuniã accepit, teneri, actione in rem si nummi exstent. Quod sic intelligere debemus, si exstent apud eum, id est, si possideat. Sed & hanc actionem sic interpretari oportet, vt nihilominus teneatur idẽ, si nummos dolo desierit possidere, *l. qui petitorio, in pr. D. de rei vindic.* Neque id aduersatur huic loco, vbi exigitur nominatim, vt nummi exstẽt: Nam hic tenenda est regula iuris: Nihil interesse, vtrum quis possideat, an dolo desierit possidere, Dolum vbique pro possessore esse, *l. pacem, l. qui dolo, de reg. iur.*

*Ad l. 9. Cum hereditas.*

Impp. Dioclet. & Maximinian. AA. Menophylo & ceteris.

*Cum hereditas personam domini sustineat: ab hereditario seruo priusquam patri vestro successeritis, res commendatas, secundum bonam fidem ab eius, qui suscepit, successoribus apud rectorem prouinciæ petere potestis.*

SVMMARIA.

1 *Actio depositi an detur domino ex contractu serui.*
2 *An idem in seruo hereditario.*
3 *Seruus hereditarius quis.*

QVicquid † seruus gerit, aut contrahit, ex eo, domino actio acquiritur, *l. vltim. D. de stipul. §. seruorum, Instit. de stip. seru. l. acquiruntur, de acquir. rer. domin.* Proinde si quid seruus deponat, depositi actio domino dabitur, *l. 1. §. non solum. D. hic.* Quæsitum est † de seruo hereditario, si is rem aliquam deposuerit. Appellatur autem seruus † hereditarius is, cuius dominus mortuus est, & hereditas adhuc iacet, nemine herede exsistente, *§. seruus autem alienus, Instit. de hered. instit. l. non eo minus. de hered. instit.* Vetus est dubitatio, quæ ex hac re nascitur. Nam placet seruum stipulari & contrahere posse, vt dixi, ex persona domini, vt si dominum non habeat, contractus & quod cum eo geritur non consistat, *Instit. de seru. stipul. in prin.* 1 2 3

Porro non videbatur seruus hereditarius dominum habere, non enim habet defunctum, qui esse desiit, non habet heredem domini, quia nullus heres adhuc exsistit. Et placet nihilominus seruum hereditarium omnia gerere recte posse, & cum eo omnia recte geri, vt quod per eum acquiritur, id acquiratur heredi, & per hereditatem heredi postea futuro. Nec obstat, quod dominum exigimus. Nam hic placuit hereditatem domini locum obtinere & sustinere personam defuncti nõ heredis futuri. Hæc *in l. in eo, §. vltim. & l. seq. l. hereditas, 2. de acquir. rer. dom. l. non eo minus, de hered. instit. toto tit. de stip. seru. in pr. & §. 1.* Id autem est quod hoc rescripto confirmatur.

*Ad L. 10. Qui depositum.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Septimæ.

*Qui depositum non restituit, suo nomine conuentus & condemnatus ad eius restitutionem cum infamiæ periculo vrgetur.*

SVMMARIA.

1 *Depositi damnatus fit infamis.*

NE is qui depositum accepit, cesset depositũ reddere, denuntiatur illi hæc pœna. Non enim solum iudicio cõueniri potest actione depositi in rem depositam, sed in pecuniæ depositæ, vel ex caussa depositi debitæ vsuras, *l. 2. 3. 4. 5. hic.* Sed hoc amplius ex edicto prætoris de iis qui notantur infamia depositi, † damnatus fit infamis his conditionibus, si damnatus sit suo nomine, nec contrario iudicio. Exstat clausula, *in l. 1. vers. qui pro socio, de iis qui notant. infam.* Quid autem contineant superiores conditiones duæ, declaratur *in l. furti, §. 1. & §. vlt. de iis, qui not. infam.* vnde definitio huius loci sumta est. 1

*Ad L. Penult. Si quis.*

Imp. Iustinianus A. Demostheni P.P.

*Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum: eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam prætendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, vt non concessa ei retentio generetur, & contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed & si ex vtraque parte aliquid fuerit depositum: nec in hoc casu compensationis præpeditio oriatur: sed depositæ quidem res vel pecuniæ ab vtraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit: & postea legitimæ actiones integræ quoque ei reseruentur. Quod obtinere (sicut iam dictum est) oportet, & si ex vna parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita: vt, integra omni legitima ratione seruata, depositæ res vel pecuniæ prima fronte restituantur.*

*§ 1. Quod si in scriptis attestatio non per dolũ vel fraudem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio transmissa, vt minime depositum restituat, hocque per iusiurandum affirmauerit: liceat ei, qui deposuit, sub defensionis cautela idonea præstita, res depositas quam ocyssime recuperare.*

SVMMARIA.

1 *Depositum reddere, an omnis, qui suscepit, cogatur.*
2 *Depositum, an omni, qui deposuit, sit reddendum, etiam furi & prædoni.*
3 *Depositum illico & confestim reddendum, si modo depositarius possit, & aliud nihil conuenerit. & nu. 5. etiam sine omni exceptione doli. nu. 8.*
4 *Lex depositionis seruanda est.*
5 *Compensatio in deposito locum non habet.*
6 *Deducere quid.*
7 *Depositum si ab vtraque parte interuenerit: an depositarius compensatione vti possit.*
8 *Depositarius an possit vti exceptione doli.*
9 *Quibus ex caussis res debita a reo petita retineri possit. & nu. 11.*
10 *Depositarius an possit vti exceptione spoliationis, si de deposito reddendo conuentus fuerit.*
12 *Cauere idonee quid.*
13 *Summa huius legis.*

SVMMA constitutionis est: Qui rem aliquam depositionis titulo, id est, ex caussa & nomine depositi datam suscepit, eam restituere debet reposcenti ei, qui dedit: idque confestim, & præterea sine vlla exceptione, quæ spectet vel ad compensationem, vel ad rei alioqui debitæ retentionem, præterquam vno
1 casu, de quo postea suo ordine. Iubetur † depositum reddere is, qui suscepit, an omnis? Respond. Omnis, qui modo iure ciuili obligari potest, præterquam si res apud dominum rei sit deposita, dominus depositi actione non tenetur, *l. bona. §. vlt. ff. eod.* Non aduersatur generalis definitio huius legis, quoniam hac lege iubetur restitui id, quod depositum est, vel datum ex caussa depositi. Quod idẽ valet, cum apud dominum res sua deposita est, nullum est depositum, depositum rei nostræ non consistit, *l. neque pignus. de reg. iur.*

2 Iubetur † reddere depositum ei, qui deposuit, an omni? quid enim si non sit dominus, qui deposuit, quid si fur sit aut prædo, qui rem ereptam deposuerit? Resp. Placet nihilominus & furi & prædoni depositi actionem competere, vt quod deposuerunt recipiant, quia in deposito non quæritur, cuius res sit, sed quis deposuerit, & spectatur hoc solum, an eius intersit. Interest autem furis & prædonis, rem recipere, cuius nomine tenentur, *l. 11. §. si prædo. ff. eod.* Idem in commodato traditur *in l. ita vt. ff. commod.*

Iubetur † restituere depositum illico seu confestim. Hoc sic accipiendum est, si modo possit depositarius statim reddere, & nihil aliud conuenerit. Ceterum si sine dolo malo depositarii res sit in alio loco, quam vbi petitur, aut sit inclusa in horreis, quorum aperiendorum nunc facultas non sit, depositarius non tenetur prius reddere, quam in eum locum peruenire possit, vbi res depositæ continentur, *l. 1. §. si etiam. in fin. ff. h.* Idque ex eo dicimus, quia non debet res deposita alicubi præstari, quam vbi est, si modo ibi sit, sine dolo depositarii, nisi velit is qui deposuit eam iudicio peti, & transferri eo, vbi nunc agitur suis sumtibus, quod si petit, audiendus est, *l. si in Asia. §. 1. ff. h.* Nec hic quidem aduersatur generalitas definitionis huius legis. Quoties enim lege volumus aliquem compelli ad id præstandum, ad quod obligatus erat, natura semper inest hæc conditio, ex natura obligationis, si res per rerum naturam præstari possit, quoniam impensarum nulla est obligatio, *l. imp. de reg. iur.* Eiusdem generis defensio est, si depositum custodiendum datum sit certa lege & conditione. Non enim prius reddi debet ex conuentione, quam conditio exstiterit, *d. l. 1. §. est autem. in fin. ff. h.* Quippe contractus ex conuentione legem accipit, *d. l. 1. §. si conuenit. ff. h.* Sed monendi sumus, huic exceptioni solum locum esse in sequestro, vbi duorum deponentium interest, ne res vni reddatur ante conditionem impletam. Ob hanc caussam placet hic † legem 4
depositionis seruandam esse, *l. propter. l. is penes. supr.* Quod si vnus rem deposuerit, quamuis deposuerit ea lege, vt sibi redderetur post certum tempus, vel cum aliqua conditio exstitisset, non prohibetur ea adiectione, quo minus depositum statim reposcat, *l. 1. §. pen. ff. hoc tit.* Et merito, quia qui deposuit, legem hanc adiecit, sua caussa, non depositarii, cum in deposito, solum onus depositarii versetur. Quod nostra caussa cautum, constitutumve est, licet nobis eo non vti & id repudiare, cum volumus, *l. pen. sup. de pact. l. si iudex circumuento. de min.*

Iubetur † depositarius non solum depositum reddere confestim, sed etiam hoc additur, vt reddatur sine vlla exceptione, quæ ad compensationem, vel ad 5
retentionem spectat. I. Hæc constitutio repudiat omnem compensationem in deposito, quia sic intelligere debemus, vt quamuis depositarius pecuniam solum debeat, ex caussa depositi, puta quia dolo malo desierit rem possidere & velit compensare pecuniam, quæ sibi ex alia caussa debetur, eaque caussa sit liquida, puta quia actor de ea caussa confiteatur, tamen sic ius sit, vt non possit vti compensatione, sed statim cogatur depositum reddere, seruata ei actione, de eo quod sibi deberi dicit. Hoc intelligimus *ex l. vlt. sup. de compens.* vbi si pecunia debita, cum pecunia mutuo debita compensetur, ex ea caussa, quæ liquida sit, placet compensationem admitti in ceteris caussis, excipitur depositi caussa. Quemadmodũ repudiatur cõpensatio totius pecuniæ depositæ, aut ex caussa depositi debitæ, sic repudiatur hic cõpensatio partis, q̃ cõpensatio appellatur *in l. deductio.* vt recte Accursius accepit. Nã deducere † dicimur, cum ex eo 6
toto, quod a nobis petitur, aliquid detrahimus, quo detracto reliquum præstare volumus, nempe quę de

re tota constituuntur, eadem recte constituuntur de parte, *l. quæ de tota. de rei vindic.*

7 Hic oriebatur dubitatio: Quid † enim si ab vtraque parte depositum interuenerit, puta, deposui apud aliquem pecuniam, is prius apud me rem deposuerat, cuius rei nomine debeam ei tantundem, quia dolo rem amisissem. Quæritur, si ego rem a me depositam repetam, an depositarius non possit vti compensatione ex eadem caussa depositi? Prima ratione videtur vti debuisse, quia in pari caussa potior est caussa possessoris & rei, *l. in pari, de reg. iur. l. si seruus §. sequitur, circ. fin. de verb. oblig.* Pro hac sententia facit, quod cum duo sunt priuilegiarii, quorum vnus cum altero agit, veluti si minor velit restitui aduersus minorem, placet potiorem caussam esse debere eius, cum quo agitur, *l. verum. §. item quæritur. ff. de min.* Aduersus hanc dubitationem cautum est, *hac lege, in vers. sed etsi.* ne in hac quidem caussa compensationem obiici posse, & recte. Est enim semper eadem compensationis caussa, quam antea constitutio repudiat. Nihil ad rem pertinet regula iuris. Nam cum quis depositum repetit ab eo, qui depositi compensatione vti postulat, non est par caussa vtriusque, & agentis & rei. Nam actor prius petit depositum, reus posterius. Proinde actoris potior caussa, hoc ipso, quod prior tempore petit. Deinde in hac controuersia reus idemque depositarius non est possessor neque reus. Nam si mutua petitione & reconuentione depositi vtitur, aperte actor est nō reus. Sed etsi non petitione vtatur, sed tantum exceptione compensationis, tamen idem dicendum est, quia reus in exceptione actor est, *l. 1. de excep. l. in except. de probat.* Nihil etiam ad rem facit, quod cum minor cum minore agit, id est, priuilegiarius cum priuilegiario, reus potior habetur. Hoc enim tunc locum habet, cum vterque idem priuilegium obtinet, in ea re, quæ petitur, vt accidit, cum minor a minore eandem rem petit. Id autem in specie proposita non accidit. Nam depositarius habet priuilegium in deposito suo, seu in ea re, quam ipse deposuit, sed non habet priuilegium in ea re, quæ apud eum deposita est. Merito ergo in ea re priuilegio non vteturetsi verum sit, depositi actionem hoc priuilegium habere, ne ei compensatio opponatur, *d. l. vlt. cir. fin. sup. de compens.*

8 Præterea † repudiatur hac lege omnis exceptio doli, quæ spectet ad retentionem rei, præterquam vno casu.

9 Duæ † sunt autem caussæ summæ, propter quas res debita petita a reo retineri possit, aut retineri posse honesta specie æquitatis videatur. Vna caussa est, si depositarius dicat *se vicissim habere aliquas actiones, vel in personam, vel in rem, vel hypothecam, aduersus actorem*, vt sic dicat, *tu mihi tantundem debes ex alia caussa, tu prius solue quam depositum reddo*, vel, *tu rem meam prius possides, hanc prius redde*, vel, *tu illam rem mihi pignori obligatam tenes, hanc prius restitue, tum demum depositum tibi reddam.* Et placet, omnem exceptionem, quæ hac defensione etiam nitatur, non obstare deponenti, quo minus res deposita ei statim restitui debeat. Hoc in ceteris actionibus minus dubitationis habet in duabus habere potuit.

Vnde intelligimus ex hac lege, etiam in illis caussis omnem exceptionem remoueri qua depositum remoueatur. l. In ceteris contractibus veluti in deposito, aut in pignore, si cōmodatarius sumtus fecerit in rem commodatam, creditor in rem pignori obligatam, placet eum eorum sumtuum nomine habere rei retentionem per exceptionem doli mali, *l. creditoris. §. vlt. l. si is qui rem commod. de furt.* Ex hac lege dicimus, etiam hanc retentionem remoueri, quamuis depositarius sumtus aliquos in rem depositam fecerit. Nam de his sumtibus actionem in personam habet, nempe actionem contrariam depositi, vt initio ostendimus. Ea ergo actione postea suo loco vtetur.

Hinc etiam colligimus, depositarium † exceptione spoliationis vti non posse, quo minus depositum statim reddat. Propone ita: Depositarius deiectus erat de possessione fundi ab eo, qui vel ante vel postea rem aliquam apud eum deposuit, is conuenitur depositi a deponente, vtitur hac defensione, dicit se vi eiectum esse ab actore de illo fundo, petit, vt prius restituatur sine exceptione, quam cogatur de deposito respondere. Dicimus ex hac lege, eum non esse audiendum, idque verba liquido ostendunt, quia vtitur exceptione doli ad retinendum depositum, hac ratione, quod dicat, se habere actionem personalem, aduersus actorem. Nam interdicta est actio, siue sit in personam, siue in rem, *l. actio. de act. & oblig.* Porro verba legis eiusmodi exceptionem aperte repudiant. Sane si is, qui spoliatus est, possessor prius interdicto agat, vt restituatur, si actor incipiat ab illo depositum petere, recte depositarius petet sibi prius de vi & spoliatione satisfieri, idque colligitur *ex l. vlt. sup. de compens.* Nam quod priuilegium tribuitur depositario illi, idem tribuitur deiecto & spoliato in fine eius legis. At aduersus deponentem nulla sponsione, aut doli exceptione ad retinendum vti possumus ex eo, quod aliquam actionem aduersus eum habeamus, *h. l.* Ergo nec aduersus spoliatum iisdem exceptionibus vti licebit, quo minus res restituat. Prior sententia, quam dixi, confirmatur *in c. bona fides. vers. sane ex deposito.* Posterior confirmatur *in c. super, extr. de ord. cogn.* 10

Altera caussa est, † quæ honeste ad retentionem 11 rei debitæ petitæ obtenditur, si extraneus denuntiet depositario, ne rem depositam deponenti restituat, quoniam se dicat eius rei dominum esse, & se velle cum depositario de ea experiri. Ex hac caussa recte res retinetur in controuersia proprietatis. Nam si quis rem a possessore vindicet, vt rei dominus, & exsistat alius, qui se dicat dominum esse, & denuntiet possessori, vt rem priori non restituat, placet possessorem priori domino rem restituere non debere aliter, quam si is caueat se possessorem defensurum aduersus eum qui obnuntiauit, *l. is a quo. de rei vindic.* Et iusta caussa retentionis est in hac specie. Nam possessor post controuersiam ab alio extraneo motam, incipit mala fide possidere, & illi extraneo teneri, siue rem possideat, siue desinat eam possidere, quia quandocunque desinat, non potest desinere sine dolo malo, *l. item veniunt. §. petitam. l. sed etsi leg. §. si ante litem, de petit. hered.* Idem periculum creatur depositario, si extraneus exsistat, qui illi controuersiam moueat rei depositæ. Inde quæsitum est, an in hac specie depositarius recte vsurus sit exceptione ad rem depositam retinendam, nisi sibi cauetur a deponente?

Et placet *in hac l. in §. vlt.* & depositario eandem exceptionem ad retentionem recte dari. Nam Iustinianus ita constituit, si attestatio in scriptis transmissa sit ad depositarium, ab extraneo, ne depositarius depositum redderet, & depositarius iuret dolo malo suo factum id non esse, posse deponentem

rem statim recuperare depositum, sed hac conditione, defensionis cautela idonea prius præstita, id est, si deponens idonee caueat depositario, se illum defensurum, si ab extraneo obnuntiante conueniatur. Cauere est stipulanti depositario promittere, *l. sancimus.*
12 *ȷ. de verb. sig.* Idonee † cauere, est cauere fideiussoribus datis, aut pignoribus, *l. 4. §. adiicit. de fid. lib.* Quod & iuris auctores dicunt recte caueri, *l. 1. §. iubet. de collat.* Sed interim exigitur a deponente, vt idonee caueat, se depositarium in proposito defensurum. Ex quo colligitur depositario competere exceptionem ad rem retinendam nec restituendam, si illi idonee non caueatur, *arg. in l. 1. vers. eius. ff. de offic. eius, cui mandat. est iurisd.* Ergo in hac specie hæc exceptio potius admittitur, ad depositum retinendum, quam superiores exceptiones, de quibus dixi. Respondeo: Vt æquum est depositarium reddere depositum, cum repetitur: sic æquum est, eum ita reddere, ne ei sit officium suum damnosum, *l. si seruus. §. quod vero. de fur.* At non potest post hanc obnuntiationem extranei interpositam reddere depositum, sine damno suo, quoniam futurum est, vt semper obnuntianti teneatur, hoc periculo non potest liberari, nisi illi caueatur, fore vt defendatur aduersus obnuntiationem. Iure ergo hæc cautio prius a deponente exigitur.

Sed notandum est, hanc cautionem a deponente exigi, eoq; depositario retentionem concedi, si duo concurrant. I. Exigitur in hac obnuntiatione extranei, vt attestatio & obnuntiatio hęc scripto transmittatur ad depositarium. Quid ergo si extraneus sine scripto idem obnuntiarit testibus præsentibus? dicemus hanc obnuntiationé nihil prodesse ad depositū retinendū, quamuis deponens nullam idoneam cautionem defensionis offerat, quoniã lex attestationé scriptam exigit. Cur ergo hic potius scripti attestatio exigitur, cum in exercendis litib. eandẽ vim habeant ad fidem ꝓbationis testes & instrumenta, *l. in extran. ȷ. de fid. instr.* Ratio differentiæ est, ꝙ attestatio scripta statim ꝓferri potest in iudicio: vbi autem res ꝓbatur tantum testibus, probatio longa est, & diutius differtur depositum. Consilium autem Iustiniani est, ne diu depositi restitutio differatur. Hinc intelligimus, attestationem non scriptam depositario non nocere, quo minus rem depositam reddat ei statim, qui deposuit, & imputet sibi extraneus qui obnuntiauit, quod non obnuntiauerit scripto, vt hæc lex exigit.

Præterea exigitur ad hanc retentionem depositi, vt depositarius iuret attestationem hanc interpositã sine dolo & fraude sua. Quærat aliquis: Ad quid hoc iusiurandum. Nam depositarius non debet probare attestationem missam sine dolo suo: si enim deponẽs dolum obiicit, ipse ꝓbare debet, non is qui negat sine dolo suo factum, *l. quoties. §. qui dolo. de probat.* Resp. Apparet iusiurandum hic exigi hac l. non ad probationem, quæ depositario non est necessaria, sed ad ipsius purgationem, & maiorẽ confirmationẽ deponentis. Hæc cum ita sint, siue nullus extraneus ꝓhibuit depositario, ne depositũ redderet; siue ꝓhibuit, sed sine scripto, siue attestatio scripta interuenerit, sed depositarius iureiurando se purgare nõ vult, nihil dolo malo a se factum, siue etiam superiora omnia interuenerint, & deponens idoneam cautionem defensionis offerat, iis omnibus casibus restitutio depositi differri non potest: solum ergo vno casu potest differri, si cum superiora interuenerint, deponens non caueat idonee, se depositarium defensurum. Ex iis apparet, verum esse, quod initio posuimus, depositum reddendum esse reposcenti, confestim, & sine vlla exceptione, quæ spectet ad compensationem aut rei debitæ retentionem, præterquam vno hoc casu postremo, quem modo ostendimus.

Diuersa caussa est omnium aliarum exceptionum, quæ contineant vel solutionem, vel liberationem, vel generaliter inficiationem debiti ex caussa depositi, de quibus ita definiendum est: Quæcunq; defensiones a depositario afferuntur, quæ defensiones eo spectant, vt neget se debere, seu teneri se ex caussa depositi, eæ depositi actioni omnes recte opponuntur, & deponentem agentem submouent, siue summariam & præsentem probationem habeant, siue sic desiderent maiorem inficiationem. Exempla sunt: Cõuentio pacti conuenti, iurisiurandi, rei iudicatæ. Finge hoc modo: Repetitur depositum a depositario. Is se ita tuetur, quod dicat de eo transactum esse, actorem pactum esse, ne amplius peteret, aut actorem prius de eo iusiurandum detulisse, se autem iurasse nihil se ex ea caussa dare oportere: aut dicat secum iudicio actum esse de eadem re, & se absolutum esse: Quæro an hæ exceptiones aduersus actionem depositi admittendæ sint, præsertim si de iis non constet, sed longiorem quæstionem habeant, propter difficultatem probationum? Dicimus admittendos esse, nec prius damnari debere depositarium, quam re diligenter cognita constiterit, eum probationes non probare, iis enim probatis absolui debere.

Hæc sententia multis modis probatur. I. Quæ de exceptionibus seruantur in actione ad exhibendum, placet eadem seruari in actione depositi, quia actio ad exhibendum summaria sit, *l. si in Asia. §. 1. ff. depos.* At in actione ad exhibendum admittuntur hæ exceptiones, pacti conuenti, iurisiurandi, rei iudicatæ, *l. 3. §. ibidem. ff. ad exhib.* Ergo & in iudicio depositi admittendæ sunt. Id etiam euincit certa ratio. Nam depositarius non est cogendus quicquàm reddere ei, qui actionem non habet, cum ius persequendi sit solum in actione, vt est definitio actionis, *in Instit. de act. in pr.* At deponens, qui superioribus exceptionibus remouetur, actionem iure efficacem non habet: nihil enim interest, vtrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. de reg. iur.* Proinde ei, qui his actionibus submouetur, nihil restitui necesse est. His accedit rei æquitas. Nam non possunt reiici hæ exceptiones sine manifesta iniuria depositarii. Posteaquam enim depositum restituerit, contemtis iis exceptionibus, deinceps ei inutiles exceptiones futuræ sunt, cum iam soluerit, & hæ exceptiones prosint solum ad rem retinendam, *l. 2. & 3. de compens.* Sed nec solutum condicere potest, nulla enim condictio est eius quod soluitur ex caussa iudicati, *l. 1. de condict. indeb.* Hoc cum sit iniquissimum, eius exceptiones in tempore admittendæ sunt.

Confirmatur hæc æquitas in hac ipsa lege, *in vers. quod obtinere.* Nam Iustinianus ita demum vult repudiari exceptionem depositarii, vt illi seruetur integra actio ad id, quod consequi volebat. At ei, cuius exceptiones superiores repudiantur, nulla relinquitur ratio, qua ius suum retineat. Proinde ad hanc speciem hæc constitutio non pertinet.

Non obstat quod initio huius legis repudiatur exceptio aduersus depositum. Obseruandum est enim, quod supra attigi, non remoueri omnẽ exceptionẽ,

sed solum eam, quæ ex eo ducitur, quod depositarius dicat se habere aduersus deponentem aliquas actiones personales, vel in rem. Id non facit is, qui exceptione pacti & similibus vtitur. Non enim iis vtitur, quod dicat, se habere aliquam actionem, sed quod dicat, actorem nullam habere.

Ex omnibus exceptionibus excipitur in hac lege, exceptio compensationis, sed propria & singulari ratione, quia is, qui exceptione hac vtitur, etiam omissa exceptione vltro habet actionem ad rem petendam, quam compensare volebat. Si actioni depositi recte opponuntur exceptiones, quibus depositarius per exceptionem non ipso iure vtebatur, multo magis audiendus est depositarius, qui depositi conuenitur, si dicat, se eo nomine soluisse aut satisfecisse deponenti. ita vt ipso iure liberaretur. Eadem ratione dicemus, exceptionem dominii deposito oppositam admittendam esse, id est, audiendum esse depositarium, etsi fateatur, rem apud se depositam fuisse, sed dicat, eam rem suam esse, *l. bona fide. §. vlt. ff. depos.* Nam si post depositum depositarius cœpit dominus esse eius rei, ipso iure liberatus est obligatione depositi, non secus quam solutione, quia depositum rei nostræ non consistit, *l. neque. de reg. iur.* Et tollitur omnis obligatio, cum in eum casum peruenit, a quo incipere non potuit, *l. pro parte. ff. de seru.* Quod si depositarius iam a principio dominus fuit, multo minus tenebitur, quoniam iam a principio nullum depositum fuit.

Eadem ratione dicemus, audiendum esse depositarium, si dicat rem depositam sibi pignori obligatam esse, ab eo qui deposuit. Nam hoc ipso, quod res pignori traditur creditori, conuenisse intelligitur, ne eam rem deponenti redderet, nisi soluta pecunia, *l. si rem. §. omnis. de pig. act.* Hæc conuentio non tollitur deposito, siue depositum præcesserit pignus, siue secutum sit. Proinde depositarius recte se tuebitur, quasi pacti conuenti exceptione. Neque iis posterioribus caussis aduersatur hæc constitutio, quæ repudiat exceptionem. Iam enim dixi, repudiari exceptionem, si quis eam opponat, quod dicat, se habere aliquas actiones aduersus deponentem: Nunc autem qui se dominum esse dicit, aut rem pignori obligatam, is nullam actionem habet aduersus deponentem eius rei nomine. Primo, quia possidet: Actio autem in rem possidenti non datur, *§. æque. vers. quod genus. Instit. de act.* Deinde, is qui deposuit neque possidet, neque dolo desiit possidere. Summa hæc est:

13 Aduersus † depositi actionem non potest depositarius se tueri exceptione vel compensationis, vel exceptione, quæ pertineat ad rem depositam retinendam, quam fatebatur depositarius se debere. Ceterum quæcunque exceptiones pertinent ad liberationem & inficiationem depositi, hæ non minus in hoc iudicio recte admittuntur, quam in ceteris omnibus, nec initium constitutionis vllo modo aduersatur.

*Ad Authen. Sed iam cautum.*

*Sed iam cautum est, ne quis extrinsecus depositario interdicat depositi restitutionem: qua subsecuta, depositor possidens pulsari poterit ab eo, qui interdixit. Si contra factum fuerit damnum, quodcunque acciderit ei, qui vim passus est, præstabitur ab eo qui interdixit, nec non & tertia centesimæ vsurarum nomine, ex quo facta est huiusmodi contestatio. Quibus pœnis subiacet, qui vel inquilino dationem pensionum, vel publicæ personæ pœnis interdicit administrationem.*

SVMMARIA.

1 *Huius authent. cum leg. præcedenti conciliatio.*

2 *Extraneus, qui cum dominus non esset, inhibuit restitutionem depositi, damnum præstabit.*

HÆC † Authentica non abrogat legem superiorem, vt vulgo putatur, sed ei legi adiicit. In extremo legis præcedentis ita constitutum est, vt si extraneus depositario denuntiarit, ne depositum deponenti redderet, possit depositarius rem depositam retinere, nisi deponens idonee caueat se esse defensurum. Vnde intelligimus, extranei obnũtiationem non esse inutilem, vt quæ pariat depositario retentionem depositi. Prima fronte videtur hoc abrogari in hac Authentica. Nam initio ita scriptum est, *Prohiberi omnem extranei prohibitionem, qua prohibeatur depositarius depositum reddere.* Si prohibetur hæc denuntiatio, consequens est, denuntiationem, quæ contra legem facta sit, nullius esse momenti, *l. non dubium. sup. de legib.* Et hinc opinio illa vulgaris, quæ est in extrema glossa Accursii legis præcedentis. 1

Sed tantum † abest, vt id ex Auth. hac colligere debeamus, vt aperte contrarium hac lege efficiatur. 2 Subiicitur enim: *Si quis extraneus contra fecerit, eum præstare debere deponenti omne damnum, quod illi ex ea denuntiatione contigerit.* Hinc aperte colligitur, denuntiationem non fuisse inutilem, sed præbuisse exceptionem depositario ad rem depositam retinendam. Nam si depositarius potuit contemnere hanc denuntiationem, nisi consenserit, ipsius culpa est, non denuntiantis. Et ideo nisi contenta hac denuntiatione restituerit statim depositum, ipse deponenti damnum præstare debet: non denuntiat autem, qui in culpa non est, cum denuntiatio eius fuerit inutilis.

Non obstat quod initio huius Auth. dicitur, *Prohiberi extraneum, ne inhibeat depositi restitutionem.* Nam inciuile est, nisi tota lege perspecta, iudicare & pronuntiare, *l. inciuile. de legib.* In hac autem lege, quod in principio generaliter dicitur, id explicatur postea ad hanc sententiam, vt intelligatur hoc prohiberi, sed indicta hac pœna denuntianti, vt si quod damnum ex ea denuntiatione deponenti contigerit, id damnum sarciat: sic fit, vt si personam depositarii spectet, denuntiatio sit inutilis ad retentionem rei depositæ ei pariendam: sin autem spectemus personam denuntiatoris, denuntiatio sit ei non solum inutilis, sed etiam damnosa, propter quam damnum deponenti sarcire debeat.

Sed hic opponuntur duæ regulæ iuris, quibus efficitur, extraneum, qui denuntiauit depositario, ne depositum redderet, non debere affici illa pœna, eoque non debere vllum damnum deponenti præstare. Nam si extraneus hic denuntiator est dominus rei, licuit ei sibi vigilare, & sibi cauere, cum ius ciuile vigilantibus scriptum sit, *l. pen. cir. fin. ff. quæ in fraud. cred.* Hoc amplius licuit ei rem suam vindicare, & vindicanti nulla potuit exceptio opponi, *l. officium. de rei vind.* Hæc si iure facere potuit dominus, quod iure fit, pœnam non meretur, *l. Gracchus. infr. de adult.* Respondeo: Hæc omnia vera sunt & admittenda in domino, qui denuntiauit depositario, ne depositum redderet. Non aduersatur hæc Auth. Non enim pertinet ad extraneum, qui dominus sit, sed ad eum, qui domi-

bus non est; & iniuria retardauit depositi restitutionem propter suam denuntiationem. Id liquet euidenter ex eo, quod exigitur ab extraneo, vt damnum deponenti præstet. Nullum damnum est deponentis, nisi is depositæ rei dominus fuerit: non potest autem dominus esse, quin extraneus non sit dominus, quia duo in solidū domini eiusdē rei esse nō possunt.

Sed hic rursum occurritur. Si extraneus dominus non fuit, de quo extraneo hic agitur, quo iure potuit prohibere, ne depositarius depositum redderet, & efficere, vt depositarius haberet rei depositæ retentionem? Resp. Reuera nullo iure inhibere potuit depositi restitutionem, quia dominus non est: sed non constat, eum non esse dominum, sed adhuc incertum est, propter hanc incertitudinem, & metum huius periculi, recte depositarius depositum retinet, priusquam illi idonee caueatur. Sic autem ex denuntiatione damnum pati potest is, qui rem deposuit, si res deposita sine dolo malo depositarii pereat, aut dolo quidem malo eius, sed is soluendo non sit. Nam priore casu depositarius non tenetur, posteriore tenetur, sed actio propter eius inopiam est inutilis. Ita fit, vt pereat deponēti, si nullus alius teneatur quam depositarius. Hoc damnum præstabit extraneus, qui cū dominus non esset, inhibuit restitutionem depositi.

Adiicitur in Authentica, etiam eum obnuntiatorem præstare debere vsuras trientes eius pecuniæ, quæ ex depositi caussa debeatur. Quæ sint hæ vsuræ, dixi *ad l. eos. §. 1. s̃. de vsur.*

*Ad L. vlt. Superuacuam.*

Imperator Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Superuacuam veterum differentiam e medio tollentes: si quis certum pondus auri vel argenti confecti vel in massa constituti deposuerit, & plures scripserit heredes, & vnus ex his contingentem sibi portionem a depositario acceperit, alter superſederit, vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, & postea depositarius in aduersam inciderit fortunam, vel sine dolo depositum perdiderit: sancimus, non esse coheredi eius licentiam venire contra eum coheredem suum, & ex eius parte auellere, quod ipse ex sua parte consequi minime potuit, quasi eo, quod coheres accepit, communi constituto: cum si certæ pecuniæ depositæ fuerint, & suam partem vnus ex heredibus accepit, nemini veniat in dubium bene eum accepisse partem suam, & non debere aliam partem attingere. nobis etenim nō videtur esse homo obnoxius, neq; in massa, neq; in specie, neq; in pecunia numerata, qui suam partem suscepit: ne industria pœnas desidiæ soluat. Si enim & alius heres tempora opportuna, quemadmodum coheres eius, obseruasset: & suam vterque reciperet, & sequentibus altercationibus minime locus relinqueretur.*

SVMMARIA.

1 *Res, numero, pondere, mensurave constantes, depositæ, deponente defuncto, pluribus heredibus relictis, diuiduntur numero, non corporibus.*

2 *Re vna duobus heredibus relicta, si vnus ex iis partem suā receperit, & altera pereat, an qui partem receperit, cum herede damnum communicare debeat.*

1 CVM † res depositæ sunt, quæ pondere, numero, mensurave constant: Pondere: vt *massa auri, argenti infecti, seu species factæ, vt vasa aurea vel argentea;* Numero, vt *pecunia numerata;* Mensura, vt *vinum, oleum, frumentum:* Si is, qui deposuit, decesserit, duobus pluribusve relictis heredibus, singuli heredes partem rerum depositarū pro numero & portione hereditaria recte petunt, eamq; iure a depositario insequuntur, ita vt q singuli consecuti sunt, ꝓprium sibi habeant. Hoc scriptū est de pecunia numerata deposita, *in l. 1. §. si pecunia. ff. h.* Sed nihilominus ad ceteras res omnes pertinet, quæ pondere aut mensura constant, de quibus ita placuit, vt eæ inter plures heredes diuidantur numero, non corporibus, *l. in stipulationibus 54. de verb. obl. l. cum Stychus 29. de solut.* Finge ergo duos esse heredes, ex massa duarum librarum, singuli vnam ferent: Ex duobus doliis vini depositis, singuli vnum: Ex 100. aureis, 50. singuli. Hoc ius inter omnes veteres certum fuit, neque id mutatur in hac lege, sed magis confirmatur.

Verum hic exstitit hæc quæstio: Finge † vnum ex duobus heredibus partem rerum superiorum accepisse, partem alteram, quæ reliqua erat apud depositariū, ita periisse, vt alteri coheredi salua esse non posset. Quod his modis cōtingit, si perierit sine dolo malo depositarii, quoniā depositarius nihil nisi dolum malū præstat, *l. 1. s̃. h.* aut perierit quidē dolo eius, sed is soluendo non sit, vt inopia eius excludat actionem, quia hæc pars amissa, cui ex heredibus pereat, vtrum alteri coheredi, qui nihil receperat, an vero vtriq;, vt is qui partem suam recepit, eam coheredi suo communicare debeat? Hæc quæstio est, quæ hic deciditur. Dubitatio videri potest ex eo esse. Nam rebus depositis integris manentibus, si pars pereat, commune damnum est, quoniam res est omnium heredum communis. In re communi damnum & periculum commune. Res enim sua domino cuique perit, *l. pignus. sup. de pig. act.* Par ergo esse videbatur, si parte recepta, altera pars perierit, vt idem seruemus, quasi coheres partem suam recipiendo conditionem depositi mutare non potuerit, neque conditionem coheredis sui facere deteriorem, *l. soluendo. ff. de neg. gest. l. non debet alteri. de reg. iur.*

Iustinianus hac ratione contemta, constituit in proposita specie partem amissam alteri coheredi perire: eum autem, qui suam partem recepit, non debere eam cum coherede suo communicare. Vtrumque optima ratione ducta ex regulis & principiis iuris, vt etiamsi hęc constitutio non esset, tamen ex illis principiis ita respondere deberemus. Nam quod attinet ad partem receptam, ea recipientis facta est, *d. l. 1. § si pecunia. ff. h.* Quod eius esse cœpit, ei inuito auferri non potest, *l. si procur. meus. de acq. rer. dom. l. id quod de reg. iur.* Quod autem ad reliquam partem attinet hoc soli alteri coheredi debebatur, & pręterea solius eius erat. Id enim necesse est, cum persona exemta facta sit, eius qui recepit. Sic etiam regula iuris, res debita sine debitoris culpa amissa, creditori suo perit, & multo magis, si idem creditor sit, & idem rei dominus, *l. quod te. si cert. petat. l. si ex legati caussa. de verb. oblig. d. l. pignus. sup. de pig. act.* Nihil ad rem pertinet, quod initio obiiciebatur, si re deposita integra manente pars apud depositarium pereat, commune detrimentum esse. Hoc enim eo fit propria ratione, quoniam vbi res manet integra, manet etiam communicatio in coheredes Iam dixi rei communis non posse aliter periculum & damnum esse, quam commune. Commutatur hæc ratio vbi vnus ex coheredibus partem suam recepit, sic enim recessum est a communicatione, & pars recepta facta est recipientis, pars reliqua soli alteri debetur, solius eius est, vt dixi. Quibus de caussis accidit, vt illi perire oporteat.

Diligenter autem notandum est, constitutionem

hanc scriptam esse de certis rebus, & certis personis, inter quas res communes sunt, vt sciamus in iis & rebus & personis constitutionem locum habere, ad ceteras res & personas non pertinere, ne forte aliis rebus aut personis obiectis existimemus hic aliud statui contrarium aliis locis. Loquitur ergo constitutio de iis rebus depositis, quæ pondere, numero, mensura constant. Hoc ad eas res non pertinet, quæ constant certa specie. Finge, plures equos esse depositos, plures boues, plura ligna; vnum ex heredibus duobus partem equorum aut certarum rerum ad se recepisse. Dicemus: Siue reliquæ partes, quæ apud depositarium manserunt, perierint, siue adhuc exstent, tamen & ipsas exstantes communes esse, & eam partem, quæ recepta est, semper esse communem, vt non tantum coheres, qui eam partem recepit, communicare suo coheredi debeat, sed etiam coheredi pro parte maneat ipso iure. Hoc enim est, quod veteres tradiderunt, in speciebus diuersis, fieri inter plures dominos corporibus non numero, vt intelligamus si 10. boues depositi sint, eos inter duos heredes non sic diuidi, vt singuli accipiant 5. boues, sed ita, vt singula boum corpora, sint inter ipsos communia pro partibus indiuisis, *d.l. in stipulationib. de verb. obl. l. 5. de stip. seru.* Hæc res facit, vt siue vnus certum numerum boum receperit, siue non receperit, semper singuli boues maneant inter singulos heredes communes, ex quo eueniet, vt in singulis bobus & commodum & damnum idem sit commune. Itaque vt dixi, hæc constitutio recte concepta est, de iis rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, quia ad species plures depositas non pertinet, neque potest pertinere.

Non obstat hæc lex, cum *in vers. penult.* Iustinianus ait, se hoc constituere non tantum in massa, sed etiam in specie deposita: sed addit in specie, cuius partem suam coheres suscepit, vt coheres partem suam recipiat ex rebus depositis, id est, ita partem, vt pars eius propria efficiatur. Contingit autem solum in rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, siue constent massa, siue certa specie, in aliis rebus locum non habet. Differentiæ ratio redditur *in d. l. cum Stychus. de solut.* quod res omnes pro indiuiso manere debeant communes inter heredes, nisi vtilitas & necessitas aliud suadeat, quam vtilitatem admittunt pecunia & res similes, quæ pro numero ita recte diuiduntur inter coheredes, vt hæc diuisio contingat sine cuiusque iniuria. Nam hæ in pari quantitate eandem vtilitatem præstant, *l. 2. §. 1. si cert. petat.*

Loquitur præterea constitutio de re communi inter plures heredes: hæc communio contingit sine heredum consensu, nam heredes in communionem incidunt, non autem societatem inter se contrahunt *l. heredes. §. non tantum. ff. fam. ercisc.* Ad hos, inter quos sine consensu ita communio constituitur, hæc constitutio pertinet: ad plures socios, quamuis inter eos res communis sit, non pertinet, vtputa ex duobus sociis vnus a debitore societatis partem debiti accepit, altera pars debiti periit, vel debitor soluendo esse desiit, placet eum, qui partem suam accepit, debere eam communicare alteri suo socio, *l. verum. §. si cum tres. ff. pro soc.* Differentiæ ratio est, quia nihil prohibet ex rebus sine societate communibus plus unum consequi diligentia sua, quam alterum, quia alter negligentia sua partem amiserit. Nec æquum est eum, qui sibi vigilauit, partem ad se receptam alteri communicare, quia de eo inter ipsos nihil conuenit. Diuersa caussa est societatis, quæ conuentione contrahitur, vt quicquid est damni & lucri ex societate, id sit commune inter socios, *Instit. de societ. in pr.*

## AD TITVLVM XXXV. COD.
### Mandati vel contra.

SVMMARIA.

1 *Contractuum genera quatuor.*
2 *Contractus quidam cur consensu fieri dicantur.*
3 *Contractuum qui consensu fiunt genera sex.*
4 *Ordo horum contractuum diuersus in Pand. Instit. & Cod.*
5 *Ordo natura quis.*
6 *Ordo doctrina quis.*
7 *Mandati summa.*
8 *Mandare quid.*
9 *Mandare quis intelligitur aut verbis aut silentio.*
10 *Verba mandati communia.*
11 *Verbum commendandi an mandatum contineat.*
12 *Silentio sine verbis quomodo quis mandare intelligatur.*
13 *Ad obligationem mandati, quæ præter verba & silentium requirantur.*
14 *Mandatum debet esse gratuitum.*
15 *Mandatum rei turpis nullum est.*
16 *Mandatum non debet esse solius eius gratia cui mandatur.*
17 *Ex consilio nemo obligatur.*
18 *Mandatum quibus modis finiatur.*
19 *Actio mandati directa cui competat.*
20 *Contraria mandati actio cui detur.*

HIc fere initium est tractandi de contractibus, qui consensu fieri debent, idque ex instituto huius libri. Nam hic institutum est agere de contractibus, vt tituli declarant, & ostendimus initio huius libri. Contractuum autem † quatuor genera esse dixi. 1
Aut enim re contrahitur, aut verbis, literis, aut consensu, *§. vlt. Inst. de oblig.* De prioribus generibus, id est, de iis, qui re fiunt, item qui literis, prius dictum est. De stipulatione, id est, de eo genere contractus, quod verbis fit, nihil agitur in hoc libro, sed agitur in libro octauo, quoniam visum est, stipulationem ad omnes contractus, omnia negotia & actus pertinere, vt iis quoque omnibus merito videatur subiici debuisse. Prioribus expositis restat quartum genus eorum contractuum, qui consensu fiunt, de quibus, vt dixi, hoc loco tractandi initium est. Sed fere, vt dixi, nam prius de constitutione actum est, quæ & ipsa obligatio ex consensu nascitur, vt attigi suo loco, & paulo post dicemus, obligationes quædam consensu contrahi debent, sed & quidam contractus consensu fieri, non quod consensu interueniente re fiant, alioqui nihil distarent hi contractus a ceteris generibus, quoniam nullus est contractus, nulla obligatio contrahendi, nisi cum suo consensu, *l. 1. § 1. vers ad & ff. de pact. l. inter stip. l. continemus. ff. de verb. obl.* Sed † ideo di- 2
cuntur fieri consensu, quod solo consensu fiunt, nec præter consensum ad contrahendum rem vllam desiderant. Non rem, non rei interuentũ & donationẽ, non verba, non literas. Id ita explicatur *in Instit. de oblig. ex consensu.*

Videri potest contrarium esse, quod traditur *in l. 4. ff pro socio.* nam illic scriptum est posse nos societa-

tem coire & re & verbis, & tamen constat societatem esse ex numero eorum contractuum, qui consensu fiunt, *Instit. de oblig. ex consen.* Respondeo: Aliud est, cum dicimus, contractum aliquando re fieri, aliud cum dicimus, re fieri posse, vt *in d. l. 4. pro socio.* Nam cum dicimus contractum re fieri, vt *in d. l. 1. ver. atqui. ff. de pact.* necessitatem significamus. Hoc enim dicimus ita re fieri, vt sine re fieri non possit, seu rem esse eiusmodi, quæ ad contractum sit necessaria. Hoc modo societas non potest dici re fieri, neque contractus quisquam ex iis, qui consensu fieri dicuntur. At cum dicimus societatem aut alium contractũ posse re fieri, hoc verbo *posse*, declaramus, posse quidem rem interuenire, vt ex re declaretur consensus & conuentio, sed ad eam obligationem contrahendã rem non esse necessariam. Quod cum dicimus, nihil hic cõtrarii dicimus. Volumus enim cõtractus cõsensu fieri: cum solo cõsensu fiant, vt præter cõsensum rem aliã ad obligationem cõtrahendam non desiderent.

In horum contractuum tractatione duo hæc spectanda sunt: Numerus horum contractuum, & tractandi ordo. Vtrumque ideo, quod multa sunt in iis,
3 quæ nos fallant, nisi attendimus. Numero † quatuor huius generis contractus proponuntur, *Inst. de obl. ex cons.* Emtio & venditio, locatio & conductio, societas, mandatum. Neque plures huius generis referuntur deinceps in hoc libro, neque etiam in Pandectis, ibi idem ordo Iureconsultorum obseruatus est. Sed intelligere oportet, huius generis contractus sex esse species. Nam præter quatuor illos superiores in hoc genere, habere adhuc duos necessarium est, constitutum & pactum donationis, seu pactum, quo quis dicit non se donaturum, sed iam donare illud aut illud. Priores quatuor cõtractus, qui hic ordine explicantur, cõtractus sunt, ex quib. obligatio nascitur. Ex cõstituto nascitur actio lege permissa, *§. de constituto. Inst. de act.* De eo genere supra dixi sub eodẽ titulo de const. pec. Ex pacto donationis nascitur obligatio & actio constitutione Iustin. *l. si quis argüit. in pr. §. sin vero & hanc. j. de donat.* De ea conuentione idcirco non agitur in hoc libro, sed sub tit. *de donat. lib. 8.* quæ ad contractum donationum videtur pertinere. Ceterum in his omnibus pariter conuentio est. Inest enim in omnibus consensus, & pariter in his solo consensu nascitur obligatio: quo fit, vt non minus dicatur necessarium, conuentiones & contractus fieri consensu, quam emtionem vẽditionemq; iure Cod.

4 Ordo in † his tractandis alius atque alius seruatus est in Institutionibus & in Pandectis, itemq; in Cod. hoc loco. Institut. hic ordo est, vt prius de emtione & venditione, secundo loco de locatione & conduct. tertio de societate, & quarto de mandato agatur. Cõuertitur hic ordo & in hoc libro & in Pandectis, vbi eadẽ collocatio est. Nam prius agitur de mãdato, posterius de societate, de emtione & locatione. Sed & in partibus duabus tractandis, prius agitur de mandato, quod erat in Instit. posterius. Ex quo intelligi potest, non idoneam rationem collocationis reddi tam ab Accurs. hoc loco, cum ait: Idcirco hic prius agitur de mandato, quod transit ex officio & amicitia, *l. 1. §. 1. ff. mand.* Nam si hæc ratio vera est, male in Institutionibus initium fit ab aliis titulis, sed cum sint hi ordines contrarii quiddam actu, defendemus vtrumq; ordinem natura & suis propriis rebus. Nam est ordo quidam naturæ: est & doctrinæ ordo.

5 Naturæ † ordo postulat, vt in rebus natura primis ordiamur, deinde ad secundas & natura tertias progrediamur. Hunc ordinem secuti sunt auctores Institutionum. Antiquissimum est emtio & venditio, *l. 1. ff. de contrah. emt.* Huic similis & pene eadem locatio est & conductio, ideo merito secundo loco tractatur. Ad vtrumque igitur contractum accedit similitudine societas. Nam ex societate sunt mutuæ actiones, ambæ directæ vt in prioribus contractibus, *§. ex quibusdã. Instit. de pœn. tem. lit.* Quib. expositis postremus locus relinquebatur mandato. At † doctrinæ ordo 6
hic est, vt in rebus facilioribus & leuioribus progressus fiat ad res difficiliores & latius patentes. Hic ordo seruatus est in C. & D. Nam & faciliores sunt contractus societatis & mandati, certe paucioribus præceptis continentur, difficiliores & latius in omnem partem patentes contractus reliqui, & ideo plus sequentium tituli occupant. Ideo initium factum est a mandato & societate, in quibus hoc loco præponitur mandatum societati, contra quam factum est in Institut. ob hanc caussam, quod mandatum obligationis, propius accedit ad eos contractus, qui præcesserunt, nempe Commodati, De pignoratitia actione, Depositi. Nam in illis mutuæ sunt actiones & obligationes, sed vna directa, altera contraria. Vnde fit in mandato, vnde erat inscriptio, *Mandati vel contra.*

Mandatum † hoc titulo primum proponitur, cuius contractus & obligationis hæc summa est, (quod 7
tenere etiam fit ad intellectionem legis) Vt sit mandatum obligatio. Hæc antecedere oportet. I. Vt sit mandatum. II. Vt suscipiatur ab eo, cui mandatum. III. Vt mandatum habeat conditiones, quas natura mandati exigit, vt non solum mandatum sit, sed etiam tale mandatum, quale oportet. IV. Vt mandatum perseueret, nec sit finitum. Nam finitum pro eo est, ac si mandatum non interuenisset. Inprimis mandatum esse oportet. Id an interuenerit intelligetur ex definitione & ratione mandati.

Mandare † est aliquid alicui gerendum committere, veluti vt per me fideiubeatur, vt meo nomine 8
fundum emas, vt mea negotia geras, cuius rei exempla sunt *in l. 2. ff. eod.* Mandare † quis intelligitur aut 9
verbis aut silentio. Verba † mandati sunt commu- 10
nia, quibus quis significat alteri, se petere, vt aliquid gerat, siue dicat alicui, *Gere meo nomine negotia mea*, vel, *Iubeo vt geras, fideiubeas, &c.* siue sint rogitus verba, vt *rogo fideiubeas meo nomine*, siue sint iniungentis, vt *volo geri fideicommitti*, vel etiam si sint significantia voluntatis, veluti *si negotia mea gesseris, gratum mihi feceris; spero fore vt meo nomine fideiubeas.* Hæc ex l. 1. cir. pr. ff. eod. sed maxime *ex l. si quis mihi bona. §. sed &. C iis & seq. ff. de acquir. hered.*

In hoc genere quæsitum est, an † verbum com- 11
mendandi mandatum contineat, vt puta, commendauit quis alicui per literas amicum suum, an de amico aliquid mandasse gerendum intelligitur? Et placet non videri mandasse eum, qui commendauit. Itaque commendandi verbum mandatum non esse. *l. cum vero. §. cum quidam. ff. eod.* de quo dicetur pluribus *ad l. si literas. infr. h. tit.* Verbis superioribus cum dicimus mandari non hoc intelligimus, quod necesse sit id fieri verbis inter præsentes, vt cum dicimus, *stipulationem verbis contrahi*, sed intelligimus superiectum verba exprimere mandatum, quo & ei mandata significentur, siue verbis inter præsentes, siue re-

bus interpositis per nuntium aut per epistolam contrahi potest, *l.1.in pr.ff.eod.* Silentio † sine verbis man-
12 dari intelligitur, cum quis nostro nomine aliquid gerit, veluti fideiubet nobis præsentibus & scientibus, & nos patimur. Hæc passio & concessio pro mandato est, *l.si fideiussor. infr.hoc tit.* vbi dicitur: Non est satis aliquid mandatum esse alteri vt gerat, vt mandati obligatio contrahatur, etiam ab eo cui mandatum, mandatum suscipi oportet. Tunc ergo mandati obligatio esse incipiet, cum ille mandatum receperit, id est, declarauerit, se facturum esse, quod mandatum est, *l.si mandauero.§.vlt.ff.eod.§.pen.ff.eod.*

Mandato autem ita recepto mandati obligatio contrahitur, solo hoc consensu, ita vt nihil referat, vtrum is, qui mandatum dedit, id significet præsenti verbis, an vero per nuntium absenti aut per episto-
13 lam, *l.1.in pr.ff.eod.* Non † sunt hæc duo ad obligationem mandati satis. Tertio loco accedere oportet has conditiones tres, quæ sunt mandati propriæ, vt mandatum sit gratuitum, seu suscipiatur gratis, vt mandatum sit rei non inhonestæ, tum vt mandatum non sit solius eius gratia cui mandatur.

14 Mandatum gratuitum † esse oportet, nulla pecunia initio interposita, siue data sit, vt negotium geratur, siue sit constituta certo loco, aut sic constituta, vt postea certa quantitas daretur, est incerti contractus genus, non mandatum. Mandatum enim ab obseruatione & amicitia rectius dicitur, *l.1.§.vlt.ff.eod. l.si tibi.ff.de præscript.verb.* Hæc res tamen non facit, quo minus in mandato recte salarium interueniat & constituatur pluraliter, de quo dicetur *ad l.1.6.* Etiam
15 rei † turpis mandatum nullum est, veluti si mandem tibi vt hominem occidas, vt furtum facias, *l.si remunerandi 8.§.rei turp. l.si mandauero 22.l. qui cædem.ff. mandati,§.illud.Instit.eod.* Et hoc omnium obligationum & contractuum commune est, *l.generaliter.& l.*
16 *seq.ff. de verb.oblig.* Tertia † mandati lex & conditio est, vt non sit mandatum interpositum solius mandati caussa. Ad hanc quæstionem explicandam referuntur illæ species mandati, de quibus agitur *in l.2.ff. eod.* Traditur mandatum interponi aut gratia tantum mandantis & alterius simul, aut mandantis & mandatarii simul, aut solius mandantis, de quibus generibus cognoscamus, ne dubitemus.

Sciendum est, summam totius huius contractus huc redire, vt intelligamus, cuiuscunque seu quorumcunque gratia aliquid mandatum sit, mandatum consistere, præterquam si mandatum sit solius eius caussa, cui mandatur: veluti nullum mandatum est, si mandem tibi, vt fundum tibi emas, aut vt pecuniam in emtione prædii colloces potius, quàm fœnori, vel contra. Hoc ideo nullum mandatum est, quia est
17 constitutum: ex † consilio autem nemo obligatur, *l. 2.cir.fin.ff.eod.* Ratio redditur *in d.l.2.* Quia in consilio liberum est vnicuique existimare, an consilium sibi expediat, nec ne: vt si male existimet, de se queri debeat, non de mandante, sed ita placet, consilii nullam obligationem esse, si non sit fraudulentum, vt est in regula iuris, *Fraudulenti consilii de obligatione actio est*: veluti si tibi mandem, vt in vicinum oppidum proficiscaris, vt ibi pecuniam tuam colloces, ibi reperiri paratos & locupletes, apud quos recte id omne colloces, cum scirem in itinere esse, & te exspectare, qui pecuniam ablaturi essent. Consilium tunc esse intelligitur, quoties sine expressione certæ personæ tibi mando, vt quid geras, veluti si mando indefinite vt pecuniam tuam colloces, vel in emtiones prædiorum, vel fundi, neque adiicio a quo emas, aut apud quem colloces, cuiusmodi sunt exempla, *d.l.2. in fin.ff.eod.* Diuersum est, si ita tibi mandarem, *vt pecunias tuas colloces in emtionem prædii L.Titii, quod ab illo emas, vel vt pecunias tuas apud Titium colloces.* Quo casu placet mandati obligationem esse *in §. actio. Instit.eod.* Quæ videri possunt prima specie contraria, sed non sunt: nam vbi certam personam expressi, apud quam collocares, aut cum qua negotium gereres, videor non tantum tua caussa mandasse, sed etiam personæ adiectæ gratia, quæ res a consilio recedit: Et in hanc sententiam accipere oportet, quod Vlpianus scribit *in l.si remunerand. §.plane. ff. eodem.* vbi ait: Etsi mandatarii solius caussa aliquid mandetur, tamen mandatum est, si ille aliter facturus non fuerit.

Quæro, quando aliud non facturus fuisse videatur? Nempe tunc, cum aut nominatim id dixit, & mandatum periculum in se suscepit, vt in exemplo *l. si hered.ff.eod.* aut cum mandator nominatim certam personam expressit, cum qua negotium gereretur: hac expressa inquit, ideo mandati obligatio est, quia non videtur mandatarius aliter cum eo negotium gesturus fuisse, quod diserte ita explicatur *in d.§.adeo. Instit.eod.*

Postremo, vt mandatum interueniat, vt sit susceptum, vt habeat eas conditiones, quas supra dixi, tamen definit esse mandatum, si sit finitum, vt perinde habendum sit, quasi omnino non interuenisset. Finitur † autem certis modis, veluti morte, *l.mandati. hoc titul.* vbi dicitur, mandato ita contracto & perseueranti, vt diximus, mandati obligatio nascitur inter mandatorem & eum, qui mandatum suscepit, quem iuris auctores & mandatarium & procuratorem appellant. Mandatarii verbum passim occurrit, mandatarium etiam dici procuratorem intelligimus *ex l. si vero. §. contrario. ff. eod.* & definitione procuratoris *in l.1.de procurat.* 18

Quibus locis constanter traditur, omnem negotii alieni procurationem, etiamsi vnum negotium geratur, si mandatu geratur, procuratorem facere eum qui gerit. Hic autem obligatur non tantum is, qui mandatum suscepit, sed etiam obligat sibi eum, qui mandauit, vt sint hic mutuæ obligationes inter mandantem & procuratorem, vnde & mutuæ actiones proditæ, directa & contraria. Directa † mandatori, 19
quæ mandati actio absolute appellatur, *l.si procurator.§. mandat. ff.eodem.* Contraria procuratori seu mandatario, *l.si vero.§.contrar.ff.eodem.l.4.h.* Ex contraria actione, quæ sequentibus in locis nominatur intelligimus, huic oppositam esse directam, quæ mandatori competit. Nam contraria directis opponuntur, *§.ex quibusdam, Institut.h.* Directa actione mandati quid procurator domino præstare debeat, & quas ad res obligetur, comprehensum est *in l.procurat.* & similibus aliquot locis, vbi dicetur. Contraria † mandati actione, quid mandator præstare 20
debeat procuratori, significanter declaratur *in l.1. hic.*

*Ad L.1. Aduersus eum.*

Impp. Seuerus & Antoninus Augusti Leonidæ.

*Aduersus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam eroga-*

*erogasti, mandati actione pro sorte & vsuris potes experiri. De salario autem, quod promisit, apud præsidem prouinciæ cognitio præbebitur.*

SVMMARIA.

1 *Negotio gesto quæ procuratori a mandatore sint præstanda.*
2 *Impendia mandati exsequendi caussa facta procurator recte petit: & quæ ea sint.*
3 *An & impensarum vsuræ procuratori debeantur.*
4 *Mandati iudicio damnatus notatur infamia.*
5 *An in mandato locus esse possit salario.*
6 *Salarium quid.*
7 *Inter mercedem & salarium quid intersit.*
8 *Salarium an omnino debeatur iis, qui mandatum susceperunt & executi sunt, sine vlla conuentione, an vero non nisi constitutum & promissum.*
9 *Aduocatus quis.*
10 *Salarium si non sit promissum, qua conuentione & promissione debeatur.*
11 *Salarium an ex omni conuentione & semper constitutum peti posit.*
12 *Salarium qua actione peti possit. & nu. 14.*
13 *Extra ordinem verba quid significent.*

1 TRIA † sunt, quæ negotio gesto procuratori præstanda sunt a mandatore, de quibus breuiter hoc rescriptum comprehensum est. I. Quod impendit procurator mandati exsequendi caussa. II. Eius pecuniæ vsuræ. III. Præterea & salarium ob negotium
2 gestum. Impendia † mandati exsequendi caussa facta, procurator recte petit, *l. si quis alicui. §. impendii. ff. eod.* Huius generis impendia sunt, quæ hic notantur, veluti si procurator impenderit pecuniam suam, vt pro mandatore solueret & liberaret eum a distractione pignorum, aut pœna, quæ alioqui committeretur; Aut si pecuniam aliunde sumserit mutuo, quam in eundum vsum collocaret, nam & hæc vere debetur, *l. eius qui mutuum accepit. l. 2. in pr. & §. pen. & vlt. ff. si cert. pet.* Nihilominus hic idem dicendum est, si procurator nomine mandantis se alicui obligauit, tantum ei abesse intelligitur, *l. si quis mandator. in fin. ff. de neg. gest.*

3 Hoc amplius † & eius pecuniæ impensæ vsuræ procuratori debentur citra controuersiam ex mora, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis, *l. post solutionem. l. pretii. ℐ. b. t.* sed & sine mora vsuræ ei debentur, si quæ ei absunt. Quod ita contingit, si coactus est ad negotium exsequendum, pecuniam aliunde mutuo sumere, quam non potuit reperire nisi vsuris promissis, has vsuras si soluit procurator, recte exiget. Idem est, si pecunia ei debeatur sub vsuris, & eam recipit a debitoribus suis, vt eam in negotium gerendum impenderet, hic quoque eas vsuras recte exiget, quibus caruit, cum alioqui habere potuisset. Et hoc si ex fide gessit & necessitate negotii ita postulante, *l. si vero. §. si mihi mand. ff. eodem.*

Non obstat, quod traditum est in bonæ fidei iudiciis, vsuras non deberi sine conuentione, nisi ex mora, *l. in bon. fid. sup. de vsur.* Hoc enim ita verum est, si vsuræ vt vsuræ petuntur, id est, vt sortis accessiones. Diuersum est, si vsuræ, quæ petuntur, sunt res principalis, de qua in contractu agitur, vt docuimus *ad d. l. bon. fid.* quod in superioribus vsuris accidit. Nam in actione mandati pecunia & res principalis, quæ in ea actione & obligatione deducitur, est id, quod procuratori per caussam mandati abest, *argument. in l. 2. ff. de neg. gest.* Superiores autem vsuræ illi absunt, mandati exsequendi caussa petuntur. Ergo vt res principales non vt accessiones sortis. Et ob id ad regulam superiorem de vsuris mutuo præstandis non pertinent. De his rebus mandati actio procuratori competit, vt hic scriptum est. Mandati contrariam intelligere debemus. Hæc enim datur ei, qui mandatum suscepit, *d. l. si vero. §. contrar. ff. eod.* Hoc moneri eo spectat, vt ex eo statuatur de infamia iudicii. Nam mandati † iudicio damnatus notatur infamia ex edicto, sed ita si damnatus sit directo iudicio, non contrario, *l. 1. in clausula edict. pro socio. & l. furti. §. vlt. ff. de his qui not. inf.* 4

De † salario hic traditur, id peti posse a procuratore seruo, cognitione præsidis, si permissum sit. Hinc 5 multa de salario quæsita sunt ad explicationem huius loci & similium pertinentia, de quibus dicam, vt ordo rei postulat. Ac primum quæritur, an in mandato locus esse possit salario? id est, an mandato consistente possit deberi salarium? Nam † salarium pecunia est, quæ remunerandi caussa datur. Respondeo: Con- 6 stat ex hoc loco & aliis quamplurimis, vt *l. salarium. ℐ. ff. eod.* salarium in caussa mandati constitui & dari posse. Sed id expressum est *in l. si remunerandi. in pr. ff. eod.* vbi Iustiniani verba sunt: Si remunerandi caussa honos interuenit, mandati actio est. Honos figurate, id est, salarium remunerandi seu honorandi caussa datum seu constitutum, quod & vno verbo nominatur honorarium, *l. 1. infr. si mens. fal. l. 1. §. an honorariis. ff. de extraord. cogn.* Non debemus moueri eo, quod mandatum gratuitum esse oportet. Non enim eo minus gratuitum est mandatum, quod salarium & honorarium interuenit. Tunc enim mandatum gratuitum esse intelligitur, cum ab initio recipitur mandatum ea lege, vt mercedem certam pro opera accipiat, aut accipiat eam, de qua postea constituetur.

Hac conuentione interposita aut loco contrahitur, aut aliter contractus geritur, ex quo de præscriptis verbis actio tibi potienda. *ff. de præscrip. verb.* & cum mandatum ab initio gratis recipitur a procuratore seu mãdatario, tunc vero mandatum est gratuitum. Hic autem salarium & honorarium locum habet. Tunc enim salarium & honorarium intelligitur cum mandato gratis recepto, dominus idemq; mandator salarium sua voluntate constituit, sine vlla necessitate conuentionis aut cõtractus. Hæc libertas & voluntas salariũ constitui ostendit gratis, & beneficii loco mercedẽ: nã dicitur honos, vnde honorarium, vt traditur *in d. l. 1. ff. si mens. fals. mod.* Hinc † apparet, 7 quid intersit inter mercedem ꝑ opera constitutã & salariũ: vtrumq; pecunia est pro opera constituta, sed merces conuentione ab initio cõstituitur, salariũ postea cum ab initio mandatũ gratis esset susceptũ: non ꝙ prohibet natura mandati, quo minus honos & salarium recte interueniat, postea vt cõstituatur beneficii, non mercedis caussa, & vt dicitur *in l. si remunerand.* dum cõstituatur remunerãdi & honoris caussa.

Sequens quæstio est, † postquam salarium deberi 8 potest ei, qui mandatum exsequitur, an omnino qui mandatum susceperunt & executi sunt, eis salarium debeatur sine vlla conuentione, an vero non nisi promissum & constitutum a mandatore. Nam hoc rescriptum promissi salarii mentionem habet, & pene omnes loci, qui sunt de salario, constitutionem & promissionem exigere videntur, vt hæc *l. salar. ℐ. de salar. & l. qui mutuum. § salar. ff. eod.* Respondeo: Sunt quibus etiam sine conuentione salarium debeatur:

Sunt contra, quibus non debeatur nisi promissum & constitutum. Qui procuratores caussæ agendæ operam dant, etiam sine vlla conuentione honorarium recte petunt, iisque constituitur pro æstimatione magistratus. Hinc tributum est aduocanti ex constitutionibus, *l.1.§.in honor.ff.de extraordinar.cognit.* Aduocatum † definiunt, qui caussis agendis quoquo
9 studio operatur. Hac definitione continentur etiam procuratores litis, proinde & hi ad superiores constitutiones pertinent. Ceteris procuratoribus non debetur salarium nisi promissum, vt hæc lex & infra scripti loci exigunt.

10 Tertio loco quæritur, si † non nisi promissum salarium debetur, qua conuentione & promissione debeatur? Nam hoc rescriptum de promisso salario loquitur, proprie autem, id est, simpliciter promitti dicitur, quod promittitur stipulatione, §.*quod scriptum. Inst.de inut.stip.* Sed cõstat ex aliis locis, vt salariũ constitutũ dicatur, satis esse constitui pollicitatione, sine vlla stipulatione, *l.salar.ℑ.d.l.quod mutuũ.§.salar.ff.eo.* Hinc est, quod *in l.7.ff.eod.* dicitur, stipendium peti posse, cũ sit constitutũ, vt intelligamus, quomodocunq; cõstitutũ sit, siue stipulatione, siue pacto domini. Nihil ad rem pertinet, quod in hoc rescripto exigitur, vt sit salariũ promissum. Nam generaliter promissum tam dicitur, quod pollicitatione promissum est, quam quod sponsione, *l.sciendum.§.dictum.ff.de ædil.ed.*

Sed hic obstat regula iuris noti: Ex pacto nudo nõ nascitur actio, *l.lege.§.1.de pact.l.iur.gen.§.qui minimo.& seq.de pact.* Respondeo: Non est pactum nudũ, vbi dominus constituit salarium hac lege, vt mandatarius mandatum libentius exsequatur, & mandatarius exsequitur. Hic enim præter conuentionem mandatarius facit vt accipiat, quod cum interuenit, pactum nudum non est, sed negotium ciuile contrahitur, *l.solent.ff.de præscript.verb.d.l.legem.supr.de pact.* Et ideo intelligimus, salarium recte constitui, & constitutum peti posse, tunc, cum mandato gratis recepto, constituitur salarium, antequam mandatarius mandatum impleuit. Quod si mandato impleto dominus polliceatur mandatario, se aliquid certi daturum, pactum nudum est, ex quo non nascitur actio. Itaque tunc solum nascetur, cum stipulanti mandatario promiserit, vt pactum ex stipulatione sumat effectum, *l.diuis.ff.de pact.*

11 Quarto loco quæritur, quoniam † salarium constitui potest vt debeatur, etiam conuentione, an ex omni conuentione & semper constitutum salarium peti possit? Respondeo: Non potest. Duæ conuentiones excipiuntur, quas ad definitionem huius loci & cognitionem præsidis reuocare oportebit. Vna est, si simpliciter constitutum, incerta quantitate, *l.salar.ℑ.l.qui mutuum.§.salar.ff.eod.* Exempli gratia, si dominus mandatario ita dixerit, *Exsequere quantum potes, mandatum, polliceor tibi me memorem futurum & salarium daturum, cuius te non pœnitebit.* Eiusmodi constitutio eum non obligat, nec salarium peti potest, vel mandati actione, vel extra ord. *vt est in d.l.qui mutuum,§.salar.ff.eod.* Hoc commune est in omnibus conuentionibus & stipulationibus. In omni stipulatione & promissione rem esse oportet, quę pręstetur. Nihil autem interest, vtrum nulla res sit, an vero incerta, eo sit, vt placeret, omnem stipulationem incertæ quantitatis esse inutilem, *l.ita stipulatus.in pr.ff.de verb.obl.* Altera conuentio constituti salarii est inutilis, vbi certa quantitas salarii constituitur, sed ex euentu litis, vt si dominus ita dicat, *si viceris, promitto tibi tertiam partem victoriæ,* de qua conuentione est *in l.si caussam.ℑ.h.t.* vbi plura dicentur. Tunc ergo in summa salarium debetur & peti potest, cum quis procurator caussam egit, idq; sine exceptione. Ceteris salarium ita debetur, si promissum erit, & certa quantitate ab initio constituta, aut ea, quæ fiat certa ex euentu, dummodo non ex euentu litis.

Postremo quæritur: Salarium † ita debitum qua actione peti potest? Nam hæc lex videtur proponere aliam actionem quam mandati. Cum enim in prioribus rebus mandati actionem tribuisset, subiicit per aduersatiuam, *De salario autem quod mandator promisit, apud præsidem cognitio præbebitur.* Respondeo: Et hoc verum est, de salario nullam certam ac ne mandati quidem actionem competere, quod intelligitur ex suprascriptis verbis, quibus duo continentur. I. Sequitur, non dari de salario actionem mandati. Id significat cognitionis verbum: nam ea, quæ pendent ex cognitione præsidis, nullam certam & propriam actionem habent, *l.quod si velit,§.vlt.ff.de min.* Hic autem de salario tribuitur præsidis cognitio. Huc accedit aduersatiua, quæ interponitur. Ait enim lex, prius, vt dixi, de sorte impensa & in eius sortis vsum rescriptum nominatim dederat actionem mandati, nunc per aduersatiuam de salario tribuit cognitionem præsidis. Proinde mandati actio denegari intelligitur, alioquin præcedentibus non aduersaretur. Quinimo ita dicendum est, si mandati actio competeret de salario, quoque eadem actio esset. Nunc autem ita dicitur: *De salario autem cognitio præsidis prabetur.* 12

Ea res ita habet de salario & petitione in mandato interueniente. In mandato actio esse non potest, si ab initio merces constituta est: locus est in mandato, si salarium non est constitutum: vt non constitutum detur procuratoribus litis, citra controuersiam mandati actione peti non potest. Dicitur enim peti extra ordinem, mandati autem actio ordinaria est, *l.salar.ff.eod.* Sed etsi constitutum sit salarium, nihilominus extra ordinem petitur, *d.l.salar.* Et sane mandati actione directa non petitur, quoniam hæc procuratoribus non competit, sed nec peti potest contraria, quia in contrariam mandati actionem id venit, quod procuratori videtur abesse. Recte ergo dicitur, mandati actionem de salario non competere. Ideoque prudenter in hac lege petitio de salario distincta est a ceteris rebus, quas procurator & mandatarius persequitur mandati actione, liquidis verbis alterum significatur, nempe ipsum prætorem & præsidem, id est, magistratum ordinarium, qui iurisdictionem habet, ipsum de salario cognoscere debere, iudicem autem dari non posse, id significat cognitio præsidis. Tunc enim cognitio præsidis vel prætoris & magistratus esse dicitur, cum ipse solus cognoscit, *d.l.quod si velit,§.vlt.ff.de minor.*

Vtraque de caussa salarium dicitur peti † extra ordinem *in d.l.salarium.ff.eod.& d.l.qui mutuum,§.salar.ibid.* Cuius verbi hæc ratio est: Ordo auctoribus iuris dicitur, quod fit recepto & vsitato more, quoniam quæ rite fiunt, geruntur certo ordine constituto rerum gerendarum. Hinc fit, vt cum aliqua in re receditur a veteri & vsitato more, ab vsitata via & forma, dicatur res geri extra ordinem, vt sit sensus extra consuetum agendi morem, vt patet ex his locis, *l.ordo.de public.iudic.l.3.in princip.ff.ne vis fiat ei qui in possess-* 13

*possessionem.l.actio,antepen.de neg.gest.* Id autem accidit in petitione salarii ex iis,quæ supra dixi. Nam ordinaria agendi ratio est, vt agatur actionibus & constitutionibus iure constitutis, *l.exstat.ff.quod metus caussa.* Proinde vbi directa actione non agitur, sed vtili, vt hic fit, dicitur actio extraordinaria, vel iudicium extraordinarium *d.l.antepen.de neg.gest.*

Præterea in iurisdictione veteri magistratuum & iudicum hic mos erat vet. Rom. vt prætores, præsides, id est, magistratus, qui imperium & iurisdictionem habebant, pœnam cognoscerent de ea re, de qua iudicio auditi erant: sed non solebant verum iudicem dare priuatim, qui de re cognosceret.Id significatur *in l.imperium, de iurisd.* illa iurisdictio est iudicem dandi licentia. Est enim hic sensus: Iurisdictio est, vt qui eam habet, possit iudicem dare, cognoscere vero, non necesse habeat. Quare in quibus caussis prætor ipse vel præses cognoscere cogebatur, hic dicebatur cognoscere extra ordinem, id est, extra consuetum iudiciorum & iurisdictionis morem, & ipsa cognitio prætoris dicitur extraordinaria, talis est autem cognitio de salario. Hinc titulus de extraordinariis cognitionibus. Quo verbo significantur prætorum & præsidum cognitiones eæ, in quibus ipsi cognoscere cogebantur: non enim poterant iudices dare:quod significatur *in l.2.§.de pagan.iudic.*

14 Sed vtrumq;,† quod diximus de mandati actione, deq; extraordinaria persecutione salarii consequendi caussa, euerti videtur *l.si remunerandi.ff.eod.* vbi in principio hæc verba sunt, quæ iam dixi: *Si remunerandi caussa honos*,id est, *honorarium & salarium interueniat, mandati actio est.* Ergo dicat aliquis, *mandati actionem esse de salario & honorario*, de quo Vlpianus locutus est, vt versio ad quæstionem & propositionem referatur. Ergo de salario ordinaria actio erit. Proinde extraordinarie de salario non agitur, neque cognitione prætoria.Respondeo:Quod dicitur salario interueniente actionem mandati esse, sic interpretandum est, vt sit mandati actio de aliis omnibus rebus, quæ mandati iudicio petuntur. Ceterum non est mandati actio de salario.

Hoc sentire Vlpianum in suprascriptis verbis plusquam manifestum est ex vers. sequenti, *Et continenti.* Scribit enim:Si alicui mandatum sit,vt negotia mea administret, hac actione conueniendus erit. Hanc actionem intelligens directam, quoniam mādati actio directa competit mandatori, non autem contraria, *l.si vero.§.contrar.ff.h.* Hac autem (demonstratione) hac actionem demonstret,actionem mandati,de qua prius locutus erat, dum dixit,mandati actio est. Ergo cum dixit, *Salario interueniente mandati actionem esse*, significauit, actionem mandati directam esse. Porro mandati actio directa de salario non competit, quoniam salarium debetur procuratori, huic autem contraria actio mandati datur, non directa. Proinde Vlpianus non sensit mandati actionem de salario dari, cum dixit: *Salario interueniente mandati actio est.*

Sed etsi Vlpianus de mandati actione non loqueretur, tamen idem intelligere oportet, nempe mandati actionem non competere de salario,sed de ceteris rebus. Non enim dicit Vlpianus nominatim, mādati actionē competere de salario, sed simpliciter & generaliter mandati actionē esse. Hæc verba nō possumus aliter interpretari, quam vt mandati actio cōpetat de iis rebus, in quas mandati actio cadit. Neque enim mandati actio competit de omnibus rebus, vtputa,non competit de deposito,aut commodato,aut emto, aut locato. Iam vero constat ex aliis locis, nec eam competere de salario, sed salarium etiam constitutum peti extraordinarie, *l.7.ff.h.* Proinde dicendum est, etiam suprascriptis verbis non significari,actionem mandati competere de salario.

Sed si de salario hæc actio non competit, cur Vlpianus prius mentionem fecit salarii interuenientis? Resp. Quod dubitabatur, an salario interueniente mandatum vllum esset, ac proinde an vlla dari posset mandati actio, non dico de salario, sed in vniuersum in omnibus rebus,quę mandati iudicio peti possunt. Nam mandatum debet esse gratuitum, non videtur autem esse gratuitum, vbi salarium interuenit. Aduersus hanc dubitationem definit Vlpianus: *Etsi remunerandi caussa honorarium interueniat,tamen nihilominus mandati actionem esse.* Vt sit sensus: Nihilominus mandatum consistere,proinde & mandati actionem esse,sed actionem de iis rebus omnibus, de quibus esset mandati actio,si salarium non interuenisset. Nam de salario neque mandatum contrahitur, neq; mandati actio est,sed petitur extraordinarie. Sed etiamsi de salario quis concedat mandati actionem nō esse, tamen videtur id peti posse actione ciuili præscriptis verbis, quasi negotio inter dominum & procuratorem gesto, quia dominus salarium constituit, eo pacto, aut certe eo animo, vt procurator negotia gerat,aut gerat libentius & alacrius. Ergo vbi procurator gessit, negotium contrahitur, ex quo est præscript.verb.actio,vt traditur *in l.solent.de præscript.ver.* Quod si præscriptorum verborum actio competit de salario, non petitur salarium extraordinarie, quia præscript.verb.actio ordinaria est, *l.iuris gent.de pact. l.1.2.3.d.l.solent.de præscript.verb.* Respondeo: In salario constituto nullum negotium ciuile proprie geritur. Nam etsi dominus constituit salarium hoc animo, vt procurator negotium gerat, tamen procurator non ideo accipit salarium,vt negotium gerat. Argumento certissimo est,quod & sine salario gesturus erat,cum ab initio mandatum gerendi susceperit,denique beneficii loco operam probare creditur, vnde & quod ei datur honos seu honorarium dicitur, vt est in specie simili de agrimensore, *l.1.cir.princ.ff.si mens.fals.* Quare ne hic quidem præscriptorum verborum actionem visum est esse, & ob id recte placuit veteribus salarium, quamuis constitutum est, extraordinarie peti,vt explicatur *in d.l.1.ff.eod.* Proinde peti cognitione prætoris seu præsidis, quæ extraordinaria cognitio est,vt supra dixi.

*Ad L.2. Cum ex caussa.*

Impp.Seuerus & Antoninus Augusti Marcello.

*Cum ex caussa fideiussionis pecuniam patrem tuum exsoluisse proponas, habes mandati actionem: qua non solum pecuniam, sed etiam pignora in obligationem deducta,potes consequi.*

SVMMARIA.

1 *Fideiussor, qui mandato debitoris pro debitore fideiussit, quando aduersus eum mandati contrariam habeat:& an hæc actio liberis eorum detur.& nu.2.*

3 *Mandati actio an competat fideiussori de pecunia a fideiussore soluta.*

4 *An etiam competat de pignoribus in obligationem deductis.*

FIDEIVSSOR, qui mandato debitoris pro debitore fideiussit,habet aduersus debitorem manda-

ti actionem contrariam, vt omnes qui mandatum
1 susceperunt, *l. si vero. §. contrar. ff. eod.* Sed † habet, cum pecuniam soluit, non ante, nisi in iis caussis, quæ exci-
2 piuntur, de quibus est *in l. si pro eo. inf. eod.* Hæc † actio non tantum fideiussori datur, sed etiam liberis fideiussoris, vtpote patris heredibus: nam nisi quid aperte contra exprimitur, semper patre mortuo liberi, qui primo gradu sunt, exsistunt patri heredes, *l. in suis. de lib. & posth.* Porro omnes actiones in personam, etiam heredibus competunt, excepta iniuriarum actione, & si quæ actiones similes sunt, quę solam vindictam, non rei persecutionem continent, *§. 1. Instit. de perpet. & tempor.*

Competit autem hæc actio, vt hic scriptum est, duas ad res, ad pecuniam solutam, & ad pignora in
3 obligationem deducta. De † pecunia a fideiussore soluta, quin mandati actio competat, nulla dubitatio est. Nam pecunia soluta fideiussori mandati exsequendi caussa, de omnibus eiusmodi impendiis mandati actionem contrariam esse constat, *l. si quis*
4 *alicui. §. impend. ff. eod.* Sed de † altero dubitatur, quod hic traditur, fideiussorem, itemque heredem fideiussoris, pecunia soluta, habere actionem mandati contrariam, qua consequatur pignora in obligationem deducta. Hoc defendi posse non videtur, vnde est huius rescripti difficultas. Nam aut pignora hæc, quę nomine debitoris creditori obligata sunt, profecta sunt a debitore, qui res suas creditori suo pignori obligauit: aut profecta sunt a fideiussore, qui vel res suas debitoris nomine creditori eius obligauit, vel res suas dedit debitori, quas deinde debitor suo nomine creditori suo obligauit: nihil est quartum.

Hic in iis omnibus speciebus non videtur fideiussorem aut heredem eius de iis pignoribus mandati actionem habere aduersus debitorem. I De rebus debitoris, quas ille suo nomine pignori obligauit creditori, non habet actionem mandati, neq; fideiussor, neq; heres eius. Nam non est mandati actio contraria, nisi de eo, quod procuratori abest. Hæc autem pignora fideiussori non absunt, quia nunquam fuerunt in bonis eius, neq; ab eo profecta sunt, sed a debitore. II. Sed etsi fideiussor res suas pignori obligauit nomine debitoris, tamen pecunia soluta ipse repetere debet pignora sua a creditore pignoratitia actione. De iis autē mandati actionē non habet aduersus debitorem. Nam, vt iam dixi, hic mādati actionē habet, si id petat, ꝙ ei abest: hæc autem pignora illi abesse nō videntur, postq̃ pecuniam creditori soluit. Nam qui actionem habet ad rem recuperandam, is rem habere videtur, *l. qui habet. de reg. iur.* Ipse autem habet actionem pignoratitiam, qui pignora dedit, *l. si rem. §. is quoque. ff. de pig. act.* III. Postremo si ipse fideiussor dedit res suas debitori, quas debitor deinde creditori suo oppignoraret, hoc casu non habet mandati actionem, quia commodati actionem esse diserte scriptum est *in l. si incerto. §. nunc videndum. ff. commod.* Sic fit, vt dixi, vt non videatur mandati esse actionem fideiussoris heredisve eius, qua pignora in obligationem deducta consequatur a debitore, siue debitor de suo dederit, siue fideiussor.

Respondeo: De iis ita ius est. Primo, quod attinet ad eas res debitoris, quas debitor creditori suo pignori obligauit, constitutum hoc esse debet, neq; fideiussorem neq; heredem eius habere de his rebus actionem mandati contrariam aduersus debitorem. Hæc enim actio competit de his, quæ procuratori absunt, *l. si vero. §. si mihi, mandati, l. si quis alicui. §. impendia. ff. eod.* Constat autem, hæc pignora, quæ a debitore profecta sunt, fideiussori non abesse. Sane fideiussor, priusquam pecuniam soluat, potest consequi a creditore, vt se in ius pignorum a debitore obligatorum transferat, sed id consequitur exceptione, non actione, *l. 2. j. de fideiuss.* & si consequeretur, non tamen esset mandati actio, cum mandatum inter creditorem & fideiussorem nullum interueniat. Quod si fideiussor consecutus fuerit a creditore, vt pignora in se transferantur, habebit ille quidē deinceps actionē ad ea persequēda, etiā aduersus debitorem, si debitor ea possidebit, sed ea actio est actio de pignore, id est, hypothecaria, quæ in rē est, *§. item Seruian. de act. l. pignoris. j. de pign. l. pign. ff. eod.* Proinde nō est actio in personam, eoq; nec mandati, quæ in personam est: toto enim genere distāt actio in rē & actio in personam, *§. 1. de act. l. actionum genera. de act. & obl.*

Restat igitur, vt fideiussor heresve eius, si quam mandati actionem habet de pignore repetēdo, eam habeat de pignoribus a fideiussore profectis. Et vero de iis mandati actio contraria competit aduersus debitorem ob pecuniam a fideiussore solutam, siue fideiussor ipse eá obligauit nomine debitoris, siue debitori dederit creditori obliganda. Si ipse obligauit, nomine debitoris, ideo pecunia soluta, habet actionem mandati contrariam aduersus debitorem, quia hęc pignora per mandatum debitoris illi absunt. Nō obstat ei, quod dicitur, eum, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videri, *d. l. qui habet.* quoniā in proposito fideiussor de pignorib. repetendis, vt pignoribus, aduersus creditorē actionē non habet. Ipse quidem dedit pignora creditori, sed dedit nomine debitoris, non suo. Is dedisse intelligitur, cuius nomine pignus datū est. Debitoris nomine datū est. Proinde ipse debitor dedisse intelligitur, atque de pignorib. actionē habet, non fideiussor. Quēadmodum in mutuo is mutuum dedisse intelligitur, cuius nomine mutuū datum est, eiq; actio de mutuo competit, *l. certi. §. si nummos. ff. si cert. pet.* Item indebito soluto is indebitum soluisse intelligitur, cuius nomine solutum est, eiq; soli condictio indebiti cōpetit, si eius mandato maxime solutum sit, *l. indebitū. l. cum indebitum. l. 6. de condict. indeb.* Quare & in pignore is pignus dedisse intelligitur, cuius nomine datum est, eique soli pignoratitia actio competit.

Sed etsi fideiussor res suas debitori dederit in hoc vtendas, vt ipse eas creditori suo pignori obligaret, habebit fideiussor heresq; eius, soluta pecunia, actionem contrariam mandati, aduersus debitorem ad ea pignora consequenda, vtpote quę illi absunt ex caussa mandati, vbi debitor mandauit fideiussori apud creditorem intercedere persona sua & pignoribus. Non obstat *l. si vt. §. nunc vid. 2. ff. commod.* vbi commodati actio datur ei, qui res suas commodauit debitori, vt eas pignori obligaret. Hoc enim tūc recte dicitur, cum solum cōmodatum fuit, mandatū autem nullū antecessit. At si mandatum præcessit, vt in specie proposita, mandati actio erit non commodati. Id vt dixi in specie ꝓposita hoc modo accidit. Debitor ab amico suo homine locuplete petiit, vt vellet pro se intercedere apud creditorem suum, & promissione sua & pignoribus: amicus mandatum suscepit, ac primo fideiussit: de pignoribus sic trāsegit: dedit debitori res quasdam suas, quas debitor suo nomine pignori creditori obligaret, vt parceret pudori debi-

debitoris, ne videatur debitor nihil habere, quod obligaret. Dicimus in proposito si fideiussor pecuniam soluerit, etiam de iis pignoribus eum habere actionem mandati aduersus debitorem, vt debitor ea a creditore recuperata fideiussori restituat. Hoc ideo quod etsi vere hæc pignora commodauit creditori atque vtenda dedit, ad ea oppignoranda, tamen dedit propter mandatũ præcedens, quod mandatum huic commodato caussam dedit. Placet in omnibus contractib. initium contractus spectandum esse & caussam, & ideo hic mandati actioné esse non commodati, *l. si procurat. in prin.*

*Ad L. 5. Si pater tuus.*

Impp. Seuerus & Antoninus. AA. Germano,

*Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem aduersus debitores suos mandauit: potuit & ipse præsens aduersus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.*

SVMMARIA.

1 *Pater mandans actiones suas, quas habet aduersus debitores duos, filio suo, an nihilominus aduersus eos experiri, & si expertus sit, an reuocari & rescindi non possit quod egerit. & nu. 6.*

2 *Mandare actiones quid.*

3 *Mandare & cedere actiones idem.*

4 *Mandatæ seu cessæ actionis vis & effectus.*

5 *An ex omni mandata actione actiones in mandatarium transeant.*

6 *Pater qui mandauit actiones filio. potest experiri aduersus debitores: re tamen integra. Quod explicatur fuse ibid.*

7 *Pater si re integra, vt potuit experiri aduersus debitorem, ita etiã expertus sit, an filius postea exsistens possit eam patris persecutionem inhibere, & si velit aduersus debitores agere, audiendus sit.*

8 *Agere quid.*

9 *Filius cur non possit nec debeat patri præferri post litem contestatã a patre, qui ante litem contestatam patri præferebatur.*

10 *Etsi ambo concurrant, vter alteri præferri debeat.*

PAter, qui habebat duos debitores, actiones quas aduersus eos habebat mandauit filio suo, sui iuris constituto. De effectu † huius mandati quæritur, 1
an pater mandatis actionibus, nihilominus possit aduersus suos debitores veteres experiri, & si expertus erit, an reuocari & rescindi non possit quod egerit? Iustissima dubitationis caussa est: sed neque & caussam, neque vsum qualis sit, potest intelligi nisi intelligatur, quid sit mãdare actiones, cuius mandati is sit effectus, vt transferantur actiones in mandatarium, aut cur ꝓponantur actiones mandati, etiã filio sui iuris constituto. Ptius ergo de iis monere nos oportet.
2 Mandare † actiones alicui, non est mandare ei pecuniam solum exigendam, sed est actiones cedere eo animo, vt in eum transferantur, seu vt eas exerceat in
3 rem & vtilitatem suam. Mandare † & cedere actionem pro eodem vsurpantur *in l. prodest, in D. de solut.* Et si apertius volumus: Mandare actiones suas alicui, est ita mandare actiones illi exercendas, vt eum procuratorem in rem suã faciamus. Quod dicitur mandare actiones *in l. emtor, infr. de hereditate vel acti. vẽd.* hoc dicitur procuratorem in rem suam facere, *in l. ex nominis ord. infr. de hered. vel act. vend.*

Huius † mandati vis & effectus hic est: Mandatis actionibus seu cessis transeunt actiones in eum, cui mandatæ sunt, & directa & vtilis. Directa quam creditor idemque mandator habuit, sed ita vt mandatarius sit procurator in rem suam, & caussam actionis exerceat ex persona mandantis. Vtilis transit, quam mandatarius habeat & exerceat suo nomine, *l. vltim. inf. quando fil. patris. d. l. emtor. inf. de her. vel act. vend. l. ex legato, infr. de leg.* Sed ita † ex hoc mandato transeunt actiones in mandatarium, si is sit, cui actiones acquiri potuerãt. Et ob hãc caussam proponitur hoc loco pater mandasse actiones filio sui iuris constituto, vt intelligamus mandatum & translationem in eius filii persona constitisse. Nam si pater mandaret actiones filio, quem in potestate habet, nihil filio quæreretur, & mandatum non consisteret, nam actio ad patrem rediret, § *ei, Instit. per quas person.* Ita fieret, vt non consisteret mandatum, vt dixi, vti nec consisteret donatio, si quid pater filiofamilias donaret, *l. 1. §. 1. D. de donat.* Transeunt ergo in hũc filium actiones & directæ, quas pater habuit, & vtiles, quas filius habebat suo nomine. 4 5

Hinc † vt dixi, dubitatio ea, an ita mandatis actionibus pater adhuc possit aduersus debitores suos experiri? Non videtur posse, vt est translatio & effectus superior. Nam si transeunt in filium mandatarium actiones, pater habere desiit, quod si pater amplius actiones non habet, sine actione experiri non potest, *l. si pupillus alias, l. item si §. vlt. D. de nego. gest.* Hic responsum est, etiam mandatis actionibus posse mandatorem præsentem aduersus debitores suos experiri, *item in l. 3. infr. de Nou.* Hic opponitur mandatum & effectus mandati, de quo dixi: Pater mandando actiones filio suo, eas in filium transtulit. Transferendo amisit actiones, sine actione autem experiri non potest. Confirmatur hoc exemplo rerum corporalium: Nam qui rem suam alii cedit, seu tradit, tradendo transfert, & transferendo simul alienat, id est, suam habere desinit actioné, *§. per trad. Instit. de non diui.* 6

Respondeo: Siquidem mandatis actionibus trãsirent in mandatarium actiones nudæ, verum esset, quod dixi, nõ posse amplius patrem mandatis actionibus, aduersus veteres debitores experiri, vt qui actiones cedendo, habere desiisset. Sed hoc tenendum est de effectu superiorum mandatorum, & cessarum actionum: Nunquam mandatis actionibus ita actiones transferri in mandatarium, quin mandator directam semper retineat. Denique directæ nulla cessione in alium transferri possunt. Id intelligitur ex eo, quod mandatis actionibus, dicitur procurator directas actiones exercere, ex persona mãdantis, *l. emtor, infr. de hered. vel actio. vend.* Non exerceret ex ꝑsona mandantis, nisi ꝙ in persona mandantis constiterant. Idem intelligitur ex eo, quod is cui mandatæ sunt actiones dicitur procurator in rem suam factus, *leg. ex nominis, infr. de here. vel act. vend.* Non est procurator, nisi qui mãdato domini actionem exercet, ex definitione procuratoris, quæ est *in lege prima, D. de proc.* Et has actiones non posse transferri expressum est. *in l. 5. D. pro soc.* Quod si pater mandatas actiones directas non transtulit, & apud eum manserunt vt antea, consequens est, eum iisdem actionibus, vt antea aduersus debitores experiri. Non obstat exemplum rerum corporalium, dissimilia enim hæc sunt: Res corporales natura sua

tradi & cedi possunt, ideo voluntate domini & traditione transferuntur recte & secundum naturam. Actiones quamuis cessæ in alium transferri non possunt, repugnante earum natura & iuris cōstitutione. Nam actiones non sunt res, quæ subsistunt, aut quæ cedi tradiue possint: sunt enim incorporales, *Insti. de reb. corp. & in corp.* & hoc præter ceteras incorporales, vt vsumfructū & seruitutes, propriū habent, quod in actionibus nihil interuenire potest, quod pro traditione & potestate habeatur.

Iuris etiam constitutio de actionib. hæc est, quod omnes actiones certis personis proditæ sint iure, & aduersus certas personas, extra quas non cōpetunt actiones. Actio exceptionis contractus prodita est ei, qui contraxit, aduersus eum, cum quo contractum est. Actio ex maleficio prodita est ei, cui maleficio nocitum est, aduersus eum, qui deliquit & nocuit. Exempli caussa: Actio ex mandato de pretio rei emtæ, iure solum competit venditori, & cum ex mandato alii non cedat, iure nō potest transferri, quia semper verum erit eum, cui mandata est hæc actio, venditorem non esse. Rata est ergo hæc sententia eum qui mandauit, & cessit alteri actiones suas, nihilominus actiones vt ante retinere, proinde & iis actionibus recte aduersus debitores experiri etiam post mandatū & cessionem actionū, vt hic traditur.

6 Sed additur † exceptio, vt possit pater qui mandauit actiones, experiri aduersus debitores suos, re integra. Res integra esse desiit patri eidemque mandatori, non tantum, si filius idemque mandatarius litem contestatus erit cum debitoribus, aut sine contestatione aliquid ab iis debitoribus acceperit: Sed etiam si solum denuntiauerit iisdem debitoribus, sibi mādatas esse actiones aduersus eos, an sibi soluere vellent, vt explicatur *in l. 3. infr. nouat.* Hinc duo intelligimus, simulatque mandatis actionibus mandatarius seu procurator in rem suam factus denuntiauit debitoribus, aduersus quos actiones mandatæ sunt, vt sibi soluerent, amplius patrem & eum, qui mandauit, aduersus debitores experiri non posse, quod apertius significatur, *in d. l. 3. infr. de Nou.* & ex hoc loco diserte colligitur.

Sed huic parti multa opponūtur de quibus dicam ordine. I. Facit pro patre eodemque mandatore actionum, quod directas actiones ante denuntiationem filii habuit, vt dixi: ergo & post denūtiationem filii habere perseuerabit, quod denuntiatione filii non amisit. Hæc enim denuntiatio non est modus, quo tolluntur obligationes aut actiones. Deinde dixi actiones directas, quamuis cessas, in filium transferri non posse. Quare si pater ante denuntiationem experiri potuit aduersus debitores, quia directam actionem tunc habuit, etiam post denuntiationem filii experiri poterit, & tunc eas actiones retinebit. Respondeo: Verum est, patrem qui mandauit actiones, etiam post denuntiationē filii actiones directas easdem habere, quas antea habuit. Neque enim denuntiatione filii, aut vllo facto eius potuit amittere. Sed meminisse debemus, filium præter directas actiones, ex suo mandato habere ab initio vtiles, has actiones pater illi adimere nullo suo facto potest. *l. habere, D. de euict. l. vlt. D. de pact.* Habet quidem & pater directas actiones eiusdē rei nomine, sed quoties mandatis actionib. concurrunt dominus & procurator in rem suam, ita vt vterque velit experiri, placet procuratorem in rem suam, domino præferri ad litem mouendam, *l. proc. in rem suam dato, D. de procur.* Et merito: etsi enim is dominus est, qui mandauit, quoniam recedere actiones ab eo non poterant, re tamen & effectu dominus est is, cui mādatæ sunt actiones, quoniam actiones exercet in rem & vtilitatem suam, vnde dicitur negotiū suum gerere non alienum, *l. qui stipendia. D. de procur.*

Hic nobis occurritur ac probatur vtiles actiones, quas mandatarius seu procurator habet non debere obstare domino directas actiones habenti, his argumentis. I. est, quod mandatarius etiam antequam denuntiauit debitoribus, vtiles actiones habuit. Has enim habuit statim ab initio mandati, *l. vlt. §. quando fiscus.* At hæ actiones ante denuntiationem filii, non obstiterunt patri, quo minus aduersus debitores recte experiretur, *l. 3. infr. de Nou.* Ergo nec post denuntiationem filii obstabunt. Respondeo: Non recte hæc tempora comparantur. Nam ante denuntiationem filii nihil est, quod imputari possit debitoribus, si soluant patri mandanti, aut si illo agente actiones suscipiant, & cum eo litem cōtestentur, nam iuste ignorant an filius, cui mādatæ sunt actiones, velit sibi solui. Proinde eorum ignorantia est excusata, *argumento in §. recte, Instit. de mand.* At postquam filius aperte debitoribus denuntiauit, sibi solui velle, culpa est debitorum si alii soluant, cum intelligant, aut intelligere debeant, eum cui mandatę sunt actiones, habere actiones vtiles, & in iis præferri domino creditori, *d. l. proc. D. de proc.* Ergo vt ad rem respondeatur, pater & ante & post denuntiationē filii habet æque directas actiones, sed post denuntiationem filii, constituuntur illi vtiles: quare debitores si ei soluant, non liberantur, & ob id eius actiones suscipere non coguntur.

Alterum argumentum in eandem rem pro patre est. Quod si filius vtiles actiones habet ex mandato patris: At mandatum voluntate mandatoris reuocari potest, *§. recte, Instit. de mand.* Proinde si pater aduersus debitores ita agat, vt mandatum reuocet, id est, vt dicat se nolle filium agere, filius agere non poterit, vtpote amissis & reuocatis actionibus vtilibus quas habebat. Respondeo primo, dici potest filium in proposito non habere actiones vtiles ex mandato patris, habet solum directas ex eius mandato, vtiles habet ex eius voluntate, sed in iis mandatum patris non consistit, quia eas habet suo nomine, proinde vt proprias, non alienas, quarū natura mandatum non consistit, *l. 3. in fin. D. mand.* Sed amplius dicimus: Neque vtiles neque directas actiones, quæ habentur ex mandato patris, reuocari posse a patre. Id apparet euidenter ex eo, quod dicitur *in d. l. proc. in rem suam dato. D. de proc.* Procuratorem in ea lite, quæ mandata est, domino præferri. Ergo prefertur domino volenti & mandatum reuocare conanti. Non obstat, quod dicitur mandatum voluntate mandantis revocari posse, hoc enim dicitur de eo, quod reuocatur re integra, res integra esse desiit, cum mandatæ sunt actiones. Præterea, quod dicitur mandatum reuocari voluntate mandantis, sic intelligendum est, voluntate eius domini, cui dari mandatur. Nunc autem mandatis actionibus, mandator vere dominus actionis esse desiit, & effectu actio esse cœpit procuratoris, propter emolumentum actionis in procuratorem translatæ, *d. l. qui stip. infr. de pro.*

Postremo hic pro patre ad reuocationem vtilium actionum pugnat. *l. si ideo. §. si mandauero, penult. D. eod.* vbi

*Cod.* vbi diserte traditur, eum qui procuratorem dedit ad pecuniam exigendam, seu qui mandauit pecuniam exigendam, posse, quoties volet, mandatum reuocare. Respondeo: longe aliud est mandare actionem, de quo hic quærimus, & aliud mandare pecuniam exigendam, tametsi hoc nõ sit sine actionibus mandantis. Nam mandare actiones, vt initio monui, est actiones cedere nomine eius, cui mandantur, qui ob id constituitur procurator in rem suam. At mandare pecuniam exigendam, est mandare exigendam nostro nomine. Stricte mandati actiones alienantur, & effectus in mandatorem transeunt posteriores, nihil in procuratorem transit, sed omnis actio penes dominum manet, qui procuratorẽ constituit.

Effectum est patrem, eundemque mandatorem actionum, postquam filius denuntiauit debitoribus, sibi solui velle, amplius aduersus debitores experiri non posse, quoniam non potest experiri, nisi re integra. Res autem integra esse desiit, superiore filii denuntiatione, vt dixi: Hinc alterum per contrarium efficitur, quod hoc rescripto comprehẽsum est: Ante superiorem denuntiationem filii, patrem vt prius, ita etiamnum aduersus debitores suos experiri posse. Cur magis ante denuntiationem filii, quam post denuntiationem pater experiri possit, cum vtroq; tempore directas actiones habeat, rationem supra reddidimus. Atque hæc prior rescripti in specie proposita quæstio est.

7 Sequens † quæstio est, si pater ante denuntiationem filii, id est, re integra, vt potuit experiri aduersus debitorem, ita etiam expertus sit, an postea filius exsistens, possit inhibere eam persecutionem patris, & si velit aduersus debitores agere, an sit audiendus? De hac re ita respondetur hoc rescripto: si a patre actum sit per iudicem, id est, in iudicio, aduersus debitores, idque factum sit re integra, id est, antequam filius quicquã denuntiasset debitoribus, rescindi nõ posse, id quod actum est. Quibus verbis sequitur: Si postea exsistat filius, qui postulet agere aduersus debitores, & se patri præferri ad eam litem persequendam, eum audiendum non esse, nec posse rescindere ꝙ actum est, id est, actionem cœptam in persona patris, in eius quoque persona perseuerare debere. Deniq; nullam amplius actionem filium habere inuito patre aduersus debitores. Sed hoc ita, inquã, si pater egerit ad-

8 uersus debitores. Agere † non est tantum actionẽ instituere aduersus debitores, quod fit eos in ius vocãdo, actionem iis edendo sed est litẽ & iudicium cum illis contestari, *l. amplius, D. rem ratam haberi.*

Itaque hoc rescripto exigitur, vt pater cum debitoribus re integra litem sit contestatus, ad hoc, vt ꝙ cum illis egit rescindi a filio non possit. Ex quo duo hæc intelligimus. I. Quamdiu pater cum debitoribus litem contestatus nõ sit, quamuis illos interpellarit, vt soluerent, atq; adeo quamuis illos in ius vocarit, iudicio cum illis experturus: tamen si filius ante litem contestatam veniat, & velit se patri præferri ad litem mouẽdam, audiendum esse, quod expressum est *in d. l. proc. in rem suam. D. de procur.* II Si pater semel contestatus sit litem cum debitoribus, idq; fecerit re integra, filium amplius præferri patri non posse, neq; posse ampli⁹ aduersus debitores experiri.

9 Sed † cur non potest nec debet patri prẽferri post litem a patre contestatam, qui ante litem a patre contestatam patri præfertur? Ratio hæc est, quod ante litem contestatam pater habuit solum eas actiones, quas filio cessit, ideo filius in iis actionibus tanquã suis patri præferri debet. At lite contestata, pater nouam actionem acquisiuit, iudicatam. Nam iudicium accipiendo, seu litem contestando contrahitur, *l. 3 5. idem scribit, D. de pecul.* Hãc actionem pater non mandauit filio suo, proinde in ea filius proferri patri non debet, quod nullam caussam habet cur præferatur. Sed & hoc pro patre dici potest, actionem patri semel quæsitam, illi inuito auferri non posse, *l. habere, D. de euict. l. vlt. D. de pact.*

Sed hic pro filio opponuntur patri vtiles actiones, quas filius suo nomine iam ab initio habuit, quãuis post litem sit contestatus cum debitoribus, tamen nihilominus filius actiones vtiles quas habuit retinet. Eadem ratione quam ante dixi, quod actio illi semel quæsita inuito auferri non potest. In iis autem actionibus semper filius domino, eidem mandatori præferri debet, *dict. leg. procur. in rem suam, D. de proc.* Quare filius post litem etiam a patre cum debitoribus contestatam, nihilominus vtilibus actionibus cum debitoribus experiri potest, vt patri præferatur. Respondeo: Et post litem a patre contestatam verum est, filium easdem actiones vtiles habere, quas prius habuit, quandoquidem inuito ei auferri non poterant, sed pater contra etiam suas actiones habet aduersus debitores, nempe actionem nouam iudicatam lite contestata quæsitam. Solum † hoc quæritur, si isti inter se concurrant, in hoc concursu, vter alteri prẽferri debeat? Dicimus ex hoc rescripto, patrem qui litem contestatus est filio vtiles actiones habente esse potiorem, hac ratione, quia pater re integra sibi vigilarit, egit enim aduersus debitores: Filius autem sibi non prospexit, qui cum posset denuntiare debitoribus vt sibi soluerent, non denuntiauit. Vigilantibus hic locus est, ius enim vigilantibus scriptum est, *l. pen. D. de quib. in fraud. cred.* 10

*Ad L. 4. Etiam.*

Imp. Alexander A. Vulnerato.

*Etiam si contrariam sententiam reportauerunt, qui te ad exercendas caussas appellationis procuratorem constituerunt: si tamen nihil culpa tua factum est, sumtus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.*

SVMMARIA.

1 *Procurator an sumtus, quamuis inutiles, mandati tamen exsequendi caussa factos, a mandatoribus consequi debeat.*

2 *Sumtuum probabilis ratio quæ sit, & qui sumtus bona fide fieri intelligantur.*

3 *Procurator cuius culpa factũ est, vt mandans damnaretur, nõ solum tenetur mandanti ad id quod interest, sed etiam sumtus amittit quamuis probabiliter factos.*

DVo heredes exempli gratia de re hereditaria cõmuni, in communi iudicio egerunt, vel cũ conuenirentur, in commune defensionem susceperunt, vt accidit inter consortes eius, *d. l. 1. & vlt. de consort. eius lit.* In ea re victi sunt. Victi appellarũt, & ad caussam appellationis exercendã, constituunt sibi communem procuratorem, is procurator caussam persecutus est, & in lite sumtus fecit. Sed tandem & is condemnatus est, vel sententia aduersus eum directa est, secundum formam iuris præscriptam, *in l. 1. infr. de sent. & inter.* Is nihilominus sumtus a se in ea lite factos a mandatoribus repetit mandati actione

contraria, iuxta legem, *si vero*, §. *quæstio*, *l. si quis alicui*, §. *impendio*, *D. eod.* Negant mandatores, se sumtus restituturos, quod ii sumtus istis fuerunt inutiles, utpote qui victi sunt in caussa appellationis, Queritur,
1 an † procurator sumtus, quāuis inutiles mandati tamen exsequēdi caussa factos, cōsequi debeat a mandatoribus?. Placet consequi debere, & petere posse mandati actione contraria.

Hic ex aduerso occurrit exemplum eius, qui sine mandato negotia aliena gessit. Nam & is habet contrariam actionem de eo, quod in aliena negotia impendit, non minus quoque is qui gessit negotia domini mandatu, *dict. l. 2. l. si seruum. de neg. gest.* Cur non in mandati actione contraria idem dicamus? Respondeo, Recte placuit diuersam esse caussam harum actionum, & horum administratorum: Nam qui mandauit negotium suum geri, is se obligat procuratori negotiorum: iam eum procuratorem ex eo mandato sentiat, *l. ex mandato. in prin. D. eod.* Et requisitum est nulli officium suum, quod sua sponte susceperit damnosum esse, *leg. si seruus 5. D. de furt.* Nulla fit mandatori iniuria, si hoc damnum, in quod se obligauit præstat, etiamsi nullam vtilitatē ex mandato senserit. Non enim fraudantur qui consentiunt, *l. nemo videtur fraud. de reg. iur.* At is sine cuius mandato negotia administrantur, non se obligauit administranti, vt is administrationis periculum præstaret. Proinde non debet teneri, nisi alia caussa obligationis accesserit. At alia caussa nulla est, vbi vtiliter negotium gestū non est, nisi vtilitas negotii. Ergo nulla esse proponitur. Nam factum & consilium administrantis, quamuis bona fide & sedulo ad negotia gerenda accesserit, tamen iuxta reg. iur. non potest facta sua, alterius conditionis facere, aut alterum onerare, *l. id mand. D. de neg. gest. l. in caussa, vers. sed hæc ita, D. de proc.*

Sed vt procurator in proposito suum repetat hęc conditio adiecta est: *Si sumtus in litem fecerit probabili ratione.* His verbis exigitur, si sumtus fecerit mādati exsequendi caussa, & bona fide, vt aliis verbis expressum, *in d. l. si quis alicui*, §. *impendia.* Quæ est pro-
2 babilis † ratio sumtuum, & qui sumtus bona fide fieri intelliguntur? Respon. Hi qui fiunt in litem necessario, id est, qui ad litem persequendam, & ad victoriam obtinendam fieri necessario debuerunt. Et ideo, quam hic probabilem rationē rescriptum nominat, eam Papinianus alibi interpretatur, eam esse cum sumtus necessario fiunt *in l. qui mutuam*, §. *vlt. D. eod.* Cuius generis sumtus in lite sunt sportulę apparitoribus præstitæ, salaria legitima aduocatorum, sumtus in consultationes necessarias facti, sumtus in mercedem eorum, qui instrumenta litis, aut ad litem necessaria conscribunt, sumtus qui prærogantur testibus, qui testes in lite producti sunt iure, *l. quoniam, infr. de testib.*

Adiicitur & alia conditio, seu exceptio, *nisi procuratoris culpa factum sit, vt caussam amitteret*, veluti si necessaria instrumenta non protulerit, si non produxerit testes quos poterat, si necessariam aliquam exceptionem vel defensionem omiserit, de quibus dicetur *in l. cum procur. infr.* Hac exceptione intelligimus, quamuis procurator primo sumtus fecerit, in litem necessarios, si tamen postea culpa eius, caussa amissa sit, eum duplex damnum sentire, vnum quod tenetur mandatoribus in id quod ipsorum interest, *l. ad comparanda, infr.* alterum, quod nec sumtus a se necessario factos consequitur ex hoc rescripto. Hic opponitur sententia, *l. si quis alicui*, §. *impendia*, *D. eodem*, vbi traditur procuratorem cōsequi debere impendia mandati exsequendi caussa facta, si bona fide facta sunt, quamuis executio mandati effectum non habuit. Respondeo: Primum dici potest, eum procuratorem, cuius culpa caussa amissa est, non videri vnquam sumtus fecisse bona fide. Idque ex euentu apparere, quia si bona fide egisset initio, non factus esset tam negligens, vt vellet commodum prius sibi quæsitum abiicere, vt nemo videtur iactare suum, *l. cum de indebit. D. de procur.* Sed & alia responsio est certa, quod procurator, quemadmodum impendia mandati exsequendi caussa facta consequi potest, sic etiam vice versa præstare debet domino, eique mandatori omnē vtilitatē, quam ex sumtib. factis consecutus erat, idq; mandati iudicio directo continetur, *l. idemque, in pr. vers. 11. 22. seqq. l. ex mandato, in pr. D. eod.* Et quemadmodum eam vtilitatem quæsitam, procurator præstare debet domino si eam habet, ita & tunc præstare debet cum culpa amisit, *l. proc. infr. hoc tit.* At in proposito, cum procurator sumtus in litem fecit necessarios, hanc vtilitatem consecutus est, vt vincere possit, si adhibuisset defensiones & pbationes necessarias. Quare si id non fecit, culpa vtilitatem amisit, & quia amisit, tenetur domino in id damnum, quod eius interest, *d. l. ad compar. infr.* Interest autem domini vel eos simul repetere, si iam prærogauit, vel non soluere si nondum soluit. Quare merito & cōuenienter ratione iuris & æquitatis hic rescriptum est, procuratorem, † cuius culpa factum 3 vt condemnaretur, non solū teneri domino, id quod interest, sed etiam sumtus amittere, quamuis prius probabiliter factos. Et in hāc sententiam bene congruit *lex siue hereditaria.* quæ citatur *in gloss. infr. de neg. gest.*

Notandum est in verbis rescripti, quod dicitur in proposito, dominos, qui procuratorem constituerint, sententiam cōtrariam reportasse, nim. sententiam, quæ aduersus eos collata est. Hoc vero contrarium videtur, *l. 1. infr. de sent. & inter.* vbi cauetur, si caussa per procuratorem agatur, sentētiam non esse ferendā aduersus Dominū, sed aduersus procuratorem, vt procurator ipse condemnetur, & si contra factum sit, ipso iure sententiā nullius esse momenti. Respondeo: Vtrumque verum est, procuratorem condemnari de re *ex l. 1. infr. de sent.* Et nihilominus dominum ipsum sententiam contrariam reportare, atq; adeo in dominum sententiā ferri, seu dominum condemnari. Vtrumq; recte dicitur, diuersis rebus: Nam verbis sententiæ procurator condemnari debet: procuratore condemnato, reipsa & effectu intelligitur dominus condemnatus, quod iudicati actio aduersus dominum datur, non aduersus procuratorem, quæ res facit, vt damnum sententiæ sit domini, non procuratoris, *l. 4. in pr. D. de re iud.*

*Ad L. 5. Si maritus.*

Imperator Alexander A. Guliano.

*Si maritus sororis tuæ tibi procurans petere bonorum possessionem noluerit, cū ipso tibi congrediendū est: quam querelam ita cum effectu habes si mandasse te vt peteretur bonorum possessio, eumque neglexisse arguas.*

SVMMARIA.

1 *Iuliano testamento tabularum instituto an bonorum possessio per procuratorem acquiri possit.*

2 Bono-

2 *Bonorum possessione per exclusionem temporis a procuratore amissa, an procurator teneatur.*
3 *Procurator quis sit.*

1 IVlianus est cõsultor rescripti Iuli. Institutus † erat testamento tabularum, ab aliquo cognato proximo. Itaque ei bonorum possessio secundum tabulas delata erat, vel cognato intestato mortuo iure proximi, delata erat Iuliano bonorum possessio, vt leg. vel iure agnati, vt est hæc bonorum possessio exposita, *in l. 1. D. si tab. test. exstabunt*, *§. sunt autem, Instit. de bonor. poss.* Bonorum possessio acquiri illi potuit, non tantum per ipsum, sed etiam per quemuis alium, qui eius nomine agnosceret apud magistratũ bonorum possessioné. Sed imprimis, si procurator Iuliani bonorum possessionem agnosceret. Nam hoc facto, statim Iuliano acquireretur bonorum possessio, *l. 3. §. acquirere, D. de bon. poss.* Cum hic Iulianus in ipsis locis, vbi hereditas delata erat, haberet maritũ sororis suæ, qui negotia eius procurabat, sperauit fore, vt is procurator bonorum possessioné agnosceret, itaque sibi eam acquireret, sed procurator bonorum possessionem petere noluit intra centum dies huic petitioni constitutos: ita factum est, vt Iulianus tempore excluderetur, eoque amitteret bon. possess.

2 Bonorum † possessione ita amissa, queritur, vtrum hoc damnum consequi possit a marito sororis suæ, eodemque procuratore suo? Rescriptum est, Iulianum cum marito sororis suæ congredi posse iudicio, & queri ipsius culpa omissam esse hanc bonorum possessionem. Et hanc querelã habere cum effectu, id est, ita vt maritus sororis suæ possit & debeat condemnari in æstimationem bonorum possessionis amissæ: sed his conditionibus, si duo hæc concurrant, quæ rescripto comprehensa sunt. I. Si Iulianus probet se mãdasse marito sororis suæ, vt peteret eam bonorum possessionem. Ex quo intelligitur sine mandato domini neminem cogi aliena negotia attingere. Hanc administrationem voluntatis esse, nõ vllius necessitatis, vbi quis eam administrãdam non susceperit: mandatum ergo exigitur, vt maritus sororis eo nomine teneatur.

Sed videtur hoc responsum esse nugatitium, aut certe secũ ipsum pugnare. Nam in principio proposuit, maritum hũc, de quo queritur, procurare res Iuliani, quoniam † procurator est qui aliena negotia mandato domini administrat, *l. 1. D. de proc.* Nunc autem respondet dubitãter, maritum teneri si ei mandatum sit, id est, si in hac rẽ procurator sit, quasi dubitet de eo, quod prius affirmauit. Deinde rescriptum exigit, vt Iulianus hoc mandatum probet. At prius dixerat hoc mandatum esse, & ideo certũ mandatum habebat: in mandato certo probatione non est opus, *l. 5. infr. quib. ad lib. procl. non licet.* Respõdeo, Bene rescriptũ cum propositione cõgruit. Vtrumq; verum esse potest, maritum sororis mandato Iuliani, negotia Iuliani administrare, & tamen nihilominus nihil illi mandatum esse, vt bonorum possessionem Iuliani nomine peteret. Id dupliciter cõtingere potest. Vno modo, si Iulianus marito sororis suę mãdauerit, de quibusdam negotiis gerendis aliis, quam de bonorum poss. petenda. Hoc casu nõ modo nihil mandatum intelligitur de bonorũ poss. petenda, sed etiam hæc ipsa petitio & ceterarum rerum administratio excepta intelligitur, *l. maritus, ff. de proc.* Ex quo colligimus quamuis huic marito alienarũ rerũ procuratura mandata sit, tamen non cogi, ex mandato bonorum poss. Iuliano delatam petere, q; id mandatum non sit. Nec obstat, quod alias res gerit nominè Iuliani: Nam hic locum habet quod dicitur *in l. tutori, ff. de neg. gest.* satis abundeque sufficere, si cui vel in paucis amici labore consulatur.

Altero modo idem fit, si marito huic generaliter vni, omnium bonorũ administratio mãdata sit. Hoc mandato non intelligitur contineri mandatum, vt possessioné bonorũ peteret nomine Iuliani. Et ideo nihil nocet hoc mandatum marito, nisi, vt hic scriptum est, mandatum sit ei hoc ipsum, vt bonorum possessionem peteret, id est, mãdatum ipsi nominatim & specialiter. Et hic verus est sensus huius rescripti. Intelligere ergo debemus huic marito procurationem omnium bonorum generaliter mandatam esse: vnde absolute dicitur procurasse Iuliano. Placet tamen eum non cogi bonorum possessionem petere Iuliano delatam, quamuis ea res sit ex negotiis Iuliani, quia hoc mandato generali non intelligitur contineri, vt bonorum possess. petat. Sed mandato speciali ad eam rem opus est. Et ob id, rescriptum hoc mandatum certum & simplex exigit. Non contineri hoc mandatum generali mandato administrationis, declaratur *in l. si quis mihi. §. iustã, vers. sed vtrum, D. de act. hered.* vbi placet non videri filiofam. mãdatum esse, vt certam hereditaté sibi delatam habeat, si generaliter pater ei mandauit, vt quæcunque hereditas ei deferatur, eam adiret. Quod de hereditate illic dictum est, pertinet ad bonorum possessionem: nam bonorum possessio nihil aliud est, nisi hereditas & successio prætoria, quæ nos iisdem incommodis & oneribus obstringit, quibus hereditas, *l. 1. 2. & 3. in pr. D. de bon. poss.*

Sed hic opponitur vis & potestas generalis orationis. Nam generali oratione omnes species ei generi subiectæ continentur, vt est verborum sententia. Et iure placet contineri, *leg. si seruitus, D. de seru. vrb. præd. l. Mæuius §. duorũ autem, de legat. secundo.* Et in specie proposita placet vniuersali bonorum procuratori, de omnibus rebus tam mandatũ videri, quam si res omnes specialiter expressæ essent, & de singulis mandatum esset. *l. iurisiur. quod ex conuent. §. vlt. D. de iureiur.* Respondeo. Hæc semper vis est generalis orationis, itemq; generalis mandati, & contestationis, nisi de sententia creditoris aliquid accipiatur. Placet autem generali exceptione, excipi omnia, quæ quis nõ videatur specialiter fuisse contestatus, *l. qui peculii. D. de pecul. l. obligatione, D. de pignor.*

Ob hanc caussam placet generali mãdato quatuor caussas excipi. Primo excipitur famę caussa, id est, ne procurator suscipiat defensioné domini in ea caussa, quæ ad famam & existimationem domini pertinet, neue quid negligentius aduersus existimationem domini faciat, *l. non solum, §. vlt. D. de proc.* Superiori proximum est, ne procurator vniuersorum bonorum, nomine domini testamentum petat, *leg. illud. §. vltim. D. de mand.* Habet præterea coniunctam aliquam iniuriam aduersarii, cui aliquid adimitur aduersus dolum. Tertio, excipitur ex hoc mandato, ne procurator agat de liberis domini exhibendis, deducendisue, propter affectionem patris, quã liberorum nulli vult pater deductionem esse, præterquã sibi, *l. Pomponius, in pr. D. de proc.* Postremo excipitur hæc caussa, de qua hic agitur, ne procurator bon. possess. domini petat, quod recte constitutũ est

propter periculum, quod ex bonorum possessione admissa imminet, nam hereditas obligat nos omni æri alieno, etiamsi soluendo non sit, *l. morte. D. de acquir. hered.* Proinde & bonorum possessio admissa, quoniam bonorũ possessio hereditatis loco est, eademque commoda & incommoda continet, vt dixi *dict. leg. 1. 2. 3. D. de bonor. possess.* Hoc periculum nõ facile quisquam in se creditur recipere velle, & vt hereditas damnosa non sit, tamen multa sunt in hereditate, quæ quis metuat, quæ eius arbitrio & existimationi committenda sunt, vt est *in l. 4. D. ad Senatusconsf. Treb.*

Recte ergo hic significatur maritũ sororis, quamuis alioqui ex generali administratione bona Iuliani procurantem, tamen non teneri, si bonorum possessioné Iul. delatam nõ petierit, quia nihil de eo mandatum intelligatur, nisi aliter de mãdato speciali doceatur, quod hoc rescripto recte exigitur. Atq; hinc videmus, quod adiicere licet ad defensionem mandati, de quo dixi initio huius tituli, vbi inter cetera dixi mãdari aliquid verbis, adiiciemus, quicquid verbis mandati continebit, id mandatũ ex sentẽtia quoque videri, idque citra controuersiam, si specialiter aliquid mandatum sit. Idem quoque probandum, si aliquid generaliter bonorum administratori mandatum sit, quoniam generali mandato singularũ rerum mandata continentur, nisi appareat aliquid exceptum esse, in quo genere sunt ea, quæ dixi, quod confirmatur exemplo bonorum possessionis in hoc rescripto. Recte ergo hoc primo exigitur, vt probetur specialiter mandatum esse marito huic, vt bonorum possessionem delatam peteret ad hoc, vt ea non petita Iuliano teneatur.

Non est autem id satis, alterũ etiam exigitur hoc rescripto, vt si ei mandatũ est hoc ipsum, vt bonorum possessionem peteret, etiam petere eam neglexerit, Quibus verbis significatur, ita maritum bonorum possessione non petita teneri, si cum posset non petierit, vt in eo arguatur aliqua eius culpa & neglectus. Quod eõ pertinet, vt si voluerit quid petere, sed non potuerit casu aliquo prohibitus, non teneatur. *l. si quis alicui. §. qui mandat. D. eod.* Et hoc est, quod generaliter definitur, procuratoré nihil amplius præstare debere, quam dolum & culpam in mandato. *l. procuratorem infr. eod.*

*Ad L. 6. Si Fideiussor.*

Imp. Gordianus A. Sosibio.

*Si fideiussor pro eo patiente fidem suam adstrinxerit, mandati cum eo, post exsolutã pecuniam vel factam condemnationem, potest actionem exercere.*

SVMMARIA

1 *Fideiussor, qui pro debitore apud creditorem fideiussit, habet mandati actionem contrariam aduersus debitorem pecunia soluta, aut cum de ea cõdemnatus erit, si mandato debitoris fideiusserit.*
2 *Fideiussori quot modis fideiubere mandatum videatur.*
3 *An silentio quoque fideiussori mandari videatur.*
4 *An qui tacet pro consentiente habeatur.*
5 *Fateri & consentire quid differant.*
6 *Regulæ, qui tacet, non vtique consentit, sensus.*
7 *Silentium interdum pro consensu interdum pro dissensu habetur: & in quibus caussis id fiat latissime nu. seqq. ad fin. vsque.*

Fideiussor, † qui pro debitore apud creditorem 1 eius fideiussit, habet mandati actionem contrariam aduersus debitorem pecunia soluta, aut cum de ea condemnatus erit, *l. 24.* Hoc ita est, si mandato debitoris fideiusserit. Nam sine mandato non est ei actio mandati, sed negot. gest. *leg. mandato, §. vltim. D. eodem.* Placet † veteribus dupliciter huic fi- 2 deiussori mandatum videri. Primo, verbis & aperte, cum debitor petit ab eo, vt suo nomine fideiubeat, quod dubitationem non habet. Placuit etiam videri fideiussori † idem mãdari silentio, si præsente de- 3 bitore & tacite aliquis pro eo fideiusserit, quod hic traditur, item *in leg. prima, §. si pactus, leg. qui patitur, l. qui fide. D. eodem.* Vnde intelligimus † in hac spe- 4 cie eum qui tacet, hoc ipso quod tacet, pro consentiente haberi. Cui sententiæ multi loci opponuntur, quibus constanter traditur, in contrahendo & rerum nostrarum alienatione eum qui tacet, pro inuito & contradicente haberi, *leg. filiusfamilias, §. inuitus. D. de stip. leg. inuitum, D. de seruit. præd. l. sicut, §. non videtur.*

Respondeo aliis in caussis, quam in fideiussione hoc traditum est, & recte traditum. Sed non ideo ad fideiussionem pertinet, quoniam dissimiles caussæ sunt, vt mox dicetur.

Huic responsioni occurritur, *ex l. qui tacet, D. de reg. iur.* vbi videtur absolute & generaliter definiri, eum qui tacet non videri consentire, sic enim verba sunt: *Qui tacet non vtique fatetur.* Respondeo: Hæc regula est de fatente, non de consentiente: Aliud est longe fateri, & aliud consentire: alia caussa fatentis, alia consentientis. Fatemur † ea quæ sunt præterita, 5 cum ita esse affirmamus, vt dicuntur, consentimus in futurũ, vt aliquid fiat. De præteritis affirmãdis nulla caussa est, cur ea fateamur, si falsa sunt. At vt consentiamus in futurũ multæ sunt caussæ & idoneæ, qualis in fideiussione accidit, cũ res nostra caussa quæritur, & ad vtilitatem nostram. Deinde etsi in regula ita dictum esset: *Qui tacet, † vtique nõ consentit,* non 6 ideo tamen regula generalis esset. Nam his rebus apud iuris auctores, non vtiq; sequitur non indistincte, non omnino, non semper, non statim, vt sit sensus huius regulæ: *Non statim qui tacet consentire intelligitur, aliquando consentire intelligitur, non tamen semper, non indistincte.* Probatur hic vsus *in l. vtique, 1. respon. de rei vind.* vbi scriptum est, *reum post litem contestatam non vtique factum præstare,* Significatur nõn semper, nam vt plurimum præstat, *l. illud, D. de pet. hered. Item in l. non vtique, D. de excep.*

Non vtique existimari debet confiteri de intentione aduersarii, qui exceptione vtitur. Ceterum interdum intelligitur confiteri & sæpe, *l. si quid, infr. de except.* Itaque & ex obiectione superiorum locorum, & ex sententia superioris regulæ, res huc deducitur, vt intelligamus interdum silentium † tacentis pro 7 consensu haberi, interdum non haberi, vt sunt coniecturæ voluntatis in cõtrarias partes. Vnde statuendum est, quibus in caussis hoc silentium pro consensu habeatur, quoniam de eo varie scriptum est in iure, & ita vt nullus locus magis dissimilia responsa habere videatur, sed omnia recte & consentienter, vt sunt res quæ incidunt.

Res tota posita est in coniectura voluntatis & affectuum eius qui tacet: vt quisquis qui tacet affectus est, ita modo consentire, modo dissentire dicitur. De re autem tota sic videtur commode definiri posse, si quid

quid fit nostra caussa, quod totum ad vtilitatem nostram plene pertinet; si patimur fieri neque contradicimus, pro consentientib. habemur. Exemplo est fideiussio pro nobis interposita, de qua est hic locus. Qui fideiubet nostro nomine, eiusque fideiussionis vtilitas tota principaliter ad nos pertinet, nec principaliter ad nos pertinet vllum incommodũ. Eo enim spectat fideiussio, vt facilius pecuniam accipiamus a debitore, vel acceptam seruemus, & quamuis pecunia a fideiussore soluta, nos illi obligemur tamen. id ex post facto accidit, & per consequens non principaliter, denique accidit ex soluta pecunia, non ex fideiussione. Ob hanc caussam placuit, si scientibus nobis quis fideiubeat, ei proinde mandari vt fideiubeat, quoniã hic consensus nihil nisi mandatum est.

8 Coniectura † huius voluntatis manifesta est ex affectu omnium hominum communi, quoniã omnes homines se amant, & volunt, quę petunt sibi expediri, nec quisquam reperitur, qui commoditates suas effundat, ac non potius complectatur. Sed etsi quid fiat, non nostra caussa, neque statim ad vtilitatem nostram pertineat, tamen si recte factum nobis prodest, aut ad affectionem nostram pertinet, non recte factum nocet, vel ad existimationem, si prohibere possumus, neque prohibemus, consentire & probare videmur, ob eandem affectionem ex vtilitate nostra ductam. Huius rei exemplum est in sponsalibus. Filiafamilias sponsalia contrahere non potest, nisi consentiente patre, cuius in potestate est, *l. in sponsal. 7. D. de sponsal.* Sed tamen ibidem scriptum est, patrem voluntati filiæ consentire in sponsalibus, nisi euidenter contradicat. Hoc eo fit, quod si recte & idonee sponsalia contrahantur, res ad honorem & vtilitatẽ filiæ pertinet, ac per filiam etiam ad patrem vtrinque, quoniam parentes commodis & incommodis liberorum magis afficiuntur, quam suis, vt est *in l. isti quid, D. quod metus caussa.* Quod si non recte sponsalia contrahuntur, non tantum inutile id est filiæ, sed etiam cõiunctum cum dedecore parentis. qui cum prohibere posset dissentiendo non prohibuit. Merito quoque ita interest patris, sponsalia ita contrahi & ita eum consentire existimare, ideo & consentire intelligitur propter mandatũ vtile, quod supra dixi.

9 Contra † recte si id quod fit, pertinet ad nos onerandos vel obligandos, vel ad rei, vel ad iuris alicuius nostri imminutionem, contraria silentii interpretatio est, & silentium habetur pro dissensu, qui tacet, habetur pro inuito & contradicente, & quod non contradicit, non eo fit, quod consentiat, sed quod tacendo mauult vitare inuidiam, aut odium contradictionis, coniectura ex contrario affectu ducta, quia vt homines amant vtilitates suas, sic incommoda, & inutilia auersantur, & quantum possunt a se reiiciunt. Et vt supra dixi: Nemo reperitur qui facile suas commoditates aut vtilitates effundat, vt est *in l. cum de ind. D. de prob.*

10 Huius definitionis † hæc exempla sunt: Aliquis in iudicio, aduersario suo constituit me procuratorem, tametsi me præsente factum id sit, tamen nisi aperto consensu, pro inuito habetur & dissentiente, quod procuratio me onerat, nec verisimile est, me hoc onus velle suscipere, *leg. filiusfamilias, §. inuitus, Dig. de procur.* Item aliquis immittit stillicidia sua in aream meam, me patiente & sinente, aut ius agit per fundum meum, me item consentiente. Placet eum facere videri, me inuito, & contradicente, vt nullo modo seruitus illi constituatur patientia mea & silentio, *leg. inuito, D. de seru. præd.* Hocideo, quia hoc factum ad rem meam seruitute onerandam pertinet, quam nemo facile in se admitteret. Item, debitor meus res mihi pignori obligatas vendidit me sciente, si hoc facto consentio, liberantur pignora, si non consentio, sed contra dico pignora manent. Et placet pignora manere, vt hic silentium pro consensu non habeatur, *l. sicut §. non videtur, D. quibus mod. pign.*

Sed huius † definitionis hæc exceptio est, nisi euidens aliqua ratio suadeat eum qui tacet, consentire videri etiam in obligationem, aut iuris sui imminutionem. Id receptum animaduerte in quatuor caussis. Prima species est in iis rebus, quas pater facit iure suo in persona aut re filii aut filiæ, quos in potestate habet, quas res tamen facere non potest, nisi ex consensu filii vel filiæ. Quicquid est earum rerum, quas pater ita facit, si sciente filio aut filia facit nec contradicente, filius consentire intelligitur, itemque & filia. Hoc accidit primum in adoptionibus: Pater filium quem in potestate habet, dare potest adoptandum, & procedit adoptio dummodo fiat consensu filii, *l. in adopt. D. de adopt.* Hic placet filium consentire videri, siue aperte consentiat, siue non dissentiat, nec contradicat patri, *d. l. in adopt.* Idem accidit in adoptione dotis filiæfamilias. Nam si pater filiæ nomine, quam in potestate habet, dotem dederit, ius ita est, vt soluto matrimonio dotis actio sit communis patri & filiæ. Sic tamen vt pater solum possit eam actionem exercere, dummodo ex voluntate & consensu fiat, *l. 2. 2. resc. l. 3. D. solut. matrim.* De voluntate & consensu filiæ in hac caussa ita placuit filiam hoc ipso patri consentire videri, si non contradicat. *l. 2. §. vlt. D. solut. matr.* 11

Vnde † ergo coniectura huius cõsensus in silentio filii aut filiæ? Respondeo, Ex eo, quod vt filius aut filia consentire patri intelligatur, pertinet ad filii & filię existimationem & rei familiaris vtilitatem, qualium rerum commoditatem filius non creditur velle amittere. Primum pertinet ad filii & filiæ existimationem, ne videantur patri contradicere temere, quod est contra honorem & reuerentiam patri debitam: pertinet etiam manifeste ad vtilitatem vtriusque si res per aliquem tractanda est, quæ res ad liberos pertinet: nemo melius aut fidelius, aut maiori cum affectu tractabit, quam pater: Nullus est enim affectus, qui vincat paternum, vt est *in l. vlt.* 12

Secunda species † quæ eandem interpretationem silentii admittit, est in conductione agrorum. Nam si colonus conduxerit agrum ad certum tempus, & impleto tempore conductionis maneat in conductione sciente & patiente domino, eodemq; locatore, placet vtriusque partis taciturnitate conductionem renouatam videri, nec solum renouatam, sed etiam reuocatam in vnum annũ integrum, *l. item quæritur, §. in potestate, l. vlti. D. locat.* Vnde ergo silentium pro consensu? Respondeo, Ex facto coloni, & ex eo quod ita fieri, vtriusq; interest: Nam colonus dum manet in conductione, ostendit se manere in agro, ita vt prius erat. At prius tenebat agrum iure conductionis. Ostendit ergo, se velle manere eodem iure cõductionis. Vt autem dominus tacens in eam rem consentire intelligatur, facit manifesta eius vtilitas, quia nisi fundum eidem colono locabit, 13

alium colonum non reperiet pro eo anno, & ita ager illi vacabit. Quod autem vterq; intelligitur consentire in locationem vnius anni, eadem vtilitas necessario facit, quoniam colonus non conducit agrum, nisi, vt fructus percipiat. Fructuũ perceptio annuum spatium desiderat, & quemadmodũ non potest percipi fructus nisi vno anno, sic quoque fructuũ vnius anni non potest percipi domino merces, nisi vnius anni. Huius coniecturæ rationem esse in hac re, id est, in hac perceptione fructuum, apparet ex vrbanis prædiis, quæ cum quotidie suas vtilitates ad habitandum præstent, eo fit, vt placeat in vrbanis prædiis ita inquilinum obligari, prout inhabitauerit.

14 Tertia species † eiusdem generis est in re trium fratrum communi, quam vnus ex fratribus donauit vxori vnius fratris. Placet in hac specie, si rem communem donauerit ceteris fratribus scientibus, nec contradicentibus, rem ab vxore auocari non posse. Quod non alia de caussa dicitur, quam quod videntur ceteri fratres scientes consensisse, & tamen hęc donatio aperte pertinet ad imminutionem iuris ceterorum fratrum. Vnde ergo consentientes existimantur contra vtilitatem suam? Respon. Coniectura consensus ducta est ex his rebus, ex affectu fratrum, ex exemplo eius qui donauit, item ex coniuratione partium rei donatæ. Frater erga fratrẽ bene affectus est: Proinde & erga vxorem, quæ eadem persona existimatur propter coniurationem. Præterea mouentur ceteri fratres exemplo eius, qui partem donauit, ne is videatur magis diligere fratrem, quã reliqui fratres. Postremo, quia res communis donata est, vt si qui fratrum velint partes suas auocare, etiam partem fratris qui donauit inutilem vxori constituant, propter cõmunionis incommoditatem. Ideo recte hic consensus admissus est in re communi fratrum ab vno donata *in d. l. seruus.* Vnde probãdum puto, quod si vnus ex fratrib. vxori vnius fratris dederit res partim suas, partim aliorum fratrum, diuersas & discretas, non ideo videantur ceteri fratres donationi consentire, quoniam de rebus suis diuisis suũ arbitrium sibi permitti velint, & nullam incõmoditatem communionis inducere hac repetitione. Ergo hic coniectura consensus, nõ ex vtilitate fratrum ducta est, sed ex conditione personarum & facti.

15 Quarta & postrema † species est, quæ eandem interpretationẽ regit etiam aduersus eum qui obligatur in decurionali honore delato filiofamilias. Placuit enim si consentiente patre filiusfamilias decurio creatus sit, patrem obstringi omnibus oneribus decurionatus filii. De consensu autem patris si quæritur, etiam hic placuit, si pater sciuerit filium decurionem creari, hoc ipso videri consentire, quod non contradixit, *l. 2. D. mand. l. 1. infra, de filiofamilias.* Et tamen aperte decurionatus, neque ad vtilitatem filii, neque patris, sed ad vtrunque onerãdum & obstringendum pertinet. Vnde ergo contra superiores coniecturas consensus patris? Respondeo: Id receptum est in re ad rempub. pertinente, propter honorem, quem pater reipub. debet, quo honore efficitur, vt si non vult consentire eloqui debeat, ne fraudetur ciuitas.

Nihil ad hanc speciem faciunt plerique loci, qui huc referuntur ab Accursio, *partim in l. qui tunc, de reg. iur. partim in d. l. 1. ad municip.* Ii sunt quatuor, de quib. paucis subiiciã, ne quis error nobis subiiciatur. I. Huc non pertinet exemplum *in l. quid. D. de euict.* vbi vnus ex heredibus proponitur vendidisse prædia hereditaria cõmunia, & reliqui coheredes pretium accepisse: Illic respondetur aliquos heredes, qui sciuerũt & non dissenserũt, emtioni consensisse videri. Non hoc ideo fit, quod reliqui coheredes sciuerunt & contradixerunt, sed quod scirent emtionem præcessisse, pretium emtionis acceperunt. Non potuerunt accipere pretium, nisi prius emtio consisteret. Itaque pretium accipiendo voluerunt quod erat consequens emtionis. Qui consequens voluerunt, prius manifesta voluntate antecedens probant, *l. illud. D. de acquir. hered.*

Similiter nihil ad hunc locũ facit *l. qui in futurum, in pr. D. de pact.* vbi creditor accepit vsuras, sibi prærogatas in vnum annum, placet eum intra eum annum sortem petere non posse, & si petat excidere parti, id est, consensu remoueri. Hoc non accidit, propter silentium & taciturnitatem creditoris, sed propter factũ eius, quod vsuras in vnum annum accepit, non possunt esse vsuræ in vnum annum debite, nisi sors penes debitorem in eum annum maneat. Proinde, vt in superiori specie, sic in hac accidit, vt creditor facto suo aperte volẽs, quod est cõsequens, nempe vsuras penes se manere, simul etiam velit, quod illud antecedit, nempe vt sors penes debitorem tamdiu maneat, *dict. leg. illud, D. de acquirend. hered.*

Similiter nihil ad hunc locum facit exemplum, *l. consil. §. vltim. D. de cur. fur.* vbi placet ex duobus curatoribus furiosi, vnum posse quiduis gerere, puta accipere solutum, vendere, & cetera facere etiam altero ignorante & absente, dummodo alter non contradicat. Et adiicitur ideo id esse, quod alter videatur consentire, si non contradicat ex post facto. Id in hac specie dicitur, non quod exigat, vt alter curator consentiat, alioqui illum præsentem aut scientem esse oporteat, sed ideo, quod ratum est quod vnus gerit, si alter non contradicat.

Postremo ad hunc locum referri non debet exemplum *leg. 1. §. denuntiauit, vers. pœna, D. de agn. lib.* vbi placet, si mulier dixerit marito, se esse ex eo prægnantem, debere maritum vxori denuntiare eam non esse ex se prægnantem, quod nisi faciat, placet eum agnoscere partum pro suo debere. Non constituitur hoc, quod maritus consentiat filium suum esse, sed quod afficitur hac pœna, vt cogatur etiam inuitus pro suo agnoscere, si volens agnosceret, nulla esset pœna mariti, sed in eo pœna est, quod cogitur agnoscere etiam inuitus. Dictũ est inuitos non consentire. Proinde ex eodem loco dici non potest eum qui tacet consentire videri. Hoc de iis locis moneri eo spectat, vt intelligamus totius huius quæstionis de interpretatione silentii & taciturnitatis contineri illis definitionibus & exceptionibus quas supra ostendi, quarum ratio idonea reddita est: Vt item intelligeremus in hac quæ videtur dissimilitudine & varietate, tamen summam rationem & constantiam iuris & æquitatis, auctoribus iuris constitisse.

*Ad L. 7. Si literas.*

Imper. Gordian. A. Aureliano.

*Si literas eius secutus, qui pecuniæ actor fuerit, ei, qui tibi literas tradidit, pecunias credidisti: tam condictio aduersus eum, qui a te mutuam sumsit pecuniam, quam aduersus eum, cuius mandatum secutus es, mandati actio tibi competit.*

SVMMARIA.

1 *Creditor amicus, si mandato amici Titio pecuniam mutuo det, an sicut mandati contrariam habet aduersus mandantem amicum, sic quoque actionem habeat aduersus Titiũ cui pecuniam tradiderat? & quam nu. 2. & 4.*

3 *Non omnis numeratio obligat accipientem; sed eum solum cum id agitur, vt qui accipit obligetur.*

4 *Creditor an possit eandem summam tam ab accipiente quam a mandante diuersis temporibus, & ita bis exigere.*

1 AMicus † quidam dedit Titio literas ad Aurelium, quibus nominatim petebat ab Aurelio, vt certam summam pecuniæ mutuo daret Titio, *leg. 5.* Amicus in hoc rescripto dicitur, *pecuniæ actor*, vt in vulgarib. exemplarib. legitur, sed rectius *pecuniæ auctor*, vt in veterib. exemplaribus cõsentientibus, vt intelligatur is, q auctor fuerit huius pecuniæ Titio dãdæ. Aurelius literas amici secutus, pecuniam Titio, suo nomine accipienti credidit. Hic constabat Aurelium habere mãdati actionem contrariam aduersus amicum mandatorem, quia mandatum susceperat, & mandatum illud impleràt. Quibus interuenientibus mandati actio contraria competit aduersus mandatorem. *l. si vero. §. contraria.*

Sed hic quæsitum est amplius, *an & Aurelius haberet actionem aduersus Titium, cui pecuniam reddiderat?* Mouet quæstionem, quod pecuniam Titio dedit, non propter Titium, sed propter amicum, cuius literas secutus est. Vnde videri potest, nullam actionem esse aduersus Titium, quia actum non sit, vt Titius obligaretur, sed vt solum amici ratio in hoc mu-
2 tuo haberetur. Nõ † omnis numeratio accipientem obligat, sed tum solum, cum id agitur, vt qui accipit, obligetur, *l. non omnis, D. si cert. pet.* Huc accedit, quod cum Aurelius huius pecuniæ nomine obligatum habeat mandatorem, nõ videtur, debere alium debitorem pecuniæ exigere, ne fiat contra regulam iuris, quæ vetat bis idem exigi. *l. bon. fid. de regul. iur.* Ad hanc dubitationem rescriptum est, tam conditionem indebiti competere aduersus eum, qui pecuniam sumsit, quam competit mandati actio aduersus eum, qui mãdauerat. Ergo, qui alterius mandato pecuniã alii credidit, vna numeratione incipit habere duos obligatos, & eum qui pecuniam accipit, ex mutui caussa, quia illi pecunia mutua data est, & is suo nomine accepit. Vnde condictio incerti, *Instit. quibus modis, contrah. obligatio. in prin.* Et eum, qui mandauit aduersus quem mandati actio contraria est. Nec mutat mandatum, quod absens amicus per literas mandauit. Nam mandatum ex eo genere est, quod etiam per epistolam inter absentes recte contrahitur, *l. 1. D. eod.*

Non obstat, quod creditor propter amicum pecuniam Titio credidit. Nam primo propter amicum motus est, vt vellet Titio pecuniam credere, sed initio inductus, cœpit etiam velle dare Titio propter Titium; id quod facto declaratur. Nam creditor dedit Titio pecuniam suo nomine accipienti, vnde apparet mutuo Titio datum, non autem mandatori. Quare obligatur Titius, quia id actum est, vt obligaretur. Actum est enim vt mutuum acciperet. Nihil ad rem pertinet, quod eiusdem pecuniæ & numerationis nomine duo obligãtur. Nihil enim prohibet, eiusdem pecuniæ & quantitatis plures reos principales esse. Nam certum est pro reo principali, fideiussorem interuenire posse, *leg. prima, de fid. insti.* mandatores fideiussoribus comparantur, ambo enim mandantes sunt principales obligati, *l. si primo, infra hoc titul. leg. vltim. infr. de constitut. pecun.* Sed & eiusdem pecuniæ plures rei principales esse possunt, quod est iuris certissimi, *l. de duobus reis, Institu. de duobus reis. in princip.* Neque hic metuere debemus, ne vtrinque hac obligatione recepta fiat contra reg. iuris, quasi bis idem exigere possit creditor. Nam hic etsi duo rei sunt, vna tamen summa in obligatione versatur, quam simul ab alterutro potest exigere, vt paulo post dicemus.

Sed tamen dici potest in proposito, Titium, cui pecunia numeratur, alterius mandato non teneri, sed solum eum qui mandauit, *ex l. si ex contractu, infra, quod cum eo.* Nam & illic filius patris iussu pecuniam mutuam ab aliquo accepit ex contractu patris, & placet solum patrem obligari mãdati, filium non obligari. Respondeo, obiectio tollitur ex eo, quod *in d. l. si ex contractu patris dicitur.* Hinc enim intelligimus, pecuniam fuisse creditam patri, seu prius conuenisse inter patrem & creditorem, vt pecunia patri crederetur. Deinde patrem misisse filiũ ad creditorem, & iussisse vt eam pecuniam acciperet a creditore, nomine tamen patris, cuius de contractu agebatur. Itaque solus debitor est pater, filius erat nuntius patris. Multum interest, cum quis pecuniam accepit alterius mandatu, vtrum ei pecunia detur, vt debitori suo eam accipiẽti, an vero vt amico siue ministro mandantis aut iubentis. Si suo nomine accipienti, obligatur, vt in specie hic proposita, si vt nuntio aut ministro, non obligatur, ꝙ non id agitur, sed id solũ vt is obligetur, cuius nomine pecunia datur.

Iam dixi non † omnem numerationem obligare 3
accipientem, sed tunc solum, cum id agitur, vt qui accepit obligetur, *d. l. non omnis, D. si cert. pet.* Rursum dici potest † in specie proposita, non competere a- 4
ctionem mandati aduersus amicum, cuius mandatu Titius pecuniam accepit, sed competere vtilem institoriam, *ex l. si mutu. pec. de instit.* vbi proponitur aliquis mandasse procuratori suo, vt pecuniam aliunde acciperet. Is procurator cum id significasset Titio creditori, creditor propter mandatum præcedens, pecuniam illi procuratori credidit. Illic scriptum est, eum qui mandauit, non teneri creditori mandati actione, sed tantum teneri ad exemplum institoriæ. Respondeo, Longe dissimiles sunt horum locorum species: Nam in specie, quæ hic proponitur, amicus mandatum suum direxit ad creditorem ipsum, & ideo merito amicus mandati tenetur, quoniam inter ipsum & creditorem, mandatum intercessit. At in specie superiore, *l. pen. supr. de Instit.* mandator mandauit tantum procuratori suo, nihil autem creditori: Quamobrem creditor mandati actionem habere non potest, quia soli ei contraria mandati actio competit, qui mandatum suscepit. *d. l. si vero §. contrar. D. eod.* Sed tamen quod hic procurator proxime accedit ad institorem. Ideo exemplo institoriæ, datur aduersus mandatorem actio, de qua illic suo loco dixi. Manebit ergo sententia hæc huius rescripti, cum quis mandatu alterius, quod mandatum ad creditorem dirigitur, pecuniam illi alteri credidit, eodem facto ei obligari & debitorẽ, qui pecuniã accepit ex caussa mutui, & mandatorem eum qui mãdauit ex caussa mandati.

Sed in hoc rescripto quædam cauéda sunt. Primo enim quod rescriptum ait: *Eiusdem pecuniæ nomine duos teneri:* monendi sumus non sic accipiendum esse, quasi creditor † possit eandem summam exigere ab vtroque diuersis temporibus. Nam, vt supra dixi, hic vna summa versatur in obligatione, quam creditor consecutus ab altero, amplius ab altero exigere non potest. Si mandator pecuniã soluerit creditori, nomine debitoris, statim debitoré liberat, *l. indeb. D. de cõd. ind.* Et liberato debitore principali ipse quoq; mandator liberatur p consequentiã, *l. in omnib. speciebus, D. de solut.* Quod si mandator soluerit suo nomine, se quidem liberat, sed debitorem ipso iure non liberat, *l. Papin. D. h. t.* Veruntamen per exceptionem mandator hic quoq; liberatur. Nam si ab eo iterum petitur, exigitur bis idem, quod est contra bonam fidem, & contra reg. iur. *l. bona fid. de reg. iur.* Vnde doli mali exceptio debitori aduersus creditorem competit contra æquitatem aliquid petentem, *leg. 1. D. de dol. mal. exc.* In summa semper mandatore soluente, debitor principalis liberatur. Contra vero si debitor principalis soluat, primum ipse liberatur solutione, vt tollitur obligatio solutione eius, quod debetur, *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Deinde principali liberato, liberantur etiam accessiones, vt fideiussores & pignora, *d. l. in omnib. speciebus, D. de sol.* In hoc numero accessionum sunt mandatores, vt dixi. Ex quibus intelligimus verum esse, quod supra dicebamus: Tametsi hic duo obligentur ex eadem numeratione, nõ tamẽ bis idem exigi, sed semel duntaxat, cũ alterutro liberato, alter quoq; liberetur debitor, & contra, si conuenerit prius debitorem liberari, liberatur & mãdator, *l. si mandatori 13. D. de fid. l. si quis alicui, §. vlt. D. hoc tit.* Solutione rei debitæ nomine vnius ex rei conuentione, plures rei liberantur, *l. 1. §. si ap. duos. D. depos.*

Obseruandũ præterea in hoc rescripto, quod pariter duæ actiones hic dantur, vna aduersus mãdatorem, altera aduersus debitorem. Hoc ne sic accipiamus, quasi vterque ex iis in hac caussa eodem modo teneantur, monendi sumus, inter has actiones & obligationes hoc interesse, quod debitor condictione conuentus ob pecuniam numeratã omnino necesse habet creditori soluere, nec vllam exceptionem habet, qua quicquam postulet sibi a creditore præstari. Contra vero mandator, mandati actione conuentus, non cogitur creditori soluere, nisi creditor cedat ei actiones suas aduersus debitorem principalem, *d. l. si quis alicui, in fi. D. eod. d. l. si mandator. D. de fid. l. 2. 3. ⁊. de fid.* Hoc etiam inter has actiones interest, in ordine agendi, quod iure nouo prius debitor cõueniendus est, si præsens est: quod si totum facere non potest, tum peruenitur ad mandatoré & fideiussorem. *Auth. præsente, infr. de fid.* Olim ius ita erat, vt esset in potestate creditoris, vtrum vellet prius conuenire, *l. 3. infr. de fid.*

Notandum est, quod in specie facti proposuit amicum, qui literas ad Aurelium dedit, nominatim mandasse, vt pecuniam Titio crederet, idque verbis rescripti in fine exprimitur, cum dicitur, *Aurelium secutum esse mandatum eius qui scripsit.* Non idem iuris est, si proponatur amicus solum per literas cõmendasse Titium Aurelio, vt diceret: *Rogo hunc Titium, qui tibi literas reddet, omni modo cõmendatum habeas.* His verbis mandatum non continetur, & si hæc verba secutus Aurelius Titio pecuniam credat, solum Titium obligatum habet, nõ eum qui literas scripsit, *l. si vero. §. cum quidam. D. eo. l. vlt. ⁊. quod cum eo.* Sed quid est commendare amicũ alicui, nisi mandare illi vt in commendatum officia & beneuolentiam omnem conferat? Ex quo officio est, vt pecunia illum adiuuet. Respondeo: cõmendationis verbo nihil aliud continetur, quam vt is, cui quis commendatur, officia beneuolentiæ in commendatum conferat, & commendatum iis rebus adiuuet, sed citra damnum & impensa rei familiaris. Vnde intelligimus eum qui commendat nullo eo nomine obligari.

*Ad L. 8. Si tibi.*

Impp. Valerian. & Gallien. AA. & Valer. Cæs. Lucio.

*Si tibi pupillorum pater, vt pecuniam in rem suam seruis eius crederes, mandauit, & in hanc rem æque ipso præcipiente pignora sunt obligata: & mandati actione pupillos post mortem patris conuenire, & exsequi ius obligationis pignorum poteris, si in solutione cessabitur.*

SVMMARIA.

1 *Actio mandati contraria an detur, aduersus heredes mandantis.*

2 *Creditori an pignoratitia detur aduersus heredes & pupillos.*

HOc rescripto in summa declaratur, quod iuris est aduersus defunctum in obligatione mandati & obligatione pignoris, idem seruare creditorem aduersus heredes defuncti, nec tantum aduersus alios, sed etiam aduersus pupillos heredis. Pater viuus mandauerat Lucio, vt pecuniam seruis suis crederet: Lucius credidit. Si pater viueret, certũ est creditoré aduersus patrem actioné mandati habere, quia mandatum eius suscepisset, & pecuniam dãdo, exsecutus esset, *ex l. si vero, § contr. D. eod.* Idem † ergo iuris erit 1
aduersus defuncti patris heredes etiã pupillos. Proinde vt actio mandati contraria datur aduersus mandantis heredes, *l. 2. ⁊.* Sic etiam datur aduersus mãdatarii heredes. Idq; est omnium, qui habent actionem ex contractu, commune, *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.*

Idem † pater promiserat seruis pecuniã accipien- 2
tibus, vt res quasdam suas, id est, dominicas pignori, Lucio creditori obligarent. Obligarunt. Constat ab initio res esse iure obligatas: Etsi enim inuito domino res eius ab aliis obligari pignori non possint, volente tamen possunt, & non secus obligantur, quam si ipse dominus obligasset, *l. 4. l. quod prædium, l. vlt. infr. si aliena res pig. data sit. l. Lucius. D. h.* Itaque hac obligatione constituta, si pater idemque seruorum dominus viueret, posset creditor ius pignorum, aduersus eum exsequi, vt hoc rescriptum loquitur. Id autem ius est, vt posset creditor pignora persequi aduersus omnes debitores, *§. item seruus, Insti. de act. l. si fundus. §. in vindicatione, l. pign. D. de pig.* Idem etiam posset pignora distrahere, si mandator in solutione cessaret, *l. quãdiu, l. si cessante, ⁊. de distract. pign.* Proinde & patre mortuo idem facere poterit creditor aduersus heredes & pupillos.

Sed hic dubitationem faciebat persona pupillorum heredum. Nam pupillis hoc beneficii tributum est iure, vt si quid sine tutoris auctoritate gerant, omnino non obligentur *l. oblig. 9. D. de aut. tut. & Inst. eo. tit.* Quod si quid auctore tutore contrahant, obligantur quidem ipso iure, sed in integrum restitui possunt. *leg. prima, D. de min.* Hinc igitur dubitatio, an cum pupillis heredibus eodem iure agi possit, quo

quo cum defuncto, ageretur? Et rescriptum est posse. Merito, nam superiora tribuuntur pupillis, cum pupilli conueniuntur ex persona sua. At ex obligatione hereditaria & facto defuncti conueniuntur, non ex persona sua, sed ex persona defuncti. Proinde vt heredes conuenti, iure defuncti vtuntur, non suo, & in eo nullo suo proprio priuilegio defenduntur. *leg. qui in ius, de regul. iur. leg. 3. D. de iud.* idque est æquissimum. Primum: quia ex persona heredum conditio obligationis immutari non debet, nec etiã potest, *l. 2. §. ex his. de verborum oblig.* Est enim hæc mutatio contra naturam hereditatis, quoniam heredis est succedere in ius defuncti, successionem ergo eodem iure esse oportet, *l. hereditas, de reg. iur. l. nihil aliud. de verborum significatione.* Deinde iniquissimum est eos creditores cõditionem pupilli sequi, qui cum pupillo nihil contraxerunt, vt est in *l. 3. D. quibus ex caussis in possess. eatur.* Sane pupilli in integrum restitui possunt, vt se hereditate abstineãt, si damnosa videbitur hereditas. Leges enim sinunt, vt se hereditate abstineant. Sed de heredibus pupillis loquimur: Quamdiu ergo heredes erunt, tamdiu eos iure heredum vti oportet. Est enim idem ius quod defuncti.

*Ad L. 9. Cum per procuratorem*

Impp. Dioclet. & Maximianus Augusti Marcello.

*Cum per procuratorem causam tuam læsam esse dicas, mandati actio aduersus eum tibi competit.*

S V M M A R I A.

1 *Procurator tenetur mãdati actione directa, si per eum caussam læsam esse probari potest.*
2 *Caussa quibus modis a procuratore lædatur.*
3 *Appellatio rescindit pronuntiatum.*

1 Procuratori † ad litem agendam dato hoc mandatum intelligitur, vt caussam iuuet & omnia faciat, quæ ad caussam vincendam pertinent, non vt caussam lædat. Proinde si lædat mandati tenetur, siue dolo id faciat, siue culpa & negligentia: vtrumque enim procurator præstare debet, *l. proc. supr. hoc tit.* Id est, quod hic traditur, procuratorẽ teneri mandati actione directa, si per eum caussam læsam esse probari potest.
2 Læditur † caussa a procuratore, aut faciendo aut omittendo. Faciendo, si caussam interuertit, aut corrumpit, quæ ad victoriam pertinent, veluti, si aliquod chirographum, in quo aliquid petitur, deleuerit, si in iudicio prolatum subtraxerit dolo malo. Omittendo si ea omittit, quæ erant ad caussam obtinendam necessaria, veluti, si defuit, neque caussam præsens egit, & ita aduersus eum iudicatum est quod defuit: quæ culpa vindicatur in emtore in caussa euictionis, *l. si ideo, in prin. D. de euict.* Aut si præsens necessarias exceptiones aut defensiones omisit, cum sciret eas haberi aut sciri posse. Quæ item culpa vindicatur in fideiussore, *in l. si fideiuss. D. mand.* Aut si allegatis exceptionibus aut defensionibus, necessarias probationes omisit, quarum facultas erat: veluti si instrumenta ad eam rem necessaria non protulit, si testes necessarios non produxit, cum intelligere deberet, actore non probante reum absolui, *l. qui accusatur. infr. de euict.* Sed etsi hæc omnia præstiterit procurator, quibus ad vincendum opus erat, tamen condemnatus caussam lædit, si omittit appellationem, & ideo exigitur a procuratore, vt victus appellet, & sic caussam integram præstet domino, *l. inuitus, infr. de procur.* Lædit autẽ caussam non appellando, ideo, quod intra tempus constitutum non appellauerit, vt iam amplius appellari non possit, sed rei iudicatæ standum sit, *l. cum prolatis, D. de sent. iud.* quod contra fit interposita appellatione. Nam † appellatio rescindit pronuntiatum, vt est *in l. 1. §. vltim. D. ad Turpili.* Sic fit vt rescissa pronũtiatione per appellationem caussa adhuc præstetur domino integra si persequi volet appellationem. 3

*Ad L. 10. Si pro ea.*

Impp. Diocletian. & Maximianus A A. Papio.

*Si pro ea, contra quam supplicas, fideiussor seu mandator intercessisti, & neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea cœpisse comprobare possis, vt tibi iustam metuendi caussam præbeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, vt eam possis & ante solutionẽ conuenire: nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionẽ vrgeri certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem exceptione munitum & iniuria iudicis damnatum & appellatione contra bonam fidem minime vsum, non posse mandati agere, manifestum est.*

S V M M A R [illegible]

1 *Fideiussor quando actionem mandati contrariã habeat aduersus debitorẽ, cuius nomine fideiussit, vtrũ statim, an vero pecunia soluta demum?*
2 *Negatur 1. & n. 5. & late disputatur.*
3 *Mandati lex communis omnibus mandatariis & procuratoribus constituta.*
4 *Fideiussori actio mandati competit etiam antequam soluat, si modo se obligauit pro debitore.*
5 *Quibus in caussis fideiussor etiam ante solutionem actionem mandati habeat aduersus debitorem vt liberetur. Recensentur quatuor.*
6 *I. Si condemnatus sit.*
7 *Fideiussor cur post condemnationem potius, quam ante mandati agere possit.*
8 *Fideiussor condemnatus quibus casib. actionem mandati non habeat.*
9 *II. Si debitor bona dilapidare comprobatus fuerit, & quæ ad hanc exceptionem exigantur.*
10 *In probanda dilapidatione bonorũ an fama sufficiat absque instrumentis & testibus.*
11 *III. Si fideiussor ab initio obligationem ita suscepit, vt etiam ante solutionem posset debitorem conuenire.*
12 *Pacta in bonæ fidei contractibus apposita ad exceptionem omnia prosunt, ad actionem non valent, nisi in continenti secuta sint.*
13 *IV. Si fideiussor in obligatione diu manserit.*
14 *Diu ad minimum significat 10. annos.*
15 *Diu biennium aut triennium non significat aduers. Bart.*
16 *V. Si inimicitiæ capitales inter debitorem & fideiussorem postea interueniant, quibus debitor caussam dederit.*
17 *Fideiussor an ob inimicitias capitales etiam ante solutionem actionem mandati habeat. Affirmatur nu. 20. & fulcitur rationibus firmissimis.*
18 *Cui certis in caussis nominatim datur actio, aut mandatur aliquid, in ceteris omnibus hoc ipsi denegari intelligitur.*
19 *Mandatum finitur ob inimicitias capitales postea interuenientes.*

21 *Arbiter ex edicto pratoris sententiam dicere non cogitur, si inter eum & aliquem ex litigatoribus inimicitiæ capitales interuenerint.*
22 *In inimicitia quæ requirantur.*
23 *Fideiussor an etiam ob eam inimicitiã, cui ipse caussam dedit, mandati actionem habeat aduersus fideiussorem.*
24 *Beneficium quo fideiussor ante solutionem mandati agit aduersus debitorem an quinque enumeratis caussis contineatur.*
25 *Actio mandati competens fideiussori in certis caussis ante solutionem ad quid seu qua de re competat.*
26 *Beneficium exceptionis, qua licet fideiussori ante solutionem conuenire debitorem, an pertineat ad omnem fideiussorem.*
27 *Fideiussor, qui absque mandato fideiussit, an uti possit beneficio exceptionis, qua licet fideiussori ante solutionem actione mandati debitorem conuenire.*
28 *Et quid iuris in fideiussoribus tutelæ.*
29 *Item in fideiussoribus iudicio sistendi caussa.*
30 *Fideiussor si satisfecerit creditori continuo mandati actionem habet aduersus debitorem.*
31 *Satisfaciendi verbo quid intelligatur.*
32 *Soluere est propriam pecuniam naturaliter numerare creditori, quæ illi debeatur.*
33 *Fideiussor quibuscunque modis liberatur ex satisfactionis caussa, mandati actionem aduersus debitorem habet, si modo fideiussori ex ea aliquid absit.*
34 *Mandati actio competit solum de eo quod abest.*
35 *Fideiussores quibus rebus sine pecuniæ numeratione liberantur.*
36 *Facto suo quomodo liberetur fideiussor.*
37 *Fideiussor, debitorem, qui soluendo non erat, delegando, an mandati actionem habeat aduersus debitorem.*
38 *Facto alieno quomodo.*
39 *Fideiussor an mandati actionem habeat, si extraneus pro eo soluat, aut quod sibi debitũ creditori remittat, hoc animo vt fideiussori daret.*
40 *Fideiussor a creditore heres institutus, hereditatem adeundo liberatur: & an hoc casu actionem mandati aduersus debitorem habeat, & debitor liberetur.*
41 *Fideiussorem mandati actionem habere soluta pecunia aduersus debitorem: quid significet explicatur late.*
*Exceptionum fideiussori competentium genera tria.*
42 *I. Exceptiones de apicibus iuris quæ sint.*
43 *Exceptiones de apicibus iuris impune fideiussor omittit. Ratio, nu. 45.*
44 *Apices iuris quid Vlpianus appellet.*
46 *II. Exceptiones quæ fideiussori soli nascuntur ex re, id est, ex eo, quod non debet, & sic ex persona sua, quæ sint, & an impune omittantur.*
47 *Exceptiones & defensiones quæ de re competunt, & ex persona debitoris nascuntur, quæ sint, & earum species tres, & an eas omittere fideiussor impune possit, num. 48.*
48 *Appellare fideiussorem an semper sit necesse.*
49 *Fideiussor vtrum, cum appellatio ab eo exigitur, ita appellare debeat, vt etiam debeat appellationẽ persequi, an vero satis sit fideiussorẽ appellasse, vt deinde appellationem tradat debitori.*

1 QVæstio est, quando † fideiussor actionem contrariam habeat aduersus debitorem, cuius nomine fideiussit, vtrum statim etiã pecunia nondum soluta, an vero non nisi tunc cum pecuniam creditori soluit vt debitorem liberaret? De eo comprehensum est breuiter & dilucide hoc rescripto, sic tamen, vt nonnihil desit. Continet autem rescriptum duas sententias contrarias, quarum vtraque adiunctas suas habet exceptiones. Prior est hæc: Fideiussorem priusquam pecuniam soluerit, pro qua fideiussit, aut eo nomine satisfecit creditori, actionem mandati non habere. Altera: Tunc eum habere cum pecuniam soluerit, aut eo nomine satisfecerit, ita vt ei pecunia abesset, & liberaret debitorem. De vtraque dicemus ordine.

Primo ergo † hæc lex generaliter statuit fideiussori, vt priusquam pecuniam soluerit, aut eo nomine satisfecerit creditori, actionem mandati contrariam non habeat aduersus debitorem. Huic sententiæ multi loci statim opponuntur, & in vniuersum opponuntur omnia exempla, *l. si mand. 45. D. eodem.* Quibus demonstratur, cum alicui mandatum est, vt quid faciat, simul atque facit, si eo nomine obligatus est, statim mandati agere posse aduersus debitorem, vt ab eo liberetur, etiam ante pecuniam ex ea obligatione solutam. Exempli caussa, mandaui tibi, vt fundum Tusculanum meo nomine emeres, emisti, statim mandati aduersus me ages, etiam ante pretium solutum, *dict. leg. si mandatum, in pr.* Item mandaui tibi, vt negotia mea gereres, dum geris expromisisti pro me pecuniam creditori meo, ne in pœnam incidere, aut ne pignora mea ab eo distraherentur, in quo negotia mea gessisti, statim habes actionem mandati, vt te liberem etiam pecunia a te nondum soluta. Idem sequimur in negotiis gestis sine mandato: Nam si quis dum negotia mea gerit, si distrinxerit meo nomine, statim datur negotiorũ gestori actio, de eo in quo obligatus est, ante solutionẽ *l. si quis mandatũ, D. de neg. gest.* Sic etiam ego mandaui alicui, vt meo nomine fideiuberet. Simulatque fideiussit, quoniam obligari incepit, habebit mandati actionem aduersus me, vt eum liberem. 2

Respondeo: Non certe colligitur ex superiorib. exemplis, quoniam diuersa est caussa mandati in aliis omnibus, quibus mando, vt meo nomine quid faciant, alia mandati, quo mando fieri, vt pro me fideiubeat, non habet actionem priusquam soluerit. Vtrumque recte dicitur & efficitur ex lege communi omnis mandati. Cõmunis † mandati lex est constituta omnibus mandatariis & procuratoribus, vt non prius mandati actionem habeant, aduersus debitorem, quam mandatum perfecerunt. Mandato autem perfecto, statim mandati agere possunt. Hæc lex indicatur *in dict. leg. si mandati, 2. respon. D. eod.* Ex hac lege hæc distinctio ducitur. Interest ergo vtrum mandetur alicui vt quid faciat, non aũt vt det, an vero mandetur ei, vt det pecuniam vel quid aliud. Si mandatur, vt quid faciat, eo profecto statim actionem habet, quod mandatum perficit, ex supra scripta leg. mandati. Ideo cum mandaui tibi, vt fundum emeres, fundo emto agis mandati, quia fecisti, quod mandatum erat. Emtio enim perficitur solo consensu, etiam pretio non soluto, *Instit. de emtio. & vendit. in princ.* Similiter, si vt negotia mea gereres te obligasti meo nomine, fecisti quod mandatum erat: negotium enim meum gessisti dum fecisti, vt vitarem pœnam aut retardasti distractionem pignorum, quæ alioqui creditor distracturus erat, 3

erat, proinde merito ex ea lege statim mecum recte ages mandati. At vbi mandatum est alicui, vt daret, ex eadem lege efficitur, eum prius mandati actionem non habere, quam dederit, quod non prius mandatum perfecerit. At huius generis mandatum est, cum mando alicui, vt pro me fideiubeat: nam ei hoc quoque mandatum intelligitur, vt pecuniam soluat auctore Celso *in l. deb. ff. de cond. ind.*

Sed hæc sententia Celsi videtur manifeste falsa esse: nam fideiussori nihil amplius mando, quam vt pro me fideiubeat, id est, pro me promittat & se obliget, verum obligatio facti est, non taciti, *l. consilio. ff. de confess. & aliis.* Proinde quod de ceteris mandatis, in quibus mandatur, vt quid fiat, probatum est, idem etiam in fideiussione seruari oportet.

Respondeo: Si fideiussori mandaretur solum, vt fideiuberet, non intelligitur aliud ei mandari, quam vt faceret & se obligaret, sed mandatur ei vt fideiubeat pro me debitore, *vt est in Instit. in princ. de fid.* Id autem valet, vt meam obligationem in se recipiat, quibus verbis hoc rescriptum vtitur postea. His verbis, *vt meam obligationem suscipiat*, hoc exprimitur, vt pro me soluat: nam obligatio ea erat vt soluerem. Recte ergo dictum est, mandari fideiussori, vt pro me pecuniam soluat.

4 Sed tamen † hoc ipso videtur ei actio mandati dari debere, etiam antequam soluat, si modo se obligauit pro debitore. I. Hoc argumento, si pecunia, in quam fideiussor se obligarit, ei abesset, mandati agere posset aduersus debitorem, *l. inter. §. abesse. ff. hoc tit.* At hoc ipso, quod fideiussor obligatus est in certam summam, hæc summa illi abesse videtur, vt est *in l. si quis mandati. ff. de negot. gest.* Ergo hoc ipso, quod pecunia illi absit, mandati agere poterit. Respondeo: Non est verum, fideiussorem mandati agere posse, si pecunia illi abesset. Exigitur hoc amplius, vt pecunia ita illi abesset, vt eo facto liberaret & se & debitorem, vt sic negotium debitoris gereret, alioqui mandati actionem non habet, *l. Iulianus 47. §. 1. ff. eodem.* Ideo merito exigimus, vt pecuniam soluat, priusquam mandati agat, etiamsi in eam pecuniam sit obstrictus.

Sed rursum in specie ipsa fideiussionis videtur probari *in d. l. si mandati. §. si iudicio. ff. eod.* fideiussorem, etiam antequam pecuniam soluat, hoc ipso, quod obligari cœpit, mandati actionem habere vt liberetur. Sic verba sunt eius loci: *Si iudicio me sisti promiseris, & tu non steteris, quia eo nomine obligatus es actori, statim mandati actionem aduersus me habes.* Hoc rursum videtur esse de fideiussoribus iudicio sistendi caussa, de quo *in l. 2. in princ. & l. vltim. ff. qui satisdare cog.* Ergo saltem in hac caussa fideiussor mandati actionem habet etiam ante solutionem. Neque vero vlla caussa est, vt recipiatur in hac fideiussione, & nō in ceteris fideiussor recipi debeat, quia & hic fideiussor in pecuniam debitam obligatur, *d. l. 25. §. vlt. ff. qui satisdare cog.* Respondeo: Superius rescriptum intelligendum est de principali ac promissore, qui solus promisit, reum iudicio se stiturum, cum prius reus idem non promisisset, non autem de fideiussore rei, qui prius id promisisset. Idque euidenti argumento colligitur, quia fideiussor iudicio sistendi caussa adhibitus, non promittit se reum stiturum, sed promisit fide sua esse, quicquid ex hac caussa reum præstare oportet, *d. l. 2. §. vltim. ff. qui satisdare cog.* Quod si promittat se stiturum reum ipsum, inutilis fideiussio est, quia fideiussor inutiliter aliud promittit, quam facere debeat, *l. contrar. §. si quis Stychum. ff. de fideiuss.* At si fideiussor promitteret, se reum stiturum, aliud promitteret, quam quod reus promisit. Nam reus non promisit, vt a fideiussore sisteretur, sed fore, vt seipsum sisteret. Aliud ergo promittit fideiussor, cum non promittit fore vt reus se sistat, sed vt ipse sistat reum. Non ergo superius rescriptum de fideiussore accipi potest. Itaque sententiæ hoc loco positæ exemplum non aduersatur: pertinet enim ad id mandatum, quo in rebus aliis, quam in fideiussione mandatur alicui, vt quid faciat. Iam ante dixi, *simulatque id factum erit, mandatum impleri*, ideo mandato impleto esse mandati actionem.

Stat † ergo hæc sententia locis certis: fideiussorem, quamuis fideiusserit ex mandato, & se obligarit pro debitore, tamen priusquam pecuniam ex ea caussa soluerit, mandati actionem non habere aduersus debitorem vt liberetur. Quod mandatum est etiam ei vt solueret, priusquam factum erit quod mandatum non perfecit, ex eo: mandati actionem habere non potest, *ex lege mandati, quam supra posuimus.* 5

Sed hoc non est perpetuum. Interdum fideiussor etiam ante solutionem actionem habet aduersus debitorem vt liberetur, quod videtur æquum & iustum esse, denique ex lege fideiussoris id admitti. Ita autem receptum est in quatuor caussis, puta etiam in quinque, sed de quinta dubitatur. Ex quibus tres hic comprehensæ sunt, vna expressa est *in l. Lucius. ff. eod.* de quinta nihil nominatim traditum legimus. I. caussa † est, si fideiussor condemnatus sit, vt hic dicitur, *& in l. si fid. infr. eod. l. si mandat. §. sed si mandauero. ff. eod.* Sed videtur nulla esse caussam, cur † fideiussor post condemnationem agere possit mandati, potius quam ante condemnationem. Nam condemnatus priusquam pecuniam soluat, actione iudicatur in eam rem constituta, *l. 4. §. 1. ff. de re iudicat.* Sed ante condemnationem æque obligabatur, & eam pecuniam debebat. Nam obligatio est vinculum, quo necessitate soluendi obstringimur, *Instit. in princ. de obligat.* Quare cum eadem caussa sit condemnati & non condemnati, aut vtrique actio dari debuit, etiam ante condemnationem, vt post condemnationem, aut neutri, quoniam, in quibus caussis eadem ratio est, idem ius statui oportet, *l. illud. ff. ad legem Aquil. l. vltim. infr. de constit. pec.* Respondeo: Inter condemnatum fideiussorem & non condemnatum hoc conuenit, quod vterque obligatus est tantum, sed hoc interest, quod qui condemnatus non est, differre potest solutionem, potest enim ad iudicium prouocare, condemnatus potest appellare, etiamsi iniuria. Atqui qui ita condemnatus est vt non appellarit, is differre solutionem non potest. Rata est enim aduersus eum exsecutio rei iudicatæ. Hæc necessitas huius obligationis facit, vt condemnatus prope iam videatur soluisse, qui solutionem non potest differre. Sed ita condemnatus fideiussor mandati † actionem habet, si nihil sit, quod ei imputari possit, cum ita sit condemnatus & ita perseueret. Quod ita sit, si nullam exsecutionem habuit, aut si quam habuit, ignorauit se habere, sciuit, aut scire debuit in iure errans, tribus temporibus actionem non habebit, quamuis condemnatus. I. Si exceptionē eam nō opposuerit, *l. si fideiussor. ff. eod.* II. Si ad probandum necessariis probationibus vsus non sit, quibus vti poterit, 6 7 8

caussarum, quibus fideiussor ante solutionem mandati agere possit, an plures sint quam quinque, quas comprehendimus. II. De actione, ad quid fideiussori ante solutionem competat, & quam vtiliter. Postremo, an hoc beneficium similiter omni fideiusso-
24 ri competat. Primo, vt dixi, † quæsitum est de numero earum caussarum, & an beneficium hoc intra quinque caussas superiores consistat, quoniam plures enumerantur vulgo ab Accursio & aliis *ad d. l. Lucius. & hac l.* Respondeo: Non sunt plures caussæ, quam quinque superiores: nam quod vulgo enumerantur aliæ, non sunt modi, quibus fideiussor ante solutionem mandati agit, sed quibus agit post solutionem. Nam ii modi omnes loco solutionis sunt, itemque ad legis sententiam, non ad superiores per-
25 tinent. II. loco † quæsitum est, ad quid seu qua de re hæc actio competat fideiussori ante solutionem. Neque enim videtur vtiliter posse competere: nam inanis est omnis actio, nisi de re aliqua agatur quæ petatur, §. 1. *Inst. de act.* At ante solutionem non videtur fideiussor quicquam petere posse, cum ei nondum quicquam absit, & præsertim cum mandati contraria agat, quæ actio non competit, nisi de eo quod mandatario abest, vt initio huius tituli dixi. Nihil autem abesse videtur ei, qui non soluit.

Respondeo: Verum est, non competere fideiussori actionem nisi de eo quod ei abest. Non abest quidem ei pecunia quam nondum soluit, sed abest ei libertas quam se obligando amisit. Agit ergo vt ea obligatione liberetur, quo redeat in pristinam libertatem. Est ergo hæc petitio vt liberetur, itaque ita expressum est *in l. Lucius, & l. si mandatum. ff. eod.* Sed hoc quoque in dubium incidit: nam volente creditore accepto liberatur, sed quid si creditor nolit? acceptum eum facere non cogitur. Resp. Restat vt debitor eum liberet, quod ita fit, si debitor soluat creditori. Nam soluendo se prius liberat, deinde fideiussorem per consequentiam. Quid si debitor nolit magis soluere fideiussori quam creditori, quid fiet? Resp. Id fiet, quod in omnibus facti obligationibus receptum est, debitor condemnabitur in pecuniam numeratam fideiussori, *l. si quis ab alio. §. vlt. ff. de re iudic.* id est, in quod fideiussoris interest, cuius æstimatio est prima. Nam in omnibus facti obligationibus, condemnatio & obligatio est in id, quod interest actoris, *l. si pœnam, l. si quis 8. & l. 112. §. vlt. de verb. oblig.*

At rursum quæritur, quid interesse possit fideiussori, cum ei nihil absit? Respondeo, quod est *in l. si quis mandati. ff. de neg. gest.* Tanti fideiussoris interesse videtur, quanta est ea summa, in qua est obligatus. Quare si debitor ei condemnari debet in id, quod eius interest: consequens est, condemnari debitorem debere in eam summam, in quam fideiussor se obstrinxit. Hac pecunia accepta vere fideiussori consultum erit ad id, quod quæret. Soluet enim creditori, atque ita liberabitur, id quod petebat. Sed rursus ex eo hoc incommodum est, quid enim si pecunia fideiussor accepta a debitore creditori non soluat, futurum est, vt debitor duplex damnum trahat, quod soluit primo fideiussori, deinde etiam soluere cogitur creditori, quod is nihil dum acceperit. Respondeo: Hoc incommodum sic vitatur a debitore, si rebus integris soluerit creditori: sic enim & fideiussorem liberat, sed etsi pecuniam soluat creditori, tum paratum est ei remedium aduersus fideiussorem. Nam si fideiussor non soluat, debitor potest repetere pecuniam a fideiussore condictione ob caussam dati non secutam. Nam hæc pecunia fideiussori soluta est ob caussam, nempe vt liberaretur, quoniam si non soluit, & caussa non sequitur, proinde erit condictio ob rem dati, re non secuta.

III. loco quæsitum est, an † beneficium huius ex- 26
ceptionis, qua licet fideiussori ante solutionem conuenire debitorem, pertineat ad omnem fideiussorem? Nam hoc rescripto, *& l. Lucius,* nullus fideiussor excipi videtur, & tamen de plerisque iusta dubitatio est. Hoc loco de tribus generibus fideiussorum quæsitum est. I. De † fideiussore, qui sine mandato 27
domini pro eo fideiussit, an huic quoque beneficium huius loci tribuatur, vt possit ante solutionem agere neg. gest. aduersus debitorem, ex iis caussis quæ hic comprehensæ sunt? Quidam putant hoc beneficium ad hunc fideiussorem non pertinere, cum Accursio, qui hoc scribit *ad l. 2. ff. de neg. gest.* Vnde intelligi volunt, fideiussorem, qui sine mandato pro debitore fideiussit, nullam actionem habere aduersus debitorem, priusquam soluerit, quoniam, quod huic tribuitur, vt ante agere aliquando possit, id tribuatur fideiussori, qui mandatu debitoris fideiussit. Quidam contra putant beneficium huius legis etiam ad hunc fideiussorem pertinere, cum Accursio, qui hoc scripsit contra priorem suam sententiam *in l. seruuli. de neg. gest.* quo sequitur, etiam ante solutionem hunc fideiussorem, de qua quæritur neg. gest. agere posse: sic tamen dummodo aliqua caussa interueniat ex his, quæ hic comprehensa sunt.

Vtrum verius? Respondeo: Neutrum verum est. Nam ei, qui sine mandato debitoris fideiussit, competit neg. gest. actio aduersus debitorem, etiam ante solutionem, nec beneficium huius loci ad eum pertinet, quod non est necessarium, quia statim agere potest, etiamsi nondum sit condemnatus, nec debitor sua dilapidet, nec quicquam conuenit, vt statim agat. Patet hæc sententia ex conditione actionis neg. gest. Nam fideiussor, qui sine mandato debitoris fideiussit, habet actionem neg. gest. si negotium vtiliter gessit fideiubendo, etiamsi non soluat. Finge absente debitore creditorem voluisse distrahere bona debitoris, pignoris iure, interuenisse amicum, qui fideiusserit pro absente ea lege, vt inhiberet pignorũ distractionem. Apparet hac fideiussione consultum esse absenti, & negotium eius gestum esse, quod & dicitur *in l. 1. ff. de neg. gest.* Si hoc ita est, statim fideiussor neg. gest. agere potest nec ad rem pertinet, etiamsi nondum soluerit. Nam neg. gest. actio competit, si negotium vtiliter gestum est, & competit non tantum de eo, quod abest, sed etiam de eo, quod adhuc fideiussori abfuturum est, vt traditur *in l. 2. de neg. gest.*

Quare & apertius definitum est *in l. si quis mand. de neg. gest.* omnem, qui dum aliena negotia gerit, se obligat, statim habere actionem aduersus dominum negotiorum, vt ea liberetur obligatione. Quare non dubium est, quin fideiussor, qui sine mandato soluit, hoc iure vti possit: ei vero, cui mandatum est, ante solutionem agere non licet. Huius enim longe diuersa caussa est. Hic non potest agere mandati priusquam mandatum impleuerit, *l. si mandatum. ff. eod.* Et ob hanc caussam non potest agere, antequam soluatur, quia ei mandatum hoc quoque est, vt solueret. Huic vero nihil plane mandatum est, vt proinde non debeat nec possit exigi ab eo, vt mandatum impleat antequam agat, sed vt fideiubendo se in hoc distrinxe-

strinxerit debitori, vt pro eo solueret. Nam in negotiis alienis sponte gerendis hæc lex est, vt qui vnum negotium suscipit pro absente, non cogatur alia eius negotia suscipere gerenda, multo minus ea implere: abunde enim sufficit, si cui vel in parte amici labore consulatur, *l. tutori. inf. de neg. gest.*

28 Secundo loco quæsitum est † de fideiussoribus tutelæ. Nam debitores tutelæ & fideiussores debent eius nomine dare, id enim satisdare significat, *l. 1. ff. qui satisdare cog.* Finge pendente tutela, tutorem dilapidare bona pupilli vel sua, & fideiussorem mansisse in ea promissione per decem, duodecim, tredecim annos, quibus tutela perseuerauit, aut etiam ab initio ita datum esse tutorem, vt posset etiam ante solutionem conueniri. Quæritur ergo, an in iis caussis pendente tutela possint tutores agere, vt obligatione liberentur? Et vulgo placet, non posse eos agere, vt liberentur obligatione, quoniam pendente tutela obligati sunt, sub conditione, quoniam nisi finita tutela agi non potest tutelæ nomine, *l. nisi finita. in pr. & §. vlt. ff. de tut.* Qui sub conditione obligatus est, pendente conditione, non est obligatus, *l. cedere diem. ff. de verb. sig. & ibi Alciatus.* Ergo non recte pendente fideiussione se obligatione liberari petent, quæ nulla est.

Sed putant petere posse fideiussores, vt liberentur promissione sua, quoniam beneficium huius loci generale est, tribuiturque omnibus fideiussoribus, qui mandatu alterius fideiusserunt, nec vlla ratio est, cur hi fideiussores excipiantur, vt proinde in iisdem ius cum ceteris statuendum sit, *arg. in l. a Titio, de ver. obl. l. illud. ff. ad l. Aquil.* Resp. Hoc verum non est. Fideiussores tutelæ, pendente tutela cum tutoribus agere non possunt, vt liberentur, quæcunque caussa ex hoc rescripto a fideiussoribus allegetur, quoniam frustra fideiussores petunt, vt liberentur vel ab obligatione, vel a promissione, si eorum nihil interest. Nam primo neque mandati actio, neq; vlla alia prodita est ei, cuius nihil interest, *l. stipulatio ista. §. alteri. ff. de verb. oblig. l. si vero. §. mandati. ff. eod.* Præterea dixi supra, quod & verissimum est, si fideiussores petant, vt liberentur a debitore, non aliam esse condictionẽ debitoris, nisi in id, quod fideiussorum interest, *d. l. si quis ab alio. §. interest. ff. de re iud.* At pendente tutela fideiussorum nihil interest, quoniam id solum interesse fideiussorum intelligitur, in quo sunt obligati, & quod illi debent, *l. si quis mandat. ff. de neg. gest.*

Porro interim nec illi obligati sunt, nec quicquam debent, aut certe quid debeant non apparet, nec natura explicari potest. Nam tutores interim nihil debent, neque ab illo quicquam interim peti potest: totum enim obligantur tutelæ nomine, si quid finita tutela debere eos constiterit, nec prius cum illis agi potest, *d. l. nisi finita. de tut. & rat. dist.* Fideiussores autem conditionem principalis debitoris sequuntur, proinde ne ipsi quidem pendente tutela quicquam debent, quod certo æstimari possit, quoniam in accessione non plus esse potest, quam est in principali obligatione, fideiussores autem accessiones sunt principalis obligationis, *§. fideiussores. Instit. de fid.*

Quid ergo si nominatim conuenerit cum tutoribus, vt fideiussores etiam ante solutionem cum debitoribus agere possint? Respond. Inutiliter agunt, quia nihil eorum interest, vt dixi. Quid si diu in promissione tutelæ manserint? Respon. Habetur in hoc rescripto: duabus de caussis agere non possunt pendente tutela, primo, quod nihil eorũ interest, deinde quoniam nominatim se obligarunt in omne tempus tutelæ. Proinde si ante finitam tutelam agant, recte obstabit illis exceptio, nec fit iniuria, quia sciebant tamdiu tutelam durare, *Instit. quib. mod. tut. fin.* Si hoc ignorarunt, ius ignorarunt. Neque debent melioris conditionis esse stulti, quam ignorantes, id est, iuris imperiti, *l. testam. §. vlt. ff. de iur. & fac. igno. l. seruus etiam. ff. vi aut clam.* Sed hoc consilium fideiussoribus vtile erit, si videant tutores bona dilapidare vel sua vel pupillorum, vt non ex fide tutelam administrent, suspectos eos faciant, accusent vt suspectos, quod licet facere omnino, *§. consequens. §. suspectos autem. Inst. de susp. tut.* Vbi suspecti pronuntiati erunt, finita erit tutela, & tunc constabit, quid tutelæ nomine tutores debeant. Qua ex re simul constabit, quantum intersit fideiussorum, vt liberentur, tantum enim eorum interest, quantum a tutoribus debetur, *d. l. si quis mand. ff. de neg. gest.*

Sed opponitur huic sententiæ hic locus, & *l. Lucius. ff. eod.* quorum vtroque in loco hoc beneficium indistincte omni fideiussori tribuitur, si modo ex mandato fideiussor promiserit. Resp. Tribuitur hoc beneficium, sed non simpliciter, sed vt possit agere vt liberetur, & liberetur in id quod eius interest, tolle (*id quod interest fideiussoris*) locus non relinquitur beneficio. Postremo † quæsitum est, an beneficium huius rescripti tribuatur quoq; fideiussori, qui fideiussit iudicio sistendi caussa? Dicendum est tribui, vt scilicet cum reus non stetit, fideiussor possit agere aduersus eum vt liberetur, sed hac lege, *Si aliqua caussa ex his quæ hic comprehensæ sunt interuenerit.* Citra has caussas non potest agere ante solutionem. Sed cur dubitamus? Cum de eo nulla dubitatio sit, *ex l. si mandat. 45. §. si iud. ff. eod.* vbi ei, qui promisit, se aliquẽ iudicio stiturum, statim datur actio mandati sine alia conditione. Respondeo: Iam supra monui in eo loco non agi de fideiussoris sistendi iudicio caussa, id est, de eo, qui se obligat pro debitore, qui debitor prius promisit, se iudicio stiturum, sed agi de eo, qui principaliter de suo facto id promittat, & dicat: Ego promitto me in iudicio vobis stiturum eo die & eo loco. Hic quoniam fideiussor non est, nihil etiam mandari ei intelligitur vt soluat, ac ob hanc caussam etiam ante solutionem mandati agere potest. Hæc de specie huius rescripti & de exceptione ei adiuncta dicta sunt. 29

Altera sententia est superiori contraria in hęc verba, vt si † fideiussor pro eo satisfecerit creditori, continuo mandati actionem habeat aduersus debitorem. Satisfaciendi verbo † hoc loco continentur: I. vera & naturalis solutio II. ea, quæ sine naturali solutione ad liberationem prosunt, & solutionis vicem habent. Extra controuersiam est, fideiussorem mandati actionem habere, si pecuniam creditori soluerit, *l. 2. l. si fideiussor. sup. hoc tit.* Est autem † soluere propriam pecuniam naturaliter numerare creditori, quæ illi debeatur, *l. solut. ff. de sol.* Et si fideiussor hoc non fecerit, tamen si satisfecerit creditori alio modo, iure dicimus habere eum mandati actionẽ, scilicet quod iuxta regulam iuris satisfecerit pro solutione, *l. satisf. ff. de sol.* Hoc verbo cõtinentur omnes modi, quib. fideiussores liberantur. Proinde ex sententia huius rescripti, quibuscũq; modis † fideiussor liberatur ex satisfactionis caussa, mãdati actionẽ aduersus debitorẽ habet, sed addẽdum ꝗ deest, iure rescripti,

Marginal numbers (right column): 30 (beside "ba, vt si † fideiussor"), 31 (beside "vera & naturalis solutio"), 32 (beside "uerit ... Est autem † soluere"), 33 (beside "huius rescripti, quibuscũq; modis †").

si modo fideiussori pecunia aut aliquid ex ea abesse intelligatur. Nam nisi quid abest, mandati actionem
34 non † habet, vt quæ solum competit, de eo, quod fideiussori abest, *l. inter. §. præterea. ff. h. t.* Id autem cuiusmodi sit, non potest recte intelligi, nisi cognitis ordine iis rebu, quibus fideiussor sine numeratione pecuniæ liberatur, quibus expositis, hoc etiam assequemur, vt intelligamus, cur innumeris prope locis fideiussor habeat mandati actionem, etiam ante naturalem solutionem, quæ sparsim exstant sub eodem titulo.

35 De illo ergo sic ius est. Fideiussores † liberantur facto suo, aut altero, aut facto creditoris actum fide-
36 iussionis remittentis. Quocunque facto † suo fideiussor ita liberatur, vt eo nomine illi aliquid absit, non solum id facto pro solutione est, sed etiam statim mandati actionem habet, proinde ac si vere & naturaliter soluisset. Huius generis facta hæc sunt: Obsignatio pecuniæ solutionis, compensatio, delegatio. Si fideiussor creditori accipere recusanti, aut cum non esset creditor idoneus, cui solui possit, pecuniam obsignauit, & obsignatam solemniter statim deposuerit, mandati actionem aduersus creditorem habet, *l. qui mutuam. §. 1. ff. hoc tit.* Hoc ideo, quod obsignatio pro iusta solutione debitorem liberat, *l. obsignatione. supr. de solut. l. acceptam. supr. de vsur.* & præterea eo facto aperte pecunia fideiussori abest. Idem iuris est, si creditor fideiussori tantundem debeat, & fideiussor id compenset seu creditorem liberet compensandi animo, soluere videtur, quod debitorem liberat, & idem mandati statim actionem habet, *l. inter. §. si is qui fideiussori. ff. hoc tit.* Vnde etiam compensatio aperte pro soluto esse dicitur *in l. 4. sup. de compens.* Idem est, si fideiussor debitorem aliquem suum creditori deleget, id est, vice sua creditori alium det, *l. inter. §. abesse. ff. hoc tit.* Hoc ideo, quod nihil interest, vtrum debitor soluat, an vero quod habere poterat remittat solutionis loco, *l. quamuis. §. in eod. ff. ad Vell.* Id autem in delegatione contingit: nam debitor delegando liberatur a creditore, quod pro eo alium debitorem accipit, & vicissim fideiussori abest pecunia, quoniam hanc debitori suo delegato remittit.

37 Sed hoc loco quæsitum est, an fideiussor, † debitorem qui soluendo non erat delegando, mandati actionem habeat aduersus debitorem? Mouet quæstionem, quod nihil videtur fideiussori hoc casu abesse, quoniam etsi debitorem suum non delegasset, tamen ab eo nihil consecutus esset: inanis enim actio est, quam excludit inopia debitoris, *l. nam is. ff. de dolo.* Huic dubitationi occurrit Paulus, *in d. l. inter. §. abesse, ff. eod.* & ait, etiam non idoneo debitore delegando nihilominus fideiussorem mandati actionem aduersus reum habere. Nam & hoc casu pecuniam ei abesse, quoniam creditor bonum nomen facit, admittendo debitorem delegatum, id est, debitor idoneus fit voluntate creditoris, qui pro idoneo admisit. Sed iis modis ideo consequitur mandati actionem, quod præterquam, quod is mandato liberatur, etiam illi pecunia abesse intelligitur.

Quod si ei nihil absit, quamuis facto suo liberatur, tamen mandati actionem non habebit. Exempli caussa: Fideiussor a creditore in ius vocatus, defendit & iurauit nihil creditori deberi, neque a se, neque a debitore principali. Hoc iureiurando fideiussor liberatur, nec tantum ipse, sed etiam principalem reum liberat, quoniam hoc iusiurandum pro solutione est & acceptilatione, *l. in bonis 51. l. iureiur. a deb. ff. de iureiur.* Sed tamen hoc casu fideiussor mandati actionem non habebit aduersus reum principalem, quod non est satis fideiussorem liberatum esse, & vna cum fideiussore debitorem; sed amplius exigimus vt fideiussori absit pecunia, quam mandati iudicio repetat, *l. inter. §. abesse. ff. eod.* Apparet autem ex hac caussa nihil abesse, quod ideo liberatus est, quod diceret se nihil debere.

Facto † alieno liberatur fideiussor, veluti si quis pro fideiussore creditori soluat, hoc ita definiemus. 38
Quibus factis consequitur fideiussor, vt mandati actionem habeat, si ab ipso profecta sint; iisdem eandem consequitur, si aliquis alius eadem contulerit in creditorem, fideiussoris caussa. Et ideo quemadmodum fideiussor mandati actionem habet, si pecuniam soluerit: ita habet etsi alius soluerit pro eo, *l. si vero. in pr. ff. h. tit.* Quare nihil interest, vtrum debitor soluat an alius pro debitore, sic enim debitor per alium soluere intelligitur, *Inst. quib. mod. toll. oblig. in pr.* Idem quoque placet, etsi quis fideiussor creditorem habeat debitorem suum, & illi debitum remittat fideiussoris caussa. Nihil enim interest, vtrum soluat pro fideiussore, an vero creditor debitorem propter fideiussorem liberet, *l. inter. §. si is qui ff. hoc tit.*

Sed in his speciebus quæsitum est, an † fideiussor 39
mandati actionem habeat, si extraneus pro eo soluat, aut pro eo sibi debitum creditori remittat, hoc animo, vt fideiussori daret? Prima fronte videtur fideiussori hoc casu actionem mandati dari non debere, quod nihil illi de suo abest, cum alius dederit, nec pro eo quicquam debeat præstare fideiussor. Et placuit, etiamsi alius soluerit donandi animo, aut quid remiserit creditori, eadem caussa, tamen fideiussorem eandem actionem habere, *d. l. si vero. d. l. inter. § si is qui.* Quod recte placuit: nam & hæc pecunia fideiussori abesse intelligitur, quamuis donandi animo soluta sit, perinde est enim ac si extraneus, qui fideiussori donaturus erat eam pecuniam, primo dederit fideiussori, deinde fideiussor eam acceptam soluerit creditori suo. Hoc ita factum fingitur propter celeritatem coniungendarum actionum, id est, quo celerius extraneæ actiones inter se coniungantur omissis ambagibus non necessariis. Hoc sic declaratur *in l. 3. §. vlt. ff. de don. inter vir. & vxor.*

Facto creditoris liberatur fideiussor, cum creditor ei obligationem remittit, vel pacto, vel acceptilatione, vel alia voluntate. Hoc quando consequitur fideiussor, mandati actionem habet, si modo pro ea remissione ei aliquid absit, & ideo non ex omni remissione creditoris fideiussor mandati actionem consequitur, quia in ea re hæc distinctio adhibenda est. Aut enim creditor fideiussori suo actionem remittit animo donandi, aut remittendi fideiussionem fideiussorem sibi faciẽdo. Si remittit fideiussori actionem, ea lege, vt fideiussor vicissim aliud præstet, simulatque præstare id cupit, mandati actionem habebit aduersus debitorem, vt in hoc exemplo *l. Iulia. in pr. ff. h. tit.* Aliquis pro debitore mulieris fideiussit apud mulierem, mulier tunc fideiussori nuptura, dedit ei in dotem id, quod fideiussor debebat ex fideiussoria caussa. Placet *in d. l. Iulia*, nuptiis contractis statim fideiussorem agere posse mandati actione, aduersus reum principalem. Et additur illic ratio, quod non solum fideiussor liberatus est ex caussa translata in obligationem dotis, sed etiam res abesse illi

illi intelligitur, hoc ipso, quod cogitur matrimonii onera sustinere.

Si creditor donandi animo actionem remittat fideiussori, distinguitur. Nam si remittat animo non remunerandi, sed principaliter donandi, fideiussor mandati actionem non habebit, *l. si vero. in pr. ff. hoc tit.* manifesta ratione, quoniam liberatur quidem fideiussor, sed ita, vt ei eo nomine nihil absit; hac remissione potius manet apud eum pecunia, quam vlla ibi abest. Diuersum est, si creditor donandi animo remittat fideiussori, sed simul animo remunerandi, *l. idemque. §. vlt. ff. h. tit.* & recte ratio reddita est ab Accursio eo loco, quod qui beneficio accepto par reddit, permutare beneficium intelligitur, vt iam non tam sit hic permutatio, quam donatio, *l. sed et si lege. §. consulunt. ff. de pet. her.* Idem iuris est, si creditor remittat actionem fideiussori mortis caussa, aut si liberationem leget testamento, idque multo magis quam infra dicendum est, vt est *in d. l. idemque. in fin. ff. h.* duabus de caussis: Prima est, quod & legata & donationes caussa mortis, quæ legatis comparantur, fere a merito aliquo proficiscũtur, & ita proficisci in re dubia existimantur, *l. nec adu. & 2. seqq. ff. pro socio.* Deinde quod creditor fideiussori liberationem legando, intelligitur voluisse liberare reum principalem, vt deinde hoc beneficium fideiussor a debitore reposceret, quod ita in supremis voluntatibus potius interpretamur, quam in donationibus inter viuos, quod in testamento plenius voluntates testantium interpretamur ex reg. iuris, *l. in testamentis. de reg. iur.*

40 Quod si fideiussor † a creditore heres institutus hereditatem adierit, certi iuris est liberari hoc quoq; modo fideiussorem, quoniam debitor creditori suo succedit, nec potest idem debitor esse & creditor, ita contracta tollitur obligatio, *l. debitor. sup. de pact.* Sed
41 hoc † casu fideiussor mandati actionem aduersus debitorem non habet, tanquam principalis creditor eius actionis, quæ defuncto competebat, *l. heres a deb. §. vlt. ff. de fid.* Hoc ideo, quod fideiussori ex hac confusione nihil abest: ipse enim liberatur, sed solus liberatur; reus principalis non liberatur; & ideo manet ei actio pristina aduersus reum principalem, vt explicat Afr. *in d. l. heres a debitore. §. vlt. ff. eod.* Cur autem hoc casu non liberetur reus, in promtu ratio est attendentibus. Nam ex aditione tollitur obligatio, cum debitor creditori successit, alii fideiussoris personalis est, quare deficiente confusione & aditione consensus est inter principalem obligationem, qua manente fideiussori nihil abest, vt qui actionem veterem retineat aduersus debitorem, vt antea dixi. Bene ergo Afr. respondit eum eandem habere.

Sed obstat huic sententiæ *l. si ei 11. ff. h. tit.* vbi fideiussor creditori suo prius condemnatus est, deinde creditoris heres institutus ei successor exstitit. Illic traditur fideiussorem actionem mandati habere. Certum est fideiussorem hoc casu tantum habere mandati actionem vt liberetur a debitore, quoniam iam ante consensu liberatus est. Restat ergo, vt mandati actionem habeat ad pecuniam exigendam quã ipse sibi soluerit. Hoc autem diserte negatur *in d. l. heres a deb. §. vlt.* Resp. Differt fideiussor condemnatus a fideiussore non cõdemnato, quorum vterq; creditori suo heres exstitit; si nondũ cõdemnatus fideiussor creditori heres exsistat, ipse solus liberatur cõfusione: reus autẽ principalis non liberatur, idq; eo φ respõdit Afr. *in d. l. heres a deb. §. vlt.* nõ sine ratione, vt euidenter supra ostendimus. Diuersum est, si fideiussor iam ante creditorem condemnatus, ipsi creditori heres exsistat. Nam hac aditione vna & se liberat, & liberat reum principalem, vnde quod pro eo soluerit mandati actionem habebit. Hoc ideo de non cõdemnato dicimus, φ condemnatus non amplius tenetur vt fideiussor, sed vt principalis eiusdẽ pecuniæ reus, quoniã iudicium accipiendo nouã obligationẽ contraxisse iudicatur, eamq; principalẽ, non vt fideiussor, sed vt principalis. Ex obligatione & promissione condictio exsistit, postquam condemnatus est. Certi autem iuris est, vno ex duobus reis debendi liberato, alterum quoque liberari, quocunque modo vnus sit liberatus, *l. 2. ff. de duob. reis. l. vnus. ff. de pact.*

Cum dicimus fideiussorem pecunia soluta, aut cum satisfecit creditori, mandati actionem aduersus reum habere, non hoc dicimus, habere eum actionem mandati vt liberetur: nam iam satis solutione liberatus est, sed vt pecuniam repetat a debitore, pro quo fideiussit: non tamen totam, sed quantum ei abest: nam vltra mandati actionem non habet, *l. inter. §. præterea. ff. eod.* Sed & hæc sententia superior, itidem vt prior, suam exceptionem habet, quæ subiicitur in extremo huius rescripti. Est autem hæc, vt fideiussor pecunia soluta mandati actionem habeat aduersus debitorem, nisi sit aliquid quod fideiussori imputetur, quamobrem soluerit. Duobus autem temporibus hoc contingit, vno, si exceptione aut defensione aliqua munitus, iure condemnatus est, quod ita fit, si eam defensionem omisit, aut defensione opposita, omisit probationem, quam in sua potestate habuit. Colligitur hoc ex eo, quod hic in extremo dicitur fideiussorem mandati actionem habere, si exceptione munitus iniuria iudicis condemnatus sit, exceptionem non habebit.

Alterum tempus est, si exceptione opposita & iniuria iudicis condemnatus non appellauerit. Exigitur enim hoc loco, vt iniuria condemnatus appellet. Ita duo a fideiussore exiguntur. I. Vt si quam exceptionem habeat, eam alleget, nec soluat. II. Vt si opposita defensione nihilominus condemnatus sit, appellet ab iniusta sententia. Sed neutrum horum perpetuũ est, & multa huic rescripto desunt. Quare vt hic locus liqueat, de re tota planius & explicatius sic habendum est.

Primo hoc statui oportet, si fideiussor nulla exceptione aut defensione munitus fuit, recte eũ soluere, nec quicq; aliud eũ præstare debere, vsq; adeo, vt nec appellare debeat si sit condemnatus. Id significat hoc rescriptum, cum exigit appellationem a fideiussore, qui exceptione munitus condemnatus est. Aliud seruatur in procuratore litis. Nam si condemnatus sit exigitur ab eo omnimodo vt appellet, *l. inuitus. inf. de proc.* Neque hæc contraria sunt: nam procurator litis datur ad agendum caussam, cuius actionis pars est, vt appellet, vt sic integra seruetur a domino, vt dixi *ad l. cum per proc. præc.* Fideiussor autẽ non datur nisi ad pecuniam soluendam. Quare si eam soluit cum deberet, mandatum impleuit, & ideo mandati actionem habet, *l. si vero. §. contrar. ff. eod.*

Quod si fideiussor exceptionem ac defensionem aliquam habuit, qua se tueri potuit, ne solueret continuo, actionem mandati non habet, si eam amisit: nam nullus omittere potest impune. Sciendum est autem, tria genera esse exceptionum, † quibus fideiussor vti possit, quarum scilicet exceptionum gene- 42

Bb

ratio est quia succedendo creditori confunditur obligatio fideiussoris [illegible] condemnat [illegible] non at obligatio fideiussoris in obligatione iudicati [illegible] obligatio [illegible]
quapropter succedendo cõfunditur obligatio iudicati [illegible] mandati [illegible]

ra fideiussori nascuntur ex ritu agendi, id est, ex eo, quod non rite cum eo agitur, non autem ex eo, quod non debeat, quæ ab Vlpiano dicuntur exceptiones
43 de apicibus iuris. Hoc † genus totum exceptionum fideiussor impune omittit etiam sciens, & iis omissis nihilominus mandati actionem habet, *l. si fideiussor conuentus. §. quidam. ff. hoc tit.* Exempla hæc sunt: Fideiussor vocatur in ius a creditore nullo libello oblato, aut vocatur in ius per amicum priuatum, non per apparitorem: non cogitur fideiussor parere, & habet exceptionem vt veniat, quoniam iure libellus offerri debet, *l. ante offeratur. ꝗ. de lit. cont.* Sed si iis defensionibus contemtis soluerit, nihilominus mandati actionem habet, *l. idem autem con. §. fideiussores. ff. eod.* Item conuenitur fideiussor per procuratorem creditoris. Is procurator mandatum non profert: potest remoueri exceptione procuratoria, si non satisdet, dominum ratum habiturum, *l. propen. ff. de proc. l. 1. ff. de proc.* Hanc exceptionem fideiussor recte contemnet, & si hac contemta soluerit mandati recte aget, *d. l. si fideiussor. §. quidam.* quoniam inquit Vlpianus huius mandati exceptiones sunt de apicib. iuris.

44 Apices † iuris vocat ritus, qui obseruantur in iudiciis ad verum obtinendum aduersus inuitos: qui ritus siue interuenerint siue non interuenerint, iudicium nihil mutatur de sententia debiti & specie, nihilominus fideiussor debet. Metaphoræ sumuntur ex apicibus scripturæ & literarum, qui literis aut inscribuntur aut subscribuntur. Nam hi apices valent solum ad ornatum scripturæ, & faciliorem cursum lectionis & intelligentiæ. Ceterum iis sublatis nihilominus sententia, quæ inest scripturæ, manet integra, quod in superioribus ritibus idem accidit. Cur ergo
45 eiusmodi † exceptiones impune omittuntur a fideiussore etiam sciente? Id fit hac ratione, quæ additur *in §. quidam.* Quia qui mandati iudicio agit aduersus reum, is agit iudicio bonæ fidei, in quo quæri oportet, quid fideiussor ex bona fide fecerit, aut contra bonam fidem. Iul. quod continuo dedit, de apicibus iuris, id est, de superioribus ritibus & subtilibus solemnitatibus quæ omissæ non faciunt, quo minus fideiussor debeat. Quod sic debet fideiussor ex bona fide agnoscere, vt de tutore soluente idem Vlpianus scribit, *in l. toties. §. sicut. ff. de admin. tutor.*

46 Alterum † genus exceptionum fideiussori competentium est earum, quę fideiussori nascuntur ex re, id est, ex eo quod non debet: sed sunt ex persona fideiussoris, & eiusmodi, quibus reus vti non potest, ita vt personam fideiussoris non egrediantur. Huius generis quoque exceptiones omnes fideiussor etiam sciens recte omittit, & iis neglectis nihilominus habet mandati actionem. Exempla hæc sunt: Mulier pro debitore fideiussit: habet mulier exceptionem Vell. qua tuta, conueniri non potest vtiliter, *l. 1. & 2. ff. ad Velleian.* Dicimus esse in potestate mulieris si conueniatur, vtrum eam exceptionem opponat, an vero hac contemta soluat, vt si soluerit, nihilominus mandati actionem habeat aduersus debitorem, quia exceptio est, quæ soli mulieri competit, & non reo, & qua reus vti non potest, *l. pen. ff. ad Vell.* Idem confirmatur in hoc exemplo *in l. si fideiussor conuentus. §. vlt. ff. h. t.* fideiussor hoc tempore solus liberatus est. Finge fideiussorem promisisse vsque ad annum, anno finito nihilominus post tempus habet exceptionem pacti vel doli, *l. obligatione fere, vers. placet. ff. de ver. obl.* & traditur *in d. §. vlt.* si fideiussor hac exceptione omissa soluerit, nihilominus mandati actionem habiturum, quod exceptio est, quæ soli fideiussori competat, & qua vti reus non possit. Quare iis exemplis idem dicemus: Si fideiussor pactus sit ne a se peteretur, & exceptione huius pacti omissa, nihilominus soluerit, quod & hoc pactū eiusmodi est, cuius exceptione reus vti nō possit, *l. fideiussoris. ff. de pact.* Idem dicemus, si fideiussor prius conuentus sit a creditore quā debeatur. Nam quamuis fideiussor ex iure nouo exceptionem habeat, ne prius conueniatur, quam excussus fuerit debitor principalis, *Auth. præsens. ꝗ. de fid.* tamen si hoc beneficio omisso vltro soluerit, mandati actionem habebit aduersus debitorem, quoniam exceptio fuit, qua reus vti non potuit, sed solus fideiussor, quam ob caussam impune eam omittit.

Sed hic obiici posse videtur fideiussori, quod soluerit. Dicetur enim ei, cū exceptione tutus esses, nē solueres, si soluisti, culpa tua est, cum esset in potestate tua non soluere, quia quod quis ex culpa sua sentit damnum, sentire non videtur, *l. quod quis ex culpa. de reg. iur.* Aduersus hanc obiectionem est defensio, *in d. l. si fid. conuent. §. vlt. ff. eod.* Est autem ratio hæc: Ideo fideiussor exceptionem sibi soli competentem recte omittit, quod soluendo pro debitore mandatum implet, & debitorem liberat. Hoc recte: Nam fideiussori mandatum erat, vt pro eo obligato solueret, *l. indebitum. de codicill.* Hic soluit, & soluit præter obligationem, quod reus exceptionem nō habuit. Quare soluendo bona fide, & mandatum impleuit, proinde mandato impleto recte mandati contraria aget. Nec videtur fideiussor culpa soluisse pro debitore, quamuis exceptione tutus esse potuerit: nulla enim culpa est mandatum implere, sed potius mandatum implendo facit officium viri boni, & fideiussionem implet, proinde merito hac exceptione omissa mandati actionem habebit, vt dixi.

Nec distinguamus cum vulgo interpretum, vtrum exceptio sit honesta an inhonesta. Nam etiamsi honestissima erit exceptio, quæ soli fideiussori competat, hanc nihilominus omittet, vt mandati actionem habeat. Exemplo sunt superiores exceptiones, de quibus dixi. Nam exceptio Vellei. honestissima est, quæ habet iustas caussas omnes, de quibus *l. 1. & 2. ff. ad Vell.* iusta quoque & honesta est pacti conuentio, de qua omnes interpretes acceperunt, *d. l. si fideiussor. §. vlt. ff. eod.* Et honestam actionem perinde omitti posse, atque inhonestam, si fideiussori soli competat, facit ratio, qua supra vsi sumus. Nam verum erit fideiussorem exceptione sibi competente omissa, ex mādato soluere pro debitore & eo obligato. Sed opponitur *l. idemque. §. generaliter. ff. eod.* vbi scriptum est, si fideiussor exceptionem omiserit, siquidem minus honestam, qua reus vti non potuit, nihilominus eum mandati actionem habere. Hinc colligunt: Ergo si fideiussor exceptionem honestam habeat, hanc omittere non potest & si omittat actionem non habebit.

Respondeo: Pro parte hoc colligitur ex eo loco: non enim simpliciter dicitur, fideiussorem mandati actionem habere, si omittat exceptionem minus honestam, sed adiicitur, si omittat exceptionem minus honestam, qua reus vti non potuit. Ex quo colligitur, si fideiussor exceptionem minus honestam habeat, sed eam, qua reus vti potuit, fideiussorem hanc exceptionem impune omittere statim non posse. Et hoc ipsum est, quod postea in eodē loco sequitur. Est cōtra sententiam eius loci. Distinguitur exceptio inhone-

honesta, qua reus vti non potuit, ab exceptione inhonesta, qua reus vti potuit: priorem impune omittit fideiussor, posteriorem non semper. Ceterum si agetur solum de ea exceptione, qua reus vti non potuit, dicendum est fideiussorem eam impune omittere, siue honesta sit, siue non honesta, vt superiora etiam exempla, & ratio eadem probat.

Sed hoc tamen ita accipiendum est, dummodo fideiussor hanc exceptionem omittendo, non contra mandatum faciat. Nam si contra mandatum faciat & exceptionem omittat, actionem non habebit, vtpote quæ competat mandato impleto. Cuius rei ex-
22 emplum hoc est *in l. mandauero. §. 1. ff. eod.* Fideiussor mandatu debitoris fideiussit in diem, puta promisit se soluturum post tres menses: deinde cum cognouisset debitorem plura debere creditori, ante tres menses soluit, placet eum ante tres menses exactos mandati actionem non habere.

Atqui hæc exceptio soli fideiussori competit, & prius dixi fideiussorem huius generis exceptiones impune omittere. Respondeo: Ideo hic actionem non habet, quod exceptionem non simpliciter omisit, sed quod omisit vetante debitore, qui cum iussit, vt fideiussor creditori fideiuberet, iussit quoque, vt post eum diem solueret, nō ante. Vbi fideiussor non contra mandatum exceptionem sibi competentem omittit, nihil nocet debitori, sed prodest, eum liberando: At vbi contra mandatum omittit exceptionem, debitori nocet, & præterea contra mandatum facit, quo non impleto, non est mandati actio, vt dixi.

47 Tertium genus † exceptionum & defensionum fideiussori competentium, est earum defensionum, quæ de re competunt, & ex persona debitoris nascuntur, cuius generis tres sunt species: nam aliquis ab initio fideiussionis inutiliter obligatus est, de qua specie *in l. si fideiussor conuentus. §. non male. ff. eod.* veluti si debitor stipulanti non contradicit verbis, sed annuerat, neque ciuiliter, neque naturaliter obligatur, proinde nec fideiussor pro eo, *l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* Hinc habet fideiussor defensionem hanc, vt dicere possit, se iure non teneri, alias fideiussor a principio vtiliter obligatur, sed debitor pecuniam soluit, hic liberatur debitor ipso iure, *Inst. quib. mod. toll. oblig. in pr.* & vna liberatur etiam fideiussor, *l. in omnibus. ff. de solut.* Hinc nascitur defensio fideiussori, vt dicat se iure non teneri. De hac specie est *in d. l. si fideiussor. § si cum debitor. ff. eod.* Nonnunquam fideiussor vtiliter obligatur, & debitor non liberatur postea ipso iure, sed habet aliquam exceptionem, ex his de quibus Instit. *tit. de except.* veluti, quod pecunia ei numerata non sit, vnde exceptio non numeratæ pecuniæ; aut quod creditor pactus sit, ne ab eo peteret, vnde *exceptio pacti*; aut quod debitor absolutus est, vnde *exceptio rei iudicatæ*; aut quod debitor iurauit, se non debere, vnde *exceptio iuris*, de qua specie est *in d. l. si fideiussor conuentus. in pr.* Quæ defensiones & exceptiones principali debitori competunt, eædem exceptiones personæ eius & fideiussori competunt, *l. exc. pers. ff. de fid. l. omnes. ff. de except.*

48 Hæ † demum sunt exceptiones, quas fideiussori non licet omittere, vt si omissis iis soluat, actionem mandati non habeat, quod tractat *in d. l. si fideiussor conuentus. in pr. & 22. § seqq. ff. eod.* Huius rei hæ rationes sunt: Primo, quod si his omissis fideiussor soluit, aperte nocet debitori: Deinde, quod si quod damnum fideiussor sentiat iis omissis, ipsius culpa est, cum iis exceptionibus vti potuerit, non minus quam reus principalis. Postremo, quod iis omissis contra mandatum facit, si soluit. Nam mandatum est e, vt soluat, nempe pro reo obligato: nam pro non obligato nulla solutio est. Porro iis defensionibus & exceptionibus tutus debitor hoc consequitur, ne sit obligatus, *l. nihil interest. de reg. iur.*

Sed tamen hæ ipsæ exceptiones interdum impune omittuntur a fideiussore, quod contingit, aut ex ignorantia, si ignorauit vllam defensionem aut exceptionem sibi competere. In hac ignorantia si soluit, excusatus est *d. l. si fid. in pr. ff. eod.* Nam qui ignorantia iuris soluit, non magis mandati actionem habet, quam si sciuisset sibi actionem competere, & omisisset, *l. si fideiussor. §. non male. ff. eod.* & distinctio est ex sequentibus notis de ignoratione facti & iuris, *l. 9. §. nulli nocet, l. nulli prodest acquirere volenti*, vt hic fideiussor soluendo mandati actionem acquirere vult, *l. iur. ign. l. error, l. regula, de iur. & facti ign.* Ergo si fideiussor sciuit debitorem pactum esse, ne a se peteret, aut iurasse se non debere, aut absolutum esse, sed non putauit iis rebus liberari debitorem, aut etiam non putauit, quæ defensiones debitori competunt, sibi competere: si in hoc errore soluerit, mandati actionem non habet, quia in iure erratum est, putans sibi non competere exceptionem, quæ iure competebat. Facti ignorantia erit, si ignorauit debitorem soluisse, debitorem pactum esse, debitorem absolutum esse, aut iurasse. In hac demum ignorantia, si soluit, mandati actionem habet.

Ex conditione exceptionis interdum licet eam omittere, si exceptio minus honesta est. Nam si reus principalis abest, ita vt ei denuntiari nihil possit, fideiussor impune omittit non honestam exceptionem, & ea omissa si soluit, mandati actionem habet. Quare si reus præsens est, potest quidem fideiussor omittere exceptionem, sed hac lege, vt denuntiet debitori, vt si velit ipse iudicium suscipiat, aut suo nomine aut procuratoris. Quod si debitor hanc denuntiationem contemnit, hic quoque impune licet fideiussori soluere contemta exceptione, *l. idemque. §. generaliter. l. si procurat. ff. eod.* Huius distinctionis ratio redditur *in l. Quintus. ff. eod.* Minus honesta exceptio est, exempli gratia, si debitor contra ius impetrauit peremt. exceptionem de parte debita, huius interpretationis mentio est *in l. 2. supr. de prec. imp. off. lib. 11.* Item si proponas debitorem, aut successorem debitoris, iurasse nihil se debere ex testamento aut codicillis, aut etiam ex nomine absolutum esse iudicio: deinde emersisse testamentum aut codicillos, quibus aperte legatum relinquebatur, si legatarius legatum petat a fideiussore, qui huius obligationis nomine initio interuenerat, habet fideiussor exceptionem iurisiurandi, aut rei iudicatæ, qua exceptione se tueatur. Sed exceptiones non sunt honestæ, proinde secundum ea, quæ dixi, recte fideiussor exceptiones huiusmodi omittet, vt parcat pudori suo, vt est *in d. l. Quintus. ff. eod.*

Atque hæ exceptiones sunt, quas fideiussor omittere potest, aut in iudicio allegare non cogitur. Quod si iis allegatis, quas cogebatur allegare, nihilominus iniuria iudicis condemnatus est, alterum ab eo exigitur, vt hoc rescripto comprehensum est, quod nisi appellauerit, mandati actionem non habet. Hæc appellatio iisdem de caussis exigitur a fideiussore, quibus exigitur, si quam exceptionem habet, qua se tue-

atur. Vt enim exceptio ad defensionem & fideiussoris & rei pertinet, ita & appellatio, vbi iniuste fideiussor condemnatus est, *l.1.de appell.* Nam appellatio rescindit procuratorem, & rem in eum locum restituit, in quo est, si caussa adhuc exceptionis penderet, *l.1.§.vlt.ff.ad Turpill.*

Sed tamen & hic non semper necesse est fideiussorem appellare. Duæ res fideiussori excusationem in hac re tribuunt, paupertas, & eius denuntiatio, *l.si procurat.§.si ignorantes iub.fa.ff.eod.* Paupertas, quoniam paupertate impeditur vt prosequatur appellationem, neque fideiussor, neque quisquam alius, qui mandatum suscepit, amplius præstare debet, in re mandata, quam culpam & dolum, *l.proc. hoc tit.* Nulla autem culpa est in eo, qui propter paupertatem appellare non potuit, sed etiam si fideiussor condemnatus dives in tempore denuntiet debitori, vt ipse appellet, si videatur, audiendus est, quoniam huic caussa integra seruatur, & ignoscendum est fideiussori, si principalis appellationem subire non vult.

49 Sed hic quæritur, vtrum fideiussor † ita appellare debeat, cum appellatio ab eo exigitur, vt etiam debeat appellationem prosequi, an vero satis sit fideiussorem appellasse, vt deinde appellationem tradat debitori? Respondeo: Qui appellauit, etiam appellationem sequi cogitur, & cum a fideiussore exigimus vt appellet, hoc exigi intelligendum est, vt appellet cum effectu, id est, vt appellationem prosequatur. Id probatur *in l. 2. Authent. per alium appel.* vbi hæc generalis sententia traditur: Eum qui appellauit etiam rationem appellationis reddere de re ea, quam persequitur: In fideiussore autem idem intelligitur *ex d.l.si proc. §.vlt.ff.eod.* cum dicitur: Si propter paupertatem non appellauit eum excusatum esse, quod paupertas ei non permisit. Non potest paupertas prohibere, quo minus fideiussor appellet: nam appellare verbo licet, sine vllis sumtibus, *l.litigatoribus. infr.de appellat.* Tunc solum paupertas obstat, cum ad appellationem sumtibus opus est: non sunt autem necessarii sumtus, nisi ad persequendam appellationem. Non obstat *l.inuitus.sup.de proc.* vbi dicitur inuitum procuratorem non cogi procurationem extendere, vltra procuratoris caussam: nam & illic procuratoris caussa intelligitur, non tantum caussam domini interpretando, sed etiam persequendo. Et maxime in procuratore litis obtinendum est, vt quoniam ad agendam caussam datus est, si inique condemnatus est, non solum debeat appellare, sed etiam appellationem interpositam sequi, quoniam hæc persecutio est pars illius procurationis, quæ illi mandata est.

### *Ad L.11. Procuratorem.*

Impp. Dioclet. & Maximianus Augusti Caio.

*Procuratorem non tantum pro his, quæ gessit, sed etiam pro his, quæ gerenda suscepit, & tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum, quam culpam, sumtuum ratione bona fide habita, præstare necesse est.*

SVMMARIA.

1 *Rescripti huius summa.*
2 *Procurator quis hic. & nu.40.*
3 *Mandatarius mandato non impleto tenetur mandati actione directa in id, quod interest mandatoris, mandatum impletum esse.*
4 *Id quod interest mandatoris est quod ei abest, ob negotium non gestum, aut quod negotio gesto lucrari potuit.*
5 *Procurator an semper teneatur mandato nō impleto.*
6 *Procurator mandatum implere impeditus morbo, impetu hostium, vel alio casu non tenetur.*
7 *Procurator mandatum renuntians mandanti, si tempore faciat, actione mandati non tenetur.*
8 *Procurator an mandatū mandanti renuntiare possit.*
9 *Procurator an etiam tum interdum teneatur, cum tempestiue mandatum non renuntiauit.*
10 *Procurator mandato impleto ad quid domino teneatur.*
11 *Mandans ad quid teneatur procuratori.*
12 *Procurator an rebus amissis quoq; dolum & culpam, & quam præstare debeat.*
13 *Nemo tenetur in eo, quod casu fortuito contingit sine dolo & culpa.*
14 *Culpa generaliter etiam dolum comprehendit.*
15 *Culpa specialiter dicta quid. Et explicatur definitio. ibid.nu.16.*
17 *Factum a culpa quæ vindicare possint.*
18 *Culpæ diuisio in latam & leuem.*
19 *Lata culpa quæ sit.*
20 *Culpa leuis quæ sit.*
21 *Diligens paterfamilias quis dicatur.*
22 *Diligens & diligētissimus idē valent iuris auctoribus.*
23 *Casus fortuitus quid.*
24 *Casum fortuitum nemo præstat vllo iudicio.*
25 *Culpa lata & leuis quomodo dignoscantur.*
26 *A procuratore non tantum dolus, nec tantum lata culpa, sed & leuis præstanda est. Explicatur & declaratur exemplis. ib.*
27 *Exempla latæ culpæ.*
28 *Exempla leuis culpæ.*
29 *Culpæ species an aliqua sit præter latam & leuem. & num.31.*
30 *Culpa leuissima quid, & an aliqua sit. nu.31. & 33.*
32 *Culpam leuissimam nihil aliud esse quam leuem.*
33 *Cur cum non sit leuissima culpa, iuris auctores in iis contractibus, in quibus dicunt culpam leuem præstari, aliquid amplius exigant.*
34 *Negligentia & desidia culpa sunt.*
35 *Verbi & culpæ significatio & vsus diligenter notandus. Declaratur exemplis.*
36 *Leuis culpa quæ in faciendo, & ea, quæ in negligendo est, cum sint vtræque leues, ad quid earum distinctio prosit.*
37 *Cur cum vtraque culpa, tam quæ in faciendo quam in non faciendo posita est, sit leuis, saltem tamen ea, quæ in faciendo posita est, in tutela, rerum communione, societate & dote præstetur; altera non item.*
38 *Mandatum an vtramq; culpam, tam eam quæ in faciendo, quam quæ in non faciendo est, recipiat. Procurator an etiam leuem culpam præstare debeat. Disputitur ibid.*
39 *Præstare bonam fidem quid sit.*
41 *Procuratoris verbo an etiam procurator litis intelligatur.*
42 *Mandatarius præstare debet omnem diligentiam & culpam, non quia procurator litis est, sed quia agitur de re mandata.*
43 *Debitor ob leuem culpam an teneatur.*
44 *Procurator cur omnem culpā, atq; adeo etiam leuem præstet.*

HOC † rescriptum commode complectitur, quid 1 contineatur obligatione procuratoris, seu quas ad res procurator obligetur ex caussa mandati. Procuratorem † hic intelligere debemus omnem, qui 2 mandatum alterius suscepit, non tantum si erit procurator litis, sed etiā si ei negotia extra iudicia gerenda man-

da mandata sunt, nec tantum si plura negotia, sed etiam si vnum, *l. 1. ff. de proc. l. si vero. §. contrarium. ff. eod.* Quisquis mandatum alienum suscepit gerendum, duas ob res obligatur. Nam & obligatur mandato non impleto, & mandato impleto. Non impleto
3 mandato † obligatur, vt mandatum susceptum impleat, quæ prima mandati obligatio est, *l. si mandauero. §. vlt. l. si quis alicui. §. qui mandati. ff. eod. §. penult. Instit. eod.* Nisi impleuerit, tenetur mandati actione, mandati nempe directa, sic dicta, quod directo ex mandato est, & propter mandatum competit: competit autem in id, quod interest mandatoris manda-
4 tum impletum esse, *l. si proc. §. mand. ff. eod.* Id † quod interest mandatoris, est id, quod ei abest ob negotium non gestum, aut mandatum non impletum, aut quod negotio gesto lucrari potuerit, aut consequi, *l. si procurator. l. si commissa. ff. rem rat. hab.*

Quod mandato non impleto dicimus, mandatarium teneri in id, quod interest, hoc dicimus, si mandatoris nihil intersit, mandatarium non teneri, quod quando accidat, declaratur *in d. l. si procur. §. mandati.*
5 Non † semper tamen tenetur procurator mandato non impleto. Nam mandatum susceptum implere debet, si potest, quod si cum ad implendum profici-
6 sceretur, aut cum paratus esset implere, vel † morbo impeditus sit, vel impetu hostium, vel alio casu, non tenebitur, *d. l. si quis alicui. §. mandati. ff. eod.* Et hoc ex eo, quod in hac lege dicitur, quod procurator nihil amplius præstare debet, quam dolum & culpam in iis, quę non gessit, casum fortuitum præstare non debet, vt est *in l. a proc.*
7 Sed etsi procurator † mandatum implere posset, tamen non tenetur, si mandatum renuntiet mandatori, dum in tempore id faciat, id est, tum, cum mandator potest per se, aut per alium negotium commode explicare, *d. §. pen. Inst. eod.*
8 Sed videtur huic rationi † regula iuris & manifesta æquitas aduersari. Regula iuris certi est, liberum esse ab initio non contrahere, semel autem re contracta non licere vlli, obligationi constitutæ renuntiare inuito aduersario, *l. sicut. infr. de obl. & act.* Respondeo: Et hoc ita est, neque in mandato, neque in vllis aliis contractibus licere renuntiare semel constitutæ obligationi, sed quando mandato recepto mandator renuntiat tempestiue domino, non renuntiat constitutæ obligationi, quoniam non erat obligatus præcise in hoc, vt mandatum impleret, sed disiunctim vt impleret, vel tempestiue renuntiaret domino, *vt in suprascriptis locis traditum est.* Proinde qui domino statim renuntiat mandatum, is nihil contra mandatum facit, sed ita implet, id præstando, quod ex obligatione eum præstare oportebat.

Sed huic responsioni opponuntur verba mandati. Nam dominus simpliciter mandauit negotium gerendum, non autem vt mandatum renuntiaretur, proinde mandatarius, qui mandatum simpliciter accepit, in hanc sententiam accepisse intelligitur, *§. præterea. Instit. de inut. stip.* Proinde contra mandati obligationem susceptam est, mandato renuntiari posse, quia qui mandato renuntiat, is non gerit negotium, quod susceperat gerendum, sed contra renuntiat mandatori, ne negotium gerat. Respondeo: In mandato suscipiendo verum est, de renuntiando mandato nihil aperte caueri, sed hæc renuntiatio ex æquitate nascitur, cuius præcipua ratio haberi debet in bonæ fidei iudicio, quale est obligatio & actio mandati. In iis omnia præstari debent ex bona fide, id est, ex æquo & bono, *§. in bonæ fid. Instit. de act.* Nam nonne hoc æquum est, vnumquemque tamdiu beneficio nostro vti, quamdiu volumus? Cum autem volumus, hoc æquum est, vt liceat nobis bona fide renuntiare, dummodo alterius nihil intersit, *l. 2. ff. de procur. l. in commodati. §. sicut. ff. commod.* Porro mandatum officii & liberalitatis est, *l. 1. in fin. ff. eod.* Quare est ex æquitate superiore, vt tamdiu hoc beneficium mandatori tribuere liceat, quamdiu volumus, & cum volumus, vt liceat reuocare, dummodo in eo illi non noceamus, quod ita fit, si tempestiue renuntiatur.

Postremo † etsi procurator mandatum implere 9
potuerit, & mandatum non tempestiue renuntiauerit, aut omnino non renuntiet: tamen interdum non tenetur, quod ita fit, si mandatum renuntiare non potuit, aut non debuit: non potuit, valetudine impeditus: non debuit, inimicitiis capitalibus obortis inter ipsum & mandatorem, *l. si mandauero. in fin. & l. sane. & seqq. ff. eod.* Id significatur obscurius in hoc rescripto, cum ita dicitur, procuratorem de iis, quæ gerenda suscepit, & non gessit, debere præstare dolum & culpam. Ex hac regula sunt supradicta, nam qui tempestiue renuntiat, dolo & culpa caret. Item & in quo non renuntiat, si iustis de caussis impeditus sit, vt supra dixi.

Impleto † mandato etiam hæc altera pars est obligationis, qua procurator & mandatarius omnis tenetur, vt restituat mandatori, quicquid ex mandato consecutus est, nec tantum ex mandato, sed etiam per caussam & occasionem mandati, vt omne lucrum ei auferatur. In quo primo nihil interest, vtrum quid ad procuratorem principaliter ex mandato peruenerit, an vero ex ea re, quæ principaliter peruenit, aliquod lucrum fecerit. Exempli gratia: Mandatum est alicui, vt pecuniam a debitore mandatoris exigeret. Exegit. Hanc sine dubio reddere cogitur mandatori, quod principaliter eam ex mandato consecutus est, de quo hic dicitur. Sed hoc amplius dicimus, eum restituere debere etiam vsuras, si eam pecuniam collocauit, & vsuras inde consecutus est, cum inuito domino pecuniam crediderit sub vsuras, *l. idemque. §. si procurator. ff. eod.* Similiter si mandatum est alicui, vt fundum emeret, acceptum restituere debet citra controuersiam, quoniam principaliter ex mandato eum habet, sed hoc amplius, etiam debet omnes fructus, ædium emtarum mercedem, quam etiam consecutus sit, cum mandator mandauerit eas locari, *d. l. idemque. § 1. & seq. si proc. ff. eod.* 10

Hoc amplius, hic nihil interest, vtrum id quod procurator consecutus est per occasionem mandati, consecutus sit iure an vero iniuria per errorem & iniuriam iudicis. Veluti si mandato domini exegerit pecuniam non debitam: Etsi hic nihil est quod domino debeatur, quodque debuerit illi præstari a debitore, tamen a procuratore restitui debet, quod per caussam mandati id consecutus est, *l. qui proprie. §. procurator. ff. de procur.* Et generaliter definitur *in l. ex mandato. ff. eod.* ex caussa mandati, lucrum nullum apud procuratorem & mandatarium manere debere. Vt autem nihil interest, quo modo, quove iure aliquid peruenerit ad procuratorem per caussam mandati: sic nec interest, quam rem illc per caussam mandati sit consecutus, vtrum rem an corpus aliquod, an vero actionem. Exempli caussa: Mandatum est pro-

curatori, vt emeret fundum: emit, & nec dum fundus illi traditus est: habet actionem, vt continuo sibi tradatur, *l. ex emto. ff. de aresto.* Hac actione postulanti domino cedere debet, *l. possessio. §. vltim. ff. de acquir. vel am. poss.* Similiter etsi fundus ei traditus est, sed sibi cauit stipulatione dupla ob emtum fundum, aut si actionem ex emto habet, ad eam cautionem exigendam non habet, nisi eam remiserit, *l. ex emto. §. vendit.* Has quoque actiones & quæcunque sunt similes ex similibus caussis, domino restituere debet, aut illo mandante debet creditorem aut debitorem liberare, *l. si proc. §. antep. & vlt. l. si mandatum. §. quoties. l. quod mandato.*

11 Vt † hæc obligatione mandati continentur, quæ procurator domino, eidemque mandatori præstare debeat: sic mutuæ præstationes sunt, id est, ea, quæ mutuo præstari debeant procuratori, nempe sumtus bona fide facti, quorum rationem haberi debere in hoc rescripto adiectum est. De his sumtibus dixi supra *ad l. etiam.* De repetitione horum sumtuum quid seruandū sit, declaratur *in l. idem. §. idemq; Labeo. ff. eo.*

Sed in iis, quæ dicimus procuratorem & mandatarium domino partim facere, partim præstare & restituere debere, oritur communis hæc quæstio: Quid, si quid non fecit, cum vellet? quid si res, quas consecutus est, iam apud se non habet, sed amisit, an eas quoque restituere debet, quamprimum modo amiserit?

12 Quæstio in eo est, † vtrum quoque rebus amissis, præstare debeat dolum suum & culpam, & quam culpam præstare debeat? De hac re scriptum est & hoc rescripto & pleraque *in l. si procurator. item in l. si re mandata infra.* quos locos ideo coniungi oportet. Est autem hæc summa omnium. Cum quæritur: Re quæ restitui aut præstari debet amissa, aut deteriore facta, quid eo nomine procurator præstare debeat, & quatenus teneatur? Verum hoc est, quod casum fortuitum præstare non debeat, sed dolum & culpam, & quidem omnem præstare debeat. Nam omnem culpam præstandam esse, diserte scribitur *in l. a procuratore. infr.* Certi iuris definitio est de casibus fortuitis, hos nullo neque bonæ fidei, neque alio iudicio præ-
13 stari, id est, neminem † teneri in eo, quod casu fortuito contigerit sine dolo & culpa, *l. quæ fortuit. de pign. action.* vbi dixi, *l. contractus. in fin. de regul. iur.* De dolo & culpa hæc distinctio est, vt quidam contractus tantum dolum accipiant, vt depositum, alii & dolum & culpam, vt commodatum, emtio, locatio & similes, iuxta eam distinctionem, quæ traditur *in l. 5. §. nunc videndum ff. commod. l. contractus. de regul. iur.* Ex hoc genere posteriore est mandatum, vt etiam diserte traditur *in d. l. contractus.* sed ita mandatum, vt etiam omnem culpam in mandato præstare debeat procurator. Hæc res postulat necessario, vt duo hic explicemus. I. Vt videamus, quid sit culpa, & quot species culpæ, posteaquam dicitur, hic omnem culpam præstandam esse, quibus verbis significatur, non esse vnum genus culpæ, sed plura. Alterum est, vt videamus, quam recte & vere constituatur, in mandato mandatarium omnem culpam præstare debere, cum mandatum omne proficiscatur ex officio & liberalitate, multo magis quam depositum, in quo tamen constat, nihil amplius quam dolum præstari & culpam latam.

14 Culpa † generaliter etiam dolum complectitur, & dolus culpa est, vbi appellatio culpæ in legibus continetur, vt in l. Aquilia, vindicatur damnum iniuria datum, id est, culpa: sic enim veteres iniuriam in ea lege acceperunt, *l. 5. §. 1. ff. ad l. Aquil.* & tamen inter omnes conuenit ea lege teneri etiam eum, qui dolo damnum dederit, *l. qui occidit. §. vlt. ff. ad l. Aquil.* Sed hoc magis fieri videtur collectione a minori ad maius, aut contra, quam verbi significatione. Sic enim recte colligitur: Tenetur ea lege etiam, qui solum culpa damnum dedit: multo ergo magis qui dolo dedit. Ceterum significatio verbi & vsus iuris auctorum ita est, vt perpetuo culpa a dolo distinguatur, vt hic & *in l. a proc. ✝. l. contractus. de reg. iur. l. si vt certo. §. nunc videndum. ff. de com.* & passim hic vsus occurret, quoties in contractibus mentio fit de dolo & culpa præstanda. Hoc sensu sic culpa recte definitur. Culpa † est omne factum non de industria, quo nocetur alteri, si modo huius facti casus & periculum humano lapsu prouideri potuit, & quod facis, id nullo tuo iure facias. *Omne factum*: vt intelligamus etiam quod omissum & neglectum est: nam & qui negligit, facit. Est autem culpa etiam in non faciendo, *l. si seruo. ff. de verb. oblig.* *Non de industria*: vt distinguatur culpa a dolo. Nam † dolus est factum & machinatio, consulto adhibita seu de industria, ad alium fallendum fraudandumq;, *l. 1. ff. de dolo.* Culpa omnis hanc machinationem & propositum apertum non habet. *Quo nocetur alteri*: nam qui prodest is iure facit & ex officio, tantumq; abest vt sit in culpa, vt etiam mereatur laudem. Sed & qui nocet sibi & rebus suis, extra culpam est, *l. etiam. §. licet. ff. sol. mat.* quoniam vnusquisque rei suæ vt dominus ita & arbiter est, vt possit sine culpa & cuiusque iniuria rem suam etiam in mare proiicere *l. in re mandat. inf. h. tit.* 15 16

*Si modo huius facti casus*, & quæ sequuntur in definitione: quibus verbis intelligi volumus ita factum omne, quo alteri noceatur culpam esse, nisi iustam excusationem factum habeat. Duas autem esse facti actiones, quæ † factum a culpa vindicent, vna est, si factum eiusmodi est vt nemo diuinare potuerit aliquod damnum aut periculum ex eo euenturum, veluti, si putator arboris ex arbore deiecerit ramum, in eum locum, in quo vulgo aut priuatim nemo iter facere solebat, & casu aliquis ibi fuerit, qui delitesceret, cui ea deiectione nocitum sit. Hic extra culpam est, & ob id lege Aquilia de damno dato non tenetur, *l. si putator. ff. ad legem Falcid.* Eiusmodi factum est in fideiussore, si exceptionem reo competentem omisit, cum ignoraret in facto eam competere. Ideo securus est fideiussor, quia non potuit diuinare eam competere debitori, nisi a debitore aut ab alio id cognouisset, *l. si fideiussor conuentus, §. si cum debitor, ff. eodem.* 17

Altera res excusationem habet, si quod quis facit, id facit suo iure. Quicquid eiusmodi est, etiamsi eo facto alteri noceat, & non ignoret ita futurum esse, tamen non tenetur, quasi culpam admiserit, quoniam in eo nulla culpa est. Exempla sunt: Commodata sunt alicui instrumenta ad vtendum, ad aliquod tempus vtendo: attriuit & deteriora fecit, etiāsi, vt diligētes patresfam. solent, vsus sit. Placet eum ob id interuentum non teneri. *l. eum qui. in pr. ff. commod.* Id caussæ est, quia qui ita vsus est commodato iure suo & volūtate domini vsus est. Item: Cōmodatus est alicui equus ad aliquod certū iter: in itinere incidit equus in latrones aut in hostes, & ita abductus est equus. Hoc factum culpa caret, nec commodatarius præstat, *l. vlt.*

*vlt. D. commod.* Et tamen constat facto commodatarii id euenisse, quod si profectus non esset, non incidisset in latrones aut hostes. Et poterat homo prudens cogitare, euenire id viatoribus posse. Sed ideo extra culpam est, ob id quod profectus est domini voluntate.

18 Culpa † duplex est, lata & leuis, hæc enim genera traduntur à veteribus, *l. quicquid. de arb. tut. l. cum res, §. pen. culpa, D. de leg. 1. l. mulier, §. sed enim, D. ad Treb.*

19 Lata † culpa est omne factũ quo alteri nocetur non data ad id opera, sed tamẽ eo facto, quod dolo sit proximo, id est, ex facto, quod is, qui facit in reb. suis non admitteret, aut cuius casum & periculum omnes homines intelligerent. Prius factum esse latæ culpæ, est *in l. quod Nerua, D. depositi.* Posterius *in l. lata, de verb. sig.* Dixi factum non dedita opera, quoniã lata culpa etsi proxime ad dolum accedit, tamen dolus non est. Eiusque rei hæc nota est, quod dolo facit, quisquis aliquid facit cõsulto & de industria ad alii nocendum. Culpa lata eiusmodi propositum non habet, sed tamen habet factum eiusmodi, q vehementi præsumtione videatur nõ carere fraude & dolo, *d. l. q Nerua. D. depos.* De qua specie dixi satis *ad l. 1. de deposit.*

20 Culpa † leuis est ob factũ, quo nocetur alteri iniuria, non tamen mala mente, sed per imprudẽtiam. Non mala mente, vt distinguatur leuis culpa & a dolo & a lata culpa. Nam etsi lata culpa dolus nõ est, non tamen peccatur lata culpa, nisi mala mente, vnde & hæc culpa dicitur fraude non carere *in d. l. quod Nerua.* Imprudẽtiam autem intelligimus, cum quis quid facit aut omittit, quod idem in suis rebus facere & omittere consueuit, sed non prouidit id quod diligens paterfamilias prouidisset, ne damnum contingeret, & ideo *in l. si proc. D. ad l. Aquil.* culpa leuis atque adeo leuissima, quæ vindicatur lege Aquilia, hac veluti nota describitur, cum quod a diligente prouideri potuisset, nõ est prouisum. Ergo ad leuem culpam cognoscendam necesse est intelligi, quis sit diligens paterfamilias, qui hanc culpam non admitteret.

21 Et iuris auctoribus diligens † paterfamilias is dicitur, qui quæcunque humano captu & intelligentia prouideri possunt, prouidet, & cauet ne quid damni res capiat, qui idem omnia faciat in rerum suarum administratione, quę pro humana intelligentia ad rem tuendam & conseruandam, & recte gerendam pertinet. Hoc ita esse, ita probatur. Nam qui diligens est paterfamilias idẽ dicitur & frugi, vt idem sit diligens & frugi paterfamilias, *leg. si vendita, D de per. & com. rei vend.* Frugi autem homo & paterfamilias est is, qui omnia facit fructuose, vnde & a veteribus dictum est, hominem frugi omnia recte facere, id quod & in prouerbium abiit, cuius meminit Cicero, *libro quarto, Tuscul. quæst. o.* Proinde & diligens est, qui in rerum administratione omnia recte facit. Præterea cõstat diligentissimum patremfamilias eum esse, qui nihil omittit, quod ad summam & exactam diligentiam rei gerendæ pertinet. Quare & diligens idem est. Nam quod diligenter etiam atque etiam notandum est, in vsu iuris diligens paterfamilias idem est, qui etiã diligentissimus dicitur, ne forte nos fallant illi loci, vbi hæc verba vsurpantur, quasi dicatur de rebus diuersis, aut ne cum vulgo inutilem laborem suscipiamus & inexplicabilem quærendi, qua nota distinguamus diligentem a diligentissimo.

22 Diligens † inquã & diligentissimus idem valent iuris auctoribus, quod patet his argumentis. Primum est *l. in rebus, D. commod.* Exigitur a commodatario iure commodati, talis diligentia, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibere solet. At in eadem re commodata nihil amplius exigitur alibi, quam diligens custodia, non autem diligentissima, *l. 3. §. custodiam, D. commod.* Est ergo eadem custodia diligentis & diligentissimi. II. Vt a commodatario exigitur ea diligentia, quam diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Sic a conductore totidem verbis *§. vlt. Instit. loc. & cond.* At in conductione non exigitur a conductore, nisi ea diligentia, quam diligens paterfamilias suis rebus adhiberet, propterea quod in conductione vtriusque, id est, locatoris & conductoris versatur vtilitas, vt de pignore dicitur *in l. ea ergo. D. de pig. act.* Non est ergo alius diligens, quam diligentissimus, nec alius diligentissimus, quam diligens.

Tertium argumentum est *in l. 3. D. de per. & com. rei vend.* Scriptum est in re vendita eandem diligentiam adhiberi debere, quæ adhibetur in re cõmodata. At in re commodata exigitur diligentia quam diligentissimus paterfamilias adhibere debet, *d. l. in rebus. D. commod.* In re autem vendita ea excipitur diligentia quã diligens & frugi paterfamilias suis rebus adhibere consueuit *in l. si vendita, D. de per. & com. rei vend.* Aut ergo falsum est in re vendita eandem diligentiam exigi, quæ in re commodata exigitur aut fatendum est, quod & verũ est, nihil aliud esse diligentissimum quam diligentem & frugi patremfamilias.

Quartum, si diligens paterfamilias est idem qui & frugi dicitur, non potest, quin diligens sit idem diligentissimus, qui frugi, id est, omnia recte facit. Non est autem diligentissimus, nisi qui idem præstat.

Quintum argumentum est ab absurdo. In conductione exigitur a conductore exactissima diligentia *in l. si vero, §. qui columnam, D. locat.* In commodato autem exigitur a commodatario exacta diligentia rei constituendæ, *in §. item is qui. vers. at qui. Instit. quib. mod. re.* Si plus continet exactissima diligentia, quam exacta, id est, diligentia diligentissimi plus continet, quam diligentis, dicendum erit in conductione, conductorem maiorem diligentiam adhibere debere, quam commodatarium in re commodata. Hoc vero est absurdum, & absurditas per se patet, cum in conductione versetur vtilitas vtriusque: In commodato autem solius cõmodatarii, propter quam vtilitatem plus ab eo exigitur, quam a ceteris debitoribus, *in l. 5. §. custod. D. commod.*

Fatendum ergo nobis est, non aliud esse exactissimam diligentiam quam exactam, ac proinde non aliam esse diligentiam diligentissimi, quam diligentiam diligentis.

Ex hac re hoc intelligimus, quod ad præsentem rem & transactionem attinet: Quicquid humana diligentia caueri aut prouideri non potest, id casus † est fortuitus si accidat. Hunc † casum fortuitum nemo debitor præstare cogitur vllo iudicio, *leg. quæ fort. supr. de pign. actio.* Contra † quæcunque humana diligentia prouideri possunt, si nõ sunt prouisa, siquidem id dolo factum non est, vltra quæritur, vt culpa factum intelligatur alias lata, alias leui, quæ ita distinguemus, si quis in rebus alienis fecit, quod in suis nõ faceret & ex eo damni aliquid accidat, culpa lata est, etiamsi is qui fecit in rebus suis diligẽtissimus fuerit: Nam lata culpa est minorem diligentiam 23 24 25

adhibere alienis rebus, quam suis, *l. quod Nerua, D. depos.* Quod si quis eandem culpam admittere consueuit in rebus suis, quæ in rebus alienis admissa est: ea est culpa, quam dicimus leuem, quoniam est consueta in rebus suis negligẽtia, vt culpa leuis non male videatur dici posse, cum quis præcauit consueta in suis rebus negligentia sine dolo malo, his enim verbis leuem culpam circumscribere videtur *l. mulier §. sed non. D. ad Treb.*

Cum hæc genera duo culpæ esse constet, & hoc loco dicamus a procuratore, omnem culpam prestari: hinc intelligimus ab † eo præstari debere nõ tãtum dolum, nec tantum latam culpam, sed etiam leuem, quoniam hæ culpæ species sunt. Est autem hic sensus, procuratorem in negotii mandati administratione & custodia earum rerum, quas ex mandato consecutus est, non tantum eam diligentiam adhibere debere, quam suis rebus adhibere cõsueuit, ne quid damni accidat: sed & eam, quam diligens atque adeo diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibere consueuit. Proinde si procurator tantam diligentiã non adhibuit, quãtam potuit, si tamen alius pro humana intelligentia, diligẽtius & cautius gerere potuit, hãc culpam præstabit. Quod si id admisit, quod in re sua non admitteret, præstabit multo magis, etiamsi id quod factum non est diligentiam exactissimam requireret, quia prius est culpa leuis, posterius lata culpa. 26

27 Harum † rerum hæc sunt exempla: Mandaui alicui, vt fundum Titianũ mihi emeret, is cum emendi facultatem haberet, pecunia corruptus ab alio, non emit, vt illi liceret emere sine competitore: mandatarii dolus est. Item si promiserit alii emere amicitia ductus lata culpa est, *l. si procur. §. vlt. D. hoc tit.* Lata culpa ideo, quia qui amico gratificatus remisit emtionem, apparet eum nihil facere mala mẽte, vt mandatori noceat, sed vt prosit & gratificetur amico. Sed ideo lata culpa est, quia hoc facto omnes homines intelligerent futurum esse, vt ille fundum non emeret secundum mandatum. Est autẽ inter cetera tunc lata culpã, cum quid factum est, ex quo aliquid damni futurum esse, omnes homines intelligerent, *leg. latæ, D. de verb. sign.*

28 Leuis † culpæ exemplum hoc est: Procurator, cui pecunia mandata erat exigenda, aut qui ex aliquo mandato aliquid consecutus est, id quod consecutus erat tradit alicui perferendum Spiram, homini non satis certo, perferendum ad mandatorem. Nuntius aufugit & pecuniam secum abstulit, aut aliter rem quam habebat male perdidit, procurator etiam ei nuntio alias res perferendas commendauerat. Quæritur, vtrum procurator hoc damnum mandatori præstare debeat? Dicimus debere, quia peccauit culpa non lata, at certe leui, & ob hanc caussam culpam præstat ei mandatori, si rem commodatam ad dominum perferendam alicui commiserit, & ea res amissa sit, *l. eum qui, §. vlt. D. cõmod.* Hoc factum culpa est, quia aut ipse perferre debuit, aut exspectare donec dominus eam rẽ repeteret, & denũtiare illi, cui eam rem redderet. Ea culpa leuis est, quia nõ omnes homines intelligunt nuntium rem amissurum fuisse, præterea apparet magis leuẽ culpam esse, quod procurator idem facit in re sua quod in aliena. Nam vt illi res alienas commiserat perferandas, sic & suas.

Quæsitum est, num sit alia species culpæ, quam superiores, vt sic eam speciem in definitione huius loci includamus, posteaquam ita definitur, a procuratore omnem culpam præstari? Et vulgo † tres species culpæ faciunt. Volunt enim quandam culpam esse leuissimam, distinctam a lata & leui culpa. Mouentur his rationibus, quia leuissima culpa nominatur *in l. in leg. Aquil. 44. D. ad l. Aquil.* deinde qã alius est diligens, alius diligentissimus paterfamilias. Est ergo illis auctoribus culpa leuis, quam non admitteret diligens paterfamilias. Leuissima autẽ ea, † quam non admitteret diligentissimus. 29 30

Nos † cum iuris auctoribus, duo genera culpæ agnoscimus, latam & leuem. Neque enim plura nominantur *in l. quicquid, supr. arb. tut. l. tutori, infr. de neg. l. item res, §. penult. D. de legat. 1. l. mulier. §. sed non, D. ad Trebell.* Neque plura esse possunt, si idem est diligens, & diligentissimus, vt docuimus. Moueri non debemus, quod legimus dici leuissimã culpam: Nam hoc verbũ semel tantũ occurrit, quod sciam, *in d. l. in leg. ad leg. Aquil.* Et præterea etsi leuissima culpa aliqua est, non tamen ea res tertiam & nouam speciem facit, quoniam leuissima culpa nihil aliud est, quam leuis, quod † euidenter his argumentis probatur. Nam quæ leuissima culpa nominatur, *in d. l. in leg. ad leg. Aquil.* ea est culpa, quæ præstatur & vindicatur lege Aquilia, cum damnum alicuius culpa datum est. At culpa, quæ vindicatur lege Aquilia, sic definitur *in l. putator, ad leg. Aquil.* cum quod a diligente prouideri potuit, nõ est prouisum. Porro hæc culpa est leuis, omnium consensu, qui definiunt culpam leuem esse, quæ a diligente patrefamilias admissa non esset, & probatur definitio exemplo pignoris. Nam in pignore exigitur, vt creditor præstet ea, quæ diligens paterfamilias in suis rebus faceret, *l. ea ergo, D. de pign. act.* Porro constat in pignore, in quo vtriusque vtilitas versatur & creditoris & debitoris, nihil amplius a creditore pręstari debere, quam leuem culpam, idque omnibus interpretibus consentientibus. Non est ergo alia leuissima, quam leuis, quoniam quarum rerũ definitiones eędem sunt, hæ quoq; res inter se eædem sunt. Denique omnes definiunt, culpam leuem esse, quam non admitteret diligens paterfamilias, a diligenti in vsu iuris. Ergo etiam a procuratore præstanda est culpa leuissima, sed ita vt intelligamus hoc verbo, nihil aliud eũ præstare debere, quam culpam leuem, id est, omne id, quod a diligẽte & diligentissimo patrefamilias prouideri potuisset, si ab eo non sit prouisum. Ita manebunt superiora duo genera culpæ iuris auctoribus, nempe lata culpa & leuis. 31 32

Quid ergo † sibi vult, quod iuris auctores in iis contractibus, in quibus dicunt præstari culpam leuem, præter culpam aliquid amplius exigunt quod præstetur? Dicunt enim constanter, quosdam contractus recipere dolum & culpam, & præterea etiam diligentiam seu custodiam, vt pignus, vt res legata, vt alii contractus, in quibus vtriusque vtilitas versatur. Traditum hoc est *in l. si cum venderet, §. vlt. D. de pig. act. l. cum res, §. culpa. D. de legat. primo.* Et præterea *in leg. contractus, de reg. iur.* initio dicitur, quosdam contractus recipere duntaxat dolum, vt depositum, quosdam & dolum & culpam, vt mandatum, & alios plerosque qui enumerantur, vbi verbo culpæ non significatur lata culpa, nec leuis, alias male distinguerentur sequentes contractus a deposito, cum in deposito depositarius non solum dolum, sed etiam latam culpam præstet, *l. 1. supr. depos.* Ergo hoc dicitur quosdam 33

quosdam contractus recipere dolum & latam culpam, & tamen paulo post subiicitur, *in his & quibusdam contractibus recipi etiam diligentiam.* Quibus ex verbis liquido apparet aliquid amplius esse præstandum, in quibusdam contractibus quam leuem culpam. Id autē non est casus fortuitus. Nam casus fortuitus nullo iudicio præstatur, *d. l. contractus.* Ergo est opus vt sit culpa. Si non est leuis, necesse est tertium aliquod genus culpæ intelligi præter latā & leuem. Hoc verò non potest dici nisi leuissima, vt interpretibus visum est.

Respondeo: Cum dicitur quosdam cōtractus recipere culpam & diligentiam, his verbis non significatur, tertiū aliquod genus esse culpæ, præter latam & leuē. Sed leuis culpa in duas species deducitur, & ita res habet. Leuis culpa in genere vna est, speciebus duplex. Nam omnis culpa ac proinde etiam culpa leuis consistit aut in faciendo, aut in non faciendo seu negligendo, quod præterquam quod natura rei per se demonstrat, etiā diserte scriptum est *in l. si seruum, in pr. D. de verb. obl.* Culpa leuis in faciendo est, cum quis facit ꝙ noceret alicui, quod tamen in suis rebus etiam facere consueuit, sed quod diligens paterfam. in suis reb. non faceret, veluti si socius extraneum in societatem admiserit, minus idoneum, qui & deinde societati nocuerit. In non faciendo est, cum quid ad rem tuendam & conseruandam fieri debuit, quod & diligens paterfamilias faceret, id vero quis non fecit, consueta in suis rebus negligētia. Veluti si quis agros tempestiue nō coluit, ædificia collabi passus est, animalia ægrota non curauit.

34 Culpa † quæ in faciendo est recte factum dicitur: culpa quæ est in non faciendo, recte vno verbo appellatur negligentia & desidia. Negligentiam & desidiam culpam esse constat, tum ex reipsa, tum ex his locis *l. magna, de verb. sig. l. socius socio. D. pro socio. §. vlt. Inst. de soc.* Hanc speciem culpæ leuis significant iuris auctores verbo diligentiæ, quam præstari debere dicunt. Nam cum dicunt aliquem præstare debere diligentiam, hoc dicitur, eum debere diligenter facere ea, quæ ad rem recte gerendā pertinent. Qui autem dicit aliquem facere debere, quæ pertinent ad rem tuendam, significat eum huius negligentiæ & omissionis nomine teneri. Ita verbo diligentiæ iuris auctores per contrarium, negligentiam seu negligentiæ æstimationem præstari debere dicunt. Huic obligationi cum opponitur culpa, id euenit, vt verbum culpæ transeat in speciem negligentiæ contrariam, & iam significet culpam in faciendo positam.

Nec obstat quod culpa generaliter omnē culpam etiam leuem, & quæ in negligendo est complectitur *d. §. vlt. Inst. de soc. d. l. socius socio, D. pro soc.* Nam sic est vsus iuris auctorum, vt cum verbum aliquod per se generaliter ponitur in diuisione eiusdem generis, incipiat transire in nomen speciei, & significet speciem alteri cōtrariam, vt adoptio generale nomē est, & omnem speciem adoptionis complectitur. Eadem tamen diuiditur in adoptionem & arrogationem, *l. 1, D. de adopt.* In hac diuisione apparet verbum adoptionis, quod prius generale erat, significare speciem ab arrogatione diuersam. Idem fit in verbo actionis, vt declaratur *in l. pecuniæ, §. act. de verb sign.* Idem in verbo cognationis & cognatum, vt significatur *in l. 1. §. 1. de grat. offic.* Sic & in verbo culpæ dicitur & simpliciter. Generaliter omnis culpa, tam quæ in faciendo est, quam quæ in negligendo, id est, tam facta quam neglecta, simpliciter & vsitate significat culpam leuem, quæ in faciendo est, vt in lege Aquilia vsurpatur, cum punitur damnum culpa datum. Nam hic culpa significat quod factum est, non quod omissum est *l. si cuius, § denique. D. de vsufr.*

Hæc significatio, † atque hic verbi vsus diligenter obseruandus est: Valet enim significatio ad nodos plerosque dissoluendos huius argumenti alioqui in speciem indissolubilis. 35 Hæc difficultas cōsistit in his quatuor cōtractibus, in tutela, in rerū communione, quæ sine societate cōtingit, vt inter coheredes & inter legatarios plures in societate, in dote. Hi quatuor dicuntur recipere & dolum & culpā, *l. contractus, de reg. iur.* Quo significatur, tutorem pupillo in tutelæ administratione, heredem coheredi in re ex hereditate communi, socium socio in societate, maritum vxori, in re dotali, eo nomine teneri, si quid damni contigerit, vel eorū dolo vel culpa; vbi culpam constat dici non latam sed leuem, quia alioqui male hi contractus distinguerentur a deposito, in quo etiam venit dolus & lata culpa, *vt infra dixi.* Et tamen de iis omnibus supra scriptis personis, constanter diuersis locis ita traditur, non debere eas maiorem diligentiam præstare, quam suis rebus adhibere solent. De tutela hoc traditur *in l. 1. in princ. D. de tut. & reb. distrah.* De rerum communione, *in leg. heredes, §. non tantum, D. famil. hercіscund.* De societate, *§. vltim. Instit. de societa.* De dote, *leg. in rebus, de iur. dot.* At superioribus verbis significatur supra scriptas personas ob negligentiam ita teneri, si minorem diligentiam adhibuerint in rebus alienis, quas seruare & restituere debuerint, quam in suis rebus solent. Porro, hæc culpa est lata, *l. quod Nerua, D. depos.*

Contra vero si eandem diligentiam adhibuerint in alienis rebus, quam in suis consueuerunt, etiamsi non fecerunt ea, quæ diligens paterfamilias faceret, iisdem verbis significatur eas personas non contineri. Atque hæc est culpa & negligentia leuis, cum quis peccet consueta tantum rebus suis negligētia, quam tamen diligens paterfam. non admitteret. Ergo hoc iam dicitur, supra scriptas personas leuem culpam non præstare, sed solum latam.

Quomodo hæc conciliantur? Respon. Conciliantur animaduersa & obseruata superiori verbi culpa significatione & vsu, hoc modo. Quod dicitur istos contractus quatuor, recipere dolū & culpam, verissimum est, vt non tantum recipiant dolum & culpam latam, sed etiā culpam leuem. Sed hic culpā accipere debemus, culpam in faciendo positam, seu eam culpam, quæ distinguitur a negligētia. At negligentiam leuem hi cōtractus non recipiunt, id est, culpā leuem in non faciendo positam non recipiunt, ꝙ contrariis in specie locis significatur. Hæc sententia vt verbo & vsui iuris conueniens est, ita iure est verissima. Quod vt intelligatur exemplū erit societas, de qua potissimū dubitatur inter eruditos, ꝑpter *§. vlt. Inst. de proc.*

Societas recipit dolū & culpam, *l. cōtractus, de reg. iur.* id est, socius socio tenetur in id, ꝙ damnū dederit societati, non tantum dolo suo, sed etiā culpa, & quidem leui culpa, vt hoc verbū intelligitur *in d. l. cōtractus.* Sed hoc ita, vt intelligatur culpa eius, quæ fit in faciēdo: socius socio suo omne factū præstabit, id est, quicquid fecerit quamobrem noceat societati, id præstabit socius, etiamsi culpa leui, atq; adeo leuissima peccarit, quod comprobatur exemplo cōmodatissimo, *l. qui admittitur, & seq. D. pro soc.* Exemplū tale

est: Cum essemus duo socii, socius meus extraneum quendam, quem putabat hominem industrium & commodum societati, asciuit sibi in eandem societatem. Illic respondetur, extraneum illũ socio socium futurum, sed mandati nõ futurum socium, quia non consensi, socii mei socius, socius meus non est. Additur præterea, si quid ille extraneus nocuerit societati, hoc me damnum repetiturum a socio, qui eum admisit, *l. & quicquid, l. de illis, quæ paulo post sequuntur, D. pro socio.* At hoc factum socii mei, nihil aliud est, quam culpa leuis & leuissima: Nam prodesse voluit societati, dum putat extraneũ esse hominem industrium, & posse per illum res societatis promoueri. In illo etiam aperte peccauit consueta in suis rebus negligentia. Nam quod fecit in re mea, prius fecit in sua. Illum enim prius sibi asciuit, quam mihi. Quare verum est, vt hoc exemplo aperte declaratur, etiam in societate, socium socio præstare debere culpam leuem, sed eam, quę sit in eo, quia socius aliquid fecerit, aliquid instituerit, quod recte & commode gerere non potuit. Sed non præstat socius socio culpam leuem, si culpa sit in negligendo. Et de hac culpa agitur *in d. l. socius socio. D. pro socio & d. §. vlt. Inst. de societ.* Idem de tribus reliquis superioribus cõtractibus intelligendum est.

Sed cur debemus distinguere leuem culpam, quæ in faciendo est, & eam, quæ in negligendo, cum fateamur vtramque esse leuem? Respondeo: Eo fit, quia vtraque hæc culpa non eodem iure habetur. Idque perspicuũ est ex superioribus contractibus quatuor, in quibus dixi præstari debere dolũ & culpam leuem, sed in faciẽdo positam. Culpam vero positam in non faciendo, seu negligentiam non præstari, nisi latam & quam debitor in rebus suis non admitteret. Alii sunt autem contractus, qui vtramque leuem recipiant, vt constat *ex l. 5. §. nunc vidend. D. commod.*

37 Sed an † non male hoc constituitur, vt in suprascriptis contractibus præstetur culpa leuis, posita in faciendo, non præstetur autem ea, quæ est in non faciendo, cum vtraque sit leuis, vt fatemur, & in iisdem caussis, idem ius constituere oporteat, *l. illud. D. ad l. Aquil.* Respondeo: Multum interest inter factum & negligentiam, & multo grauius peccamus, dum nocemus alteri aliquid faciendo, quam dum nocemus negligendo & aliquid omittendo. Nam ei qui facto suo alicui nocet, semper culpa obiici poterit, cur fecerit, nam erat in eius potestate non facere, nec ius eum cogebat. Recte illi dicetur, non debuisse eum suscipere id, in quo intelligebat aut intelligere debebat imperitiam, aut infirmitatem suam aliis periculosam futuram, vt elegãter dicitur *in l. idem iuris, ad l. Aquil.* At in eo qui aliquid non facit, quod ad rem tuendam pertinebat, multa sunt quæ excusent. Certe duo sunt in promptu. I. quia nõ intellexit quid facere debebat, aut quid ad rem gerendam pertineret, eiusque rei indicium est, quod & ipse in rebus suis non intellexit, sed peccauit eadem negligentia. Alterum, quod etsi intellexerit, quod res postularet, tamen suscipere non est ausus, diffisus suis viribus, metuit enim ne non possit efficere, aut ne non faceret recte. Venia dignus est, qui maluit rem non attingere, quam male tractando perdere.

Ob hanc caussam diligentia hæc exacta remittitur in superioribus contractibus partim propter necessitatem, qua tenetur debitor ad rem gerendam, partim propter vtilitatem creditoris. Propter necessitatem, vt in tutela & rerum cõmmunione. Nam tutor suscipit tutelam inuitus, coheres cum coherede incidit in communionem inuitus, propter hanc necessitatem æquissimum est non maiorẽ diligentiam exigi, quam quæ ibi præstari potest. Multo melior est societas in matrimonio, inter maritũ & vxorem. Sunt ergo superiores contractus, in quibus debitor factum suum præstat, negligentiam leuem non præstat, sed latam duntaxat. In reliquis omnibus, in quibus legimus venire dolum & culpam leuem, præstatur omnis culpa leuis, tam quæ in faciendo est, quam quæ in omittendo, vt est commodatum, vt sunt hi contractus, in quibus vtriusque, id est, & creditoris & debitoris vtilitas versatur, *l. 5. §. nunc videmus, D. commod.*

In iis an sit † mandatum de quo nunc agitur dubitari potest? Ac ex superiori diuisione coniuncta cum hoc loco, & *l. a procurat. infr.* intelligemus, etiã mandatum vtramque hanc culpam recipere. Nam si leuis culpa partim in faciendo est, partim in nõ faciendo, vt sunt hæ duæ species culpæ: Sic autem ius est, vt procurator in mandato omnem culpam pręstare debeat, vt hic traditum est: Consequens est procuratorem etiam vtramque hanc culpam leuem præstare debere, vt sit sententia, procuratorẽ & omnem, qui mandatum alienum susceperit, in iis quæ gerere debuit, itemque in iis, quæ ex mandato illum constituere oportebat, si quid nocitum sit domino, pręstare domino debere, non solum si quid fecerit, quamobrem domino noceret, peccans consueta in suis rebus imperitia, sed etiam, si quid fieri potuit ad rem recte gerendam pro officio diligentis patrisfamilias, & id non facit, consueta in suis rebus negligentia. Hocque ex iis intelligitur, quæ continentur his verbis: *Procuratorẽ debere domino omnem culpã præstare.* 38

Videndum est autem quam recte id constituatur, nam infinitæ hic sententiæ videntur aduersari. I. generalis definitio, recepta de dolo & culpa præstanda in contractibus, quæ exstat *in leg. 5. §. nunc vidend. D. commod.* Definitio hæc est. Cum in contractibus solius dantis seu creditoris vtilitas versatur, nulla autem vtilitas debitoris, tũ debitor nihil amplius quam dolum suum præstat & latam culpam, vt in deposito. At huius generis exemplum est in mãdato, quod totum originem habet ab officio & liberalitate, & in quo res tantum geritur mandatoris non procuratoris, *l. 1. D. eod.* Ergo secundum hanc definitionem superiorem generalem, procurator non nisi dolum suum & latam culpã præstare debet. II. loco aduersatur æquitas vt videtur manifesta, qua superior definitio nititur. Æquissimum enim est, nulli damno esse officium suum, *l. si seruus, §. quod vero. D. de furt.* At procuratori damno est officium suum, si amplius præstare cogitur in re mandata quam potest, & nouit præstare in reb. suis, quare amplius præstare non est cogendus.

III. loco repugnãt plures loci in specie ipsa mandati. Nam *in l. procurator, §. vlt.* nominatim traditur, si procurator ex mandato fundum quem emere debebat, non emerit, ita teneri, si dolo non emerit, aut lata culpa. Proinde si culpa tantum leui non emerit, aut in aliis rebus culpa tantum leui peccarit, non tenetur. Collectio est nostris vsitata, *l. 1. vers. huius. D. de officio eius.* Item *in l. si fideiussor conuentus, in pr. D. eo.* traditur fideiussorem omittentem exceptionem, si sciens omittat, mandati actionem non habere. Adi-

ſcienter omittens exceptionẽ, dolo proximus eſt. Ex hac ratione colligitur, ſi quid peccarit fideiuſſor, ꝙ dolo non ſit proximus, eum non teneri, ſed mandati actionem habere, hac ratione, quia ceſſante ratione legis, ceſſat ipſa lex, *l. quod dictũ, D. de pact.* Poſtremo videtur res aperte deciſa eſſe *in l. idemque, D. eo.* illic traditur, procuratorẽ nihil amplius præſtare de-
39 bere, domino quam bonam fidem. Præſtare † bonam fidem eſt adhibere in re mandata tantã diligentiam, quantam in ſuis procurator adhiberet. Contra bonam fidem autẽ is facit, qui minorem diligentiam alienis rebus adhibet, quam ſuis, vt de pecunia traditur, *l. quod Nerua. D. depoſ.* Ergo procurator maiorem diligentiam præſtare non debet in re mandata, quã in ſuis rebus adhibere ſolet. Proinde non leuem culpam præſtat, ſi alius diligentius rem geſturus fuiſſet, dum modo non minorem diligentiam adhibeat, quã ſuis rebus. Quod ſi facit tenebitur, ſed hæc culpa lata eſt, non leuis. Non temere eſt ergo, quod ex veteribus Odofredus & Martinus, qui citãtur in glo. Accurſii exiſtimauerunt, procuratorem ſeu mandatarium non aliter teneri, quam depoſitarium, id eſt, teneri ſolum de dolo & lata culpa, de leui non teneri, multoque minus de leuiſſima, quia nulla vtilitas procuratoris verſatur in mandato, præterquam ſi procurator ſalarium accipiat. Nam tunc incipit vtriuſque vtilitas in eo contractu verſari, quæ res facit, vt incipiat procurator & dolũ & culpam & diligentiam præſtare debere, vt eſt *in d. l. 5. §. nunc videndum, D. commod.*

Et omnino hanc ſententiam ſequi oporteret, niſi euidens aliquid afferretur in cõtrariam ſententiam. Nunc autem ſententia contraria manifeſte expreſſa eſt, *& in hac l. & in l. a procurat. itemque in leg. in re mandata, infr. & in l. contractus, de reg. iur.* vt eam ſine manifeſto vitio, & ſine manifeſta tergiuerſatione omittere non poſſimus. In hac lege traditur, *procuratorem debere præſtare dolum & culpam.* Hæc cum coniunguntur, culpæ verbo conſtat ſignificari culpam leuem. Nam alioqui doli verbo ſatis continetur lata culpa, quæ dolo comparatur, *l. contractus, de reg. iur.* Sed omnem dubitationem tollit *l. a procuratore.* vbi diſerte traditur, procuratorem omnem culpam præ-
40 ſtare. Procurator † eſt omnis cui negotium alienum mandatum eſt, *l. 1. D. de proc. l. ſi vero, §. contractum, D. mandat.*

Hic tamen dici ab aliquibus poterit, procuratoris verbo interdum ſignificari procuratorem ad litem datum, vt vſurpatur *in l. de proc. D. ſub quo non agitur, niſi de procuratoribus ad litem datis.* Sed hoc defendi nullo modo poteſt. Nam procurator verbum gene-
41 rale eſt, vt definitur *in l. 1. D. de proc.* & tam dicitur † de procuratoribus, qui extra iudicium negotium alienum gerunt, quam qui ad litem dati ſunt, vt conſtat *ex l. qui proprie, §. proc. D. de proc.* Idem maxime probatur in edicto prætorio, quod eſt de procuratorib. ad litem datis. Nam *in l. filiusfam. §. vltim. D. de proc.* prætor cauens de procuratore litis, non dixit ſimpliciter, vt quæ ſequuntur, ſed adiecit procuratorem ad litem datum, vt intelligeremus procuratorem eſſe, etiamſi ad litem datus non ſit. Item *in l. ſeruum quoq; §. vlt. D. de proc.* prætor de procuratore litis agens his verbis vtitur, qui alicuius nomine actionem poſtulabit: quæ circumſcriptio fuiſſet otioſa, ſi procuratoris verbo intelligeretur procurator litis.
42 Præterea hanc defenſionem præcidit *hac l. procuratorem*, & magis *leg. in re mandata, infra hoc titul.* Nam hic dicitur procuratorem præſtare dolum & culpam, addita hac ratione, quia negotia gerenda ſuſcipit. Cauſſa ergo præſtationis, nõ eſt in eo, quod ſit aliquis procurator litis, ſed quod mandatum gerendum ſuſcepit. *In leg.* enim *in re mandat, infr. eod.* diſerte definitur, in re mandata, mandatarium præſtare debere omnem diligentiam, & ſi quid neglexerit, culpæ nomine teneri. Tenetur ergo non, quia procurator litis eſt, ſed quia agitur de re mandata. Idem declaratur *in leg. contractus, de regulis iuris*, vbi traditur, mandatum recipere & dolum & culpam, vbi quod iam ſæpe dixi, Vlpianus intelligit, culpam leuem, quoniam alioqui male diſtinguerentur ſequentes contractus a depoſito, quem contractum prius dixerat recipere tantum dolum. Nam & depoſitum recipit dolum & latam culpam, quæ dolus eſt. Ergo recipit culpam leuem, hoc ipſo, quod mandatum eſt, non autem ideo, quia hic aut procurator eſt litis aut ſalarium accepit.

Hac ſententia iam dilucide conſtituta, de iis, quæ contra dicebantur, breuiter reſpondebo ordine. Primo opponitur ſententia † illa generalis de contractibus, in quibus ſolius creditoris vtilitas verſatur, 43
quo in genere placet debitorem ob leuem culpam non teneri.

Reſpondeo hæc ſententia, etſi vt plurimum ita ſe habet, tamen non eſt perpetua. Poſſunt enim interuenire iuſtæ cauſſæ propter quas etiã ob leuem culpam teneatur debitor, quamuis nulla eius vtilitas in contractu verſetur, vt puta depoſitarius omnẽ culpam præſtat in depoſito, ſi ſe obtulit, *l. 1. §. ſupr. D. depoſ.* Quia ſe offerendo intelligitur de omni diligentia ſua pollicitus fuiſſe, vt qui depoſitum affectauit. Item, in negotiorum alienorum adminiſtratione, nulla vtilitas gerentis verſatur, ſed ſolius domini negotiorum. Et tamen qui negotia aliena adminiſtrat in iis, præſtat & dolum & culpam omnem, *l. ſi negotia, de neg. geſt.* Hoc ideo, quia & hic, qui ad negotia aliena gerenda accedit de ſua induſtria ſpondere intelligitur, & præterea eius eſt affectaſſe id, in quo intelligere debebat, domino imperitiam ſuam damnoſam futuram, vt paulo ante dixi, *& l. idem iuris, ad l. Aquil.* Non igitur mirum & nouum eſt, ſi & procurator leuem culpam præſtat, quamuis in mandato nulla eius vtilitas verſetur.

Cur ergo hic etiam † leuem atque adeo omnem culpam præſtat, præter ceteras, quorum de vtilitate 44
agitur? Reſpondeo: Bene Cynus vetus interpres rationẽ reddidit, etſi minus expreſſit quod ſentiebat, quod Bartolus refert *ad l. quod Nerua. D. de poſſ.* Eſt ergo hæc ratio, ſi explicate dicendum eſt, procurator omniſq; mandatarius omnem culpam a re mandata præſtare debet: quia mandatum recipiendo, intelligitur polliceri de induſtria ſua rei gerẽdæ cõuenienʒte, nec longius huius rei probatio quærẽda eſt. Nam procurator ut rem gerat recipit gerẽdam, nõ geritur ſine induſtria & diligẽtia ei rei conueniente. Hoc cũ dixerit & pollicitus fuerit præſtare debet. Eſt enim ex bona fide, vt pſtetur in omni cõtractu bonæ fidei, ꝙ quis dixerit & affirmauit, *l. ſi qd creditor, D. de cred.*

Hic occurritur ex exemplo depoſiti: Nam & in depoſito is apud quẽ res deponitur recipit rem cuſtodiendam, & tamen hic non amplius præſtare debet, quam diligentiam in rebus ſuis conſuetam, *l. quod Nerua. D. depoſ.* Reſpond. diſſimiles hi contractus

sunt, multumque interest, vtrum quid constituendum accipias, an gerendum. Nam non geritur negotium sine industria, quæ conueniat rei gerendæ. Ad aliquid autem custodiendum non diligentia & industria sed fide opus est, quam si depositarius prestat, securus est, *d.l. quod Nerua. D. deposi.*

Secundo loco opponitur æquitas illa, qua efficitur, nulli debere officium suū damnosum esse. Nam qui id volet, hactenus ei erit damnosum, nec fiet volenti aut consentienti iniuria, *l. ero, de reg. iur.* Huius rei certissimum est argumentum in hoc ipso genere mandati & omni administratione alienorum negotiorum. Nam sæpe aliena negotia gerere non possumus sine molestia nostra, atque adeo sine damno & incommodo nostræ rei familiaris, dum cogimur necessarias res omittere, vt alienas ex bona fide geramus. At qui aliena negotia suscepit de industria sua pollicetur, & hactenus officium suum sibi damnosum esse vult. Proinde hactenus ei damnosum erit sine eius iniuria.

Tertio loco opponitur *l. si procur. §. vlt. D. eod.* vbi traditur procuratorem teneri si quid fecerit dolo & lata culpa. Respondeo: Si nihil amplius illic adiiceretur fatendum esset, recte colligi eum non teneri, si dolo vel lata culpa nihil fecisset: sed statim adiicitur, si procurator rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si eius dolus non interueniat, vel culpa. Ex quo intelligitur eum teneri, si vel dolus interuenerit, vel culpa, quo verbo semper culpam leuem intelligi oportet, vbi dolo opponitur, vt dixi. Item quod dicitur *in l. si fideiuss. D. eod.* Fideiussorem qui sciens amisit exceptionem ideo teneri quia dolo proximi fecit. Non arguit eum teneri, si nihil prope dolum fecerit, sed significat eum maxime hoc nomine propter dolum aut latam culpam teneri, vt sit argumentum a maiore ad minus. Facilius fideiussor plecti debet ob dolum, propter grauitatem delicti, quam ob culpam, quod est peccatum leuius. Et tamen ob culpam plectitur, *l. si procurator, §. vltim. infra eod.* Multo ergo magis plecti debet, si quid doli in proximum commiserit. Et hanc sententiam esse Vlpiani eo loco declaratur *in §. 1. & §. si cont. eiusdem l. si fideiussor conuentus.* Nā illic traditur fideiussorem, qui factum ignorauit, non teneri, quia diuinare non potuit quid esset in facto, nisi a debitore admoneretur. His verbis significatur, ideo fideiussorem non plecti, quia non culpa eius est, quod non diuinarit.

Postemo magnum momentum ad contrariam sententiam confirmandam habere videtur *l. itemque, in prin. D. eod.* cum ita definitur, procuratorem nihil amplius præstare debere, quam bonam fidem. Respondeo: His verbis maxime confirmatur, procuratorem in re mandata omnem culpam suam præstare debere, & non tantum dolum. Nam iam ante dixi eum qui rem gerendam recipit, verbo gerendi intelligi spondere & fidem dare, se adhibiturum industriam & diligentiam rei gerendæ conuenientem. Nihil est magis secundum bonam fidem, quam præstare ea in contractibus bonæ fidei, quæ dixerit, *l. ex emto. in prin. D. de actio. emt.* Proinde vel hoc ipso efficitur, eum leuem culpam præstare debere. Sed hic occurritur nobis *ex l. quod Nerua. D. deposi.* vbi declaratur eum qui bonam fidem præstare debet, salua fide, nihil amplius præstare debere quā quantam in suis rebus diligētiam adhibet. Illic enim traditur depositarium non aliter facere contra bonam fidem, quam si in deposito minorem diligentiam adhibuit, quam in suis rebus solet. Respondeo: In deposito vere definitur, in mandato falsum est, quia vt ante dixi, ad depositum custodiendum fide opus est, non industria. At in mandato procurator de industria sua fidem dare intelligitur: Proinde actionem ex bona fide vt hic præstat.

*Ad L. 15. Mandatum re.*

Impp. Diocletia. & Maximianus. AA.
Precatio.

*Mandatum re integra domini morte finitur.*

SVMMARIA.

1 *Mandatum ex persona mādatarii finitur eius voluntate etiam inuito procuratore.*
2 *Finitur etiam morte eius, & an semper morte mandatoris finiatur. nu. 3. Negatur, si aliquid post mortem suam fieri mandauerit.*
4 *Ex caussa mandatarii quot modis mādatum finiatur.*
5 *I. Reuocatione tempestiua.*
6 *II. Casu & vi aliqua maiori.*
7 *III. Caussa iusta cur implere non debuerit.*
8 *Iustæ caussæ cur mandatum impleri non debeat quæ.*
9 *IV. Morte mandatarii. Quod in dubium vertitur & disputatur ibid.*
*V. Mandatū ita demum finitur, si re adhuc integra, siue vnus, siue omnes hi modi interueniant.*
10 *Res integra in mandato quando intelligatur.*
11 *In mandantis persona quando res esse desinat integra.*
12 *In mandatarii persona quando res integra desinat esse.*
13 *Mandatum morte &c. finiri, quam vim & effectum habeat in mandatoris & mandatarii persona.*
14 *An mandato exstincto nasci possit actio & quomodo.*

QVod dictum est, mandato suscepto obligationem contrahi inter mandatorem & procuratorem, tamdiu verum est, quamdiu mandatum perseuerat. Mandato autem soluto, nulla obligatio nasci potest, mandatum enim finitum iam non est mandatum, sed quasi nunquam mandatum interuenisset. Finitur autem mandatum certis modis, partim ex persona mandatoris, partim ex persona mandatarii aut procuratoris. Ex persona † mandatoris dupliciter. 1
Primo, mutata voluntate mādatoris, si is mandatum reuocet re integra, veluti si mandauerit, vt fundum emeret & vetet emi, *§. recte. Institut. mandat. l. si vero, §. penult. D. eodem.* Quando solui mandatum dicimus, dicimus etiam inuito procuratore. Sola enim voluntate mandatoris dicimus finiri mandatum. Nec obstat, quod ab emtione, venditione & ceteris similibus contractibus placet non discedi, nisi vtriusque contrahentium voluntate & consensu, *l. ab emtione. D. de pact. l. nihil tam male, de regul. iur.* Nam in ceteris contractibus id eo fit, quoniam statim consensu obligatio mutua contracta est, contractæ obligationi renuntiare non licet inuito aduersario, alioqui non esset obligatio, *l. hic, supr. de oblígat. & actio.* At in mandato is, qui mandat negotium gerendum, non obligatur ad hoc, vt in eo mandaro & in ea voluntate perseueret. Proinde non obstat illi regula iuris, quo minus ab ea voluntate discedat, cum videtur. Id intelligitur ex eo, quod mandatum totum constituitur ex commodo & vtilitate mandatoris. Licet autem vnicuique renuntiare iis,

re iis, quæ pro se introducta sunt, *l. pen. supr. de pact. l. si iud. D. de min.*

2 Deinde finitur mandatum † morte eiusdem mandatoris, *§. item si adhuc, Instit. mandat. l. inter, in princ. D. eodem.* Hoc propemodum ex superiori nascitur: Nam si mandatum finitur mutata voluntate mandatoris, consequens est & morte mãdatoris finiri, quoniam voluntas morte finitur, *leg. 4. locat.* Sed habet etiam hæc species soluendi mandati has rationes. Nam heredis mandatoris, negotium esse cœpit. Intelligitur autem mandatum ab eo reuocatum, quia non idem expedit heredi, quod defuncto, non expedit heredi negotium geri, aut non expedit per alios, aut non expedit geri per eum, cui mandatum erat. Denique etiamsi expediat heredi ita geri: tamen alia eius mens, aliud iudicium defuncti est. Sed & procurator non recte cogitur idem officium præstare heredi, quod defuncto præstitum voluit, vt ex voluntate etiam huius recte dicatur mandatum solui morte mandatoris.

3 Interdum † tamen mandatum morte mandatoris non soluitur, si mandator nominatim mandauerit aliquid post mortem suam gerendum, veluti si mandauerit sibi aliquid exstrui post morté suam, aut si mandauerit fundũ emendum heredibus suis, placet post mortem mandatoris, mãdati obligationem perseuerare, & cui mandatum est, mandato non impleto eum teneri, & eo impleto, vt restituat quod inde consecutus est, vice versa ipse mãdati actionem habeat aduersus heredes, *l. si vero, §. vlt. l. idem est. D. mand.* Quod certum argumentum est, verum esse ꝙ supra dixi, ideo morte mandatoris finiri mandatum, quia morte eius voluntas finita est. Nam vbi constat eum voluisse etiam post mortem suam aliquid fieri, perseuerat mandatum, vt in iis caussis placuit.

Sed contrarium scriptum videtur *in l. & si quis, §. si cui. D. de rel. & sumt.* Nam si testator mandauerit alicui curam funeris sui, id est, vt funus eius mortui curaret, placet hanc actionem esse de dolo aduersus eum, qui mandatum susceperat, aut etiam eum extra ordinem cogi funus curare. Vnde intelligimus mandati hic actionem non esse, nam de dolo actio aut extraordinaria exsecutio locum nõ habet, vbi mandati aut alia actio ordinaria est, *l. vlt. in prin. §. ait prætor, D. de dolo.* Et quid interest rogo, vtrum quis mandet sibi monumentum fieri post mortem suam, an vero mandet sibi funus fieri & curari post mortem suam. Respondeo: His explicatis monemur, cum mandator mandauerit, vt quid fieret post mortem suam & quæritur vtrum mortuo mandatore ad heredem non pertineat, vt ibi perseueret mandatum & mandati actio locum habeat, distinguendum esse, vt si res de qua mandatum est mortuo mandatore ad heredem pertinere incipiat, ibi mandatum solutionis ..... non minus quam si simpliciter mandatum esset, vt viuo testatore aliquid gereretur. Huius distinctionis exempla habemus in iis caussis, quę supra proposuimus. Nã monumentũ exstruere non est res & negotiũ heredis, is funus curare debet defuncto, sed funus, nihil amplius, *l. si quis, §. vlt. de rel. & sumt. fun.* Monumenti exstructio ad curam funeris nihil pertinet. Idem est cum & mãdatum est alicui vt fundum emeret heredibus mandatoris. Nam & hic fundus heredum non est, multoque minus eius fundi emtio & venditio.

In iis recte responsum est morte mandatoris non exstingui mandatum: Non enim exstinguitur propter mutatam voluntatem mandantis, quia aperte voluit rem geri, etiam eo mortuo. Sed nec mandatum finiri potest reuocatione heredum, quia res eorum non est, de qua agitur. At cum finiatur mortuo mandatore est negotium proprium heredis, vnde & aduersus hoc funeraria actio competit, deq; negotio eius gesto, vt declaratur *in l. & si quidem. §. vlt, D. de rel. & sumt. fun.* Hoc mandatum etsi testator voluit post mortem firmum manere, tamẽ id consequi non potest, quia res cœpit ad heredes pertinere, aduersus quorum voluntatem mandatum nullum esse potuit in res, ad eos pertinentes.

Ex persona † mandatarii soluitur mandatum quatuor modis. I. Reuocatione † eius, si modo tempestiue mandatũ mandatori renuntiet, vt is vel per se, vel per alios idem negotium commode explicare possit, *l. si mandauero, §. vlt. l. si quis alium, §. qui mandauerit, D. eod.* cuius iuris rationem reddidimus, *in leg. ad procuratore, sup.* II. Item † & sine renũtiatione mandati finitur mandatum solum mutata voluntate mandatarii, si cum se pararet ad renuntiandum mandatum casu & vi aliqua maiori prohibitus fuit, quo minus possit, *d. l. si mandati, in fin. D. eod.* III. Et † sine voluntate aperta mandatarii vlla, tantum pręsumta eius voluntate finitur mãdatum, si quam ibi iustam caussam habuerit, cur mandatum implere non debuit. Iustæ † caussæ hæ sunt: Si inimicitiæ capitales obortæ sunt inter ipsum & mandatorem. Item, si inanes eius actiones esse cœperint, si post susceptum mandatum desinat mandator esse soluendo, fiunt enim actiones inanes aduersus eum, a quo propter egestatem nihil consequi possumus, *l. nam in D. de dolo.* Postremo † finitur mandatum ex persona mandatarii, morte huius ipsius mandatarii, *l. est mand. l. mandati, §. 7. D. eod.* Sed videtur ius repugnare, quo minus ita mandatum finiatur. Nam mandatarius si viueret non finiretur mandatum, nisi ipse renuntiaret, *l. si mandauero, §. vlt. D. eo.* Proinde nec eo mortuo finiri debet, nisi renuntiatum sit ab herede, quia heres in idem defuncti ius succedit & in contractu eodem iure vti debet, *§. vlt. Inst. de locat. l. qui in ius. de reg. iur.* 4 5 6 7 8 9

Respondeo: Non finitur mandatum morte mandatarii propter solam mortem mandatarii, sed quia mandator mandatum reuocasse intelligitur, seu potius quod id actum ab initio est, vt in persona mandatarii exsecutio mandati consisteret, essetque hæc exsecutio personalis: Nam mandator dum mandat alicui negotium gerendum, in mandatario duas res spectat & eligit, industriam personæ & fidem: Industriam, vt possit negotium exsequi: Fidem, vt velit fideliter & diligenter, *d. l. mandati, §. 7. D. eod. c. vlt. §. 1. extr. de offi. & potestat. iud. del.* Hæ duæ res personam mandatarii non egrediuntur, quia in heredibus eius aut non eadem fides est, aut non eadem industria, aut certe non pariter probata mandatori, quæ omnia eleganter explicantur pluribus *in l. cuius. D. de act. furt.* Illic scribitur, re alicui curatori mandata, curatore mortuo negotium ad heredes eius non transire, nisi finita voluntate eius qui cõmisit, his de caussis, quia fieri potest, vt heres defuncti aut propter sexus infirmitatem, aut propter dignitatem maiorem minoremue, non possit negotium explicare. Fieri etiam potest, vt plures sint heredes mandatarii: omnibus negotium committere est perdere, secundum commune prouerbium: *Imperatorum multitudo Cariam*

*perdidit*; Vni cōmittere est iniquum, quia non debet vnus onerari potius, quam ceteri. Manifesta ergo ratio est in persona mandatarii, cur mādatario mortuo mandatum finiatur. Non obstat quod dicitur, heredem succedere in contractum & obligationem defuncti eiusq; iura. Nam hoc ita est, nisi factum, aut obligatio sit personalis, qualis est mādati exsecutio, quę facta & iura personæ cohærent, ad heredes non transeunt. *l. 1. D. de lib. leg.*

Sed siue reuocatione, siue morte vtriusque vel mandatoris vel mandatarii finiatur mandatum, in omnibus iis modis, ita placet finire, si mutatio & mors vtriusque re adhuc integra interueniat, vt hic scriptum est & plenius in *§. recte & §. seq. Instit. eod.* Res †
10 integra in mandato intelligitur, cum neque mandatoris interest, neque ex caussa mandati mandatario quicquam abest. Quod si quid contra fiat, res integra
11 esse desiit. Ergo in † mandantis persona res integra esse desinit, si quid eius interesse cœpit, quia mandatum impletum non est oportune. tunc enim actio mandati directa mandanti acquiritur *l. procurator, D. eod.* Hæc actio illi neque reuocatione, neque morte cuiusquam adimi potest. Non morte eius, quia actio personalis est rei persecutionem continens, cuius generis actiones ad heredes transeunt, *§. 1. Instit. de perpet. & tem. act.* Non reuocatio mandatarii hanc actionem illi adimet, quoniā actio & ius alicui semel quæsitum ei inuito adimi non potest. *l. vlt. D. de pact. l. habere, de euict.* Non mors mandatoris, quia actio semel aduersus eum quæsita in heredes competit si ex contractu est, & rei persecutionem continet, qualis est hæc mandati. *§. 1. Instit. de temp. & perpet.*

12 In persona † mandatarii res integra esse desinit, si quid ei abesse cœpit propter mandatum, seu si quid propter certum mandatum, & ideo in huius persona res & mandatum integra esse desinit, tribus modis. Si mandatarius mandatum impleuerit. Nam mandato impleto illi acquiritur mandati actio contraria, *leg. si vero, §. contrariæ. D. eodem.* Hanc illi quęsitam nulla res auferre potest, id est, neque mutata voluntas mandatoris, neque mandatoris mors, neque ipsius mandatarii mors, quoniam quæ mandatario actiones competunt, eædem & heredibus eius competunt. *dict. §. primo, Instit. de tempor. & perpet.* Secundo, si mandatarius mandatum quidem non perfecit, sed ita cœpit implere, vt perficere necesse habeat, nec sit ei integrum a mandatario recedere. Id accidit in fideiussore, qui mandato debitoris, pro eo fideiussit & stipulanti creditori spopondit. Hic fideiubendo & spondendo cœpit partem mandati implere. Sed mandatum non perfecit, nec hoc quoque mandatum est, vt pecuniam soluat, *l. indebitam, D. de cond. indeb.* Ergo priusquam soluerit, non impleuit mandatum, vnde ante non habet actionem mandati, *leg. si pro eo, supra hoc titul.* Sed tamen placet si fideiussor decesserit, & heres fideiussoris soluerit, sciens fideiussorem decessisse, heredē habere actionem mandati, *l. idem, D. eodem.*

Hoc prima fronte non videbatur, quomodo satis eiusdemque mandatarii morte mandatum finiri h. l. si mors mādatarii re integra interuenerit. Hic autem interuenit, cum iam res integra fideiussori esse desiit, & ob id desiit, quia fideiubendo se obstrinxit creditori, & ob hanc caussam necesse habet ei soluere propter vinculum obligationis, qua de caussa dicimus etiam fideiussorem ipsum habere mandati actionem pecunia etiam creditori soluta, quamuis soluerit volente debitore, aut soluerit debitore mortuo, quoniam & hæc reuocatio & mors mandatoris interuenit re non integra.

Tertio idem accidit, cum mandatarius ita se ad mandatum exsequendum cōparauit, vt posset mandatum omittere, & tamen sumtus aliquos fecerit, dum res suas componit ad mandati exsecutionem. Hic mandatum reuocari non potest, nisi prius illi solutum sit, quod mandati exsequendi caussa impendit, *argumento leg. si pecuniam, D. de condict. caus. dat.* Id ex eo est, qnod placet mandatarium nullum damnum ex mandato sentire debere, *l. ex mandato, D. eod.*

Quod dicitur † mandatū superioribus modis finiri, si ii modi re integra interueniant, puta reuocatio aut mors alterutrius, vel mandatoris, vel mandatarii, id in persona mandatoris hanc vim habet, vt si mandato iis modis finito aliquid eius intersit, aut aliquid absit, ideoque mandatum impletum non est: is mandati actionem non habeat, quæ actio mandato exstincto nulla esse potest. In mandatarii persona hanc vim habet, vt si mandatarius mandato ita, vt supra dictum, finito mādatum impleuit, is neq; mandati actionem contrariam habeat, neque facti, sed si domino noceat, hac ratione, quia sine mandato impleuit, vel potius contra mandatum. Hoc in persona mandatoris perpetuum est, in persona mandatarii non item, nam siue mandator mutauerit voluntatem, siue decesserit, si mandatarius id ignorans mandatum impleuit, placet eum mandati actionem habere, ne iusta ei ignorātia noceat, aut dāno is afficiatur propter mandatum, *§. adhuc, Insti. eod. l. si mandassem s. l. latet, 1. resp. D. eod.* 13

Sed hic oritur dubitatio veteribus, nam certum est superioribus modis finiri mandatum, vt docuimus. Quomodo autem † mandato exstincto potest 14
nasci mandati actio? Respōdetur *in d. §. item si adhuc*, vtilitatis caussa comparatum esse, vt hic competeret actio mandatario. His verbis significatur summo iure & vtilitate mandatum finitum esse, vt quasi mandatum adhuc exstaret, ita mādati actio daretur mandatario. Id sic interpretatur Iul. *l. ita vulneratus, circa fin. ad L. Aquil.* Hinc intelligere possumus, quid sit, quod in hac specie veteres dixerunt, vbi mandatarius finitum mandatum ignorans mandatum impleuit, mandatum finiri, non etiam mandati obligationem, vt traditur *in l. inter, & l. si præced. 59. in pr. D. eod.* Id hanc significationem habet, vere mandatum solutum est, ita vt id nō prosit amplius mandatario, sed mādati obligatio manet, nempe vtilitatis caussa, quę summo iure nulla esset, vbi nullū est mandatum.

Dixi mandatarium mandati actionē habere mandato completo, si ignorauit mandatorem reuocasse mandatum, aut mandatorem esse mortuum, quoniam eadem ignorantia mandatarii, non potest contingere si mandatum finitū sit eius reuocatione aut morte. Nā si ipse semel renūtiauit mandato, & postea mandatum impleat, ideo nō potest habere mandati actionem, quia hæc non competit nisi ob iustā ignorantiam. Hic autem non potest mandatarius facti sui ignorantiam prætendere *l. quemquam, ad Vell.* Similiter si mandatarius mortuus sit, deinde eius heredes mandatum impleant, mādati actionem habere non possunt, quoniā si ignorant mandatariū defunctum esse, heredes nō sunt, neque esse possunt, *§. item extraneus,*

*neus, Instit. de hered. qual. & diff.* Ideoque vt heredes mandatũ implere non possunt. Quod si sciant mandatarium decessisse, & ideo mandatum impleat, quia existimant se in eandem obligationem succedere, in iure errant, iuris ignorantia iusta non est, neque tolerabilis, neque ideo illis tribuere potest actionem, *l. error. l. regula, §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.*

*Ad L. 20. Si contra.*

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. Epagatho.

*Si contra licitum, litis incertum redemisti: interdictæ conuentionis tibi fidem impleri frustra petis. § Quod si gratuitum mandatum suscepisti, secundum bonam fidem sumtus recte postulas.*

SVMMARIA.

1 *Procurator ex euentu alienæ litis certam emolumenti partem paciscens, inutiliter paciscitur.*
2 *Procurator incertum litis redimere duabus de caussis dicitur.*
3 *Conuentio de lite redimenda iure introducta est.*
4 *Procurator ex euentu litis minorem dimidia partem an vtiliter paciscatur?*
5 *Ratio cur conuentiones de lite redimenda improbentur.*
6 *Vis interdictionis de non redimenda lite aliena.*
7 *Procurator litem redimens an sumtus in litem factos consequatur.*
8 *Procurator gratuitum mandatum suscipiens sumtus in lite bona fide factos repetit: secus, si salarium accepit.*

1 QVi † ad procurationem alienę litis accedit, ita vt ex euentu litis, id est, ex victoria paciscatur sibi præstari partem aliquam certam emolumenti, puta dimidiam, inutiliter paciscitur, *leg. sumtus, D. de pact.* Hæc est illa conuentio, quæ aliis locis sub aliis verbis obscurius improbatur, cum dicitur inutilem esse pactionem, cum procurator seu aduocatus ex euentu litis certam quantitatẽ paciscitur, *l. si non remunerand., §. vltim. D. eodem, l. 1. §. si cui cautum. D. de extraordin. cog.* Hæc eadem est conuentio, de qua hoc loco agitur, cum quis redimit incertum litis, vt subaudimus, emolumentum, id est, recte dicitur redimere emolumentum litis, qui ita, vt supra dicitur, paciscitur. Nam emolumentum emit pretio, & pretio facit sumtus in litem, & præbet operam liti persequendæ.

2 Dicitur † redimere incertum litis, duabus de caussis. Primum, quia paciscitur partem huius emolumenti, hac conditione, si emolumentum peruenerit ex victoria, id est, si vicerit, huius conditionis euentus incertus est. Incertum etiam ideo, quia pactio & conuentio incertam quantitatem pecuniæ continet. Refertur enim ad partem emolumenti, quod ex victoria prouẽtum est. Sed hoc emolumentum totum est incertum, proinde & partem incertam esse oportet. Exempli caussa, si pactus sit sibi pręstari dimidium emolumentum, & emolumentum erit ad ducentos aureos, dimidia pars erit centum. Quod si emolumentum erit 100. pars dimidia erit 50. Vtraque ergo ratione hæc pactio continet redemtionem incertam litis. Non obstat, quod *in dict. leg. 6. §. vltim. D. eod.* dicitur, procuratorem in hac pactione pacisci ex euentu litis certam quantitatem. Nam dimidia, tertia, quarta pars emolumenti diuersis rationibus recte dicitur certa quantitas & incerta. Certa est numero: nam certus numerus est cum dico 2. 3. 4. tertiam, quartam, quintam portionem, corpore seu corporum quantitate & magnitudine incertam. Nam quoniam ex victoria redditur, incertum est. Est igitur vt in scholis Dialectici loquuntur, hæc quantitas certa ex quantitate discreta, eadem incerta ex quantitate continua.

Hæc conuentio † iure introducta est, *l. si sumtus, D. de pact.* & aperte hoc loco. Sed *ex l. si sumtus*, dubium nascitur hoc. Nam illic traditur huiusmodi pactione non licere pacisci dimidiam partem litis. 3
Quid ergo † si procurator ex euentu litis, minorem partem sibi præstari pactus sit, veluti, tertiam, quartam, quintam, æque conuentio iure improbata est. 4
Nam *in dict. leg. 6. §. vltim. D. eod.* generaliter improbatur conuentio, qua quis ex euentu litis certam quantitatem paciscitur. Item *in dict. leg. 1. §. si cui, de extraord. cog.* generaliter improbatur conuentio, quæ litis caussa pollicetur emolumenti societatem. At is non minus admittitur in societatem emolumenti, qui partem tertiam, quartam, quintam paciscitur, quam qui paciscitur dimidiam: Ergo & æqualiter pactiones posteriores iure improbantur. Idem efficitur hac lege, vbi generaliter interdicitur conuentio, si quis incertum litis redimit, id est, incertum emolumentum, seu incertam partem emolumenti, quod ex lite, id est, ex victoria litis prouenit. Improbandi † has conuentiones hæc ratio est, quia malo more hæc conuentio & redemtio interponitur, vt est *in d. l. 1. §. si cui, de extraord. cog.* id est, quia conuentio est contra bonos mores. Placet autem omne pactum esse inutile, quod aduersatur bonis moribus, *l. pacta ergo, supr. de pact.* Ideo contra bonos mores esse dicitur, quia inuitat ad delinquendum. 5

Huius generis pactiones omnes improbantur, tanquam turpes, *leg. si vnus, §. pactus. D. de pact.* Nam procurator seu aduocatus, qui hac lege accedit ad caussam agendam, si pactio ei seruatur, spe maioris lucri quiduis faciet vt vexet aduersarium, vt si iure non potest vincere, saltem extorqueat ab eo transactionem, vt ex ea aliquid consequatur, cuius emolumenti deinde partem ferat, etiam audebit falsum fabricare, vt vincat, quod totum turpe est & hanc ob caussam merito improbatur iure ciuili. Huius interdictionis † hæc vis est, vt qui ita emolumentum litis pactus est, suspensa adhuc lite, non modo nihil petere possit ex ea conuentione, sed nec quicquam retinere, si proponas ex victoria ei pecuniam solutam fuisse. Nam quod contra leges conuenit, pro non conuento est, *l. non dubium, supr. ad leg. Iuliã.* Et hæc est certi iuris sententia, cum de pacta quantitate emolumenti agitur. 6

Quæritur † de sumtibus, quos procurator, qui isto modo litem redemit in ea lite fecerit an non saltem eos possit consequi? Et videtur consequi debere, si non mandati iudicio, at certe negotiorum gestorum: quia actione omne peti potest, quod vtiliter in rem alienam impensum est, *l. 2. de negot. gest., l. negotium, § 1 de neg. gest.* Nec conuentio incerta videtur aduersari, quia interposita est de emolumento litis, non de sumtibus, vt hic dici debere videatur, quod est *in l. placuit, D. de vsur.* illicite facta non valere, sed id non infirmari, quod licite factũ est. Item illud, quod dicitur *in l. 1. §. vlt. D. de verb. oblig.* vtile per inutile non vitiari. 7

Sed rursum videtur hæc l. repugnare in exemplo: Subiicitur enim de sumtibus, procuratorem posse repetere sumtus bona fide factos, si gratuitum mandatum non suscepit, sed pactus est partẽ emolumenti, nec sumtus in ea lite factos cõsequi debere. Et hoc verum est, quod diligenter notandum est, idque traditur *in d.l.6.§.vlt.D.eod.* Hæc enim sententia non est obscure illic scripta, eum qui superiore conuentione accessit ad talem redemtionẽ litis, non modo non posse consequi partem emolumenti, quam pactus est, sed nec actionem habere ad sumtus consequendos in ea lite factos, vt intelligamus hanc pœnam statui turpi illi redemtioni litium. Non obstat quod dixi, cum quis partem vtiliter gessit, partem inutiliter, vtile per inutile non vitiari. Hæc enim redemtionis litis pœna est, vt is qui litem redemit, nec sumtus in ea lite conseruet.

8 Quid ergo † si quis nihil tale pactus fuerit, quod supra dixi? Hic aperte scriptum est, eum posse sumtus bona fide factos repetere, quod dixi *ad l. eum, sup.* Sed hic adiicitur conditio imprimis animaduertenda, si gratuitum mandatum susceperit. Ex quo colligitur, si quis pecunia seu salario accepto sumtus in litem fecerit, eum sumtus bona fide factos, repetere non posse, *argumento legis* 1. *§. cuius. D. de offic. eius, cuius.* At hoc consequens est falsum *ex d.l.6. in fin. & l. ideoque, §. idem Labeo. D. mand.* Respondeo: Omnia hæc dicuntur & vere & consentienter, qui sumtus in lite aliena fecit, hos sumtus recte repetit, si mandatum est gratuitum. Si salarium interuenerit, non repetit. Sed hoc non semper accidit, non enim semper sumtus consequitur, quod tunc colligitur, cum salarium datum est ea lege vt de salario sumtus faciat. *d.l 6. in fin. d. l. itemque. §. idem Labeo.* propter quam conuentionem, superior conditio in hac lege adiecta est.

*Ad L. 21. In re.*

Imper. Constantinus A. Lusiano. PF. P.

*In re mãdata non pecuniæ solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit. aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*
2 *Mandatarii susceptum mandatum non fideliter implentis periculum duplex, pecuniæ vnum, alterum existimationis.*
3 *Periculum pecuniæ in quo consistat.*
4 *Periculum existimationis definitur.*
5 *Ratio huius legis duplex late examinatur.*
6 *Vocabuli, Certissimum, explicatio.*
7 *Sententia, vnumquemque esse moderatorem & arbitrum suæ rei, declaratur.*
8 *Definitio dominii ex hac lege desumta.*
9 *Mandatarius in re mandata omnem diligentiam, etiam exactam debet præstare.*
10 *Inter exactam & exactissimam diligentiam nihil interest.*
11 *In negligentia præstanda quid intersit inter commodatarium & ceteros contractus.*
12 *Negligere & declinare quid differant.*

IN hac lege, † vt mandatarius omnis velit susceptum mandatum fideliter & diligenter implere, admonetur officii sui, proposito periculo, nisi mandatum ita impleat. In † quo denũtiatur ei periculum duplex, vnum pecuniæ alterũ existimationis. Pecuniæ † periculum in eo est, quod si quod mandatum susceptum nõ implet, non tenetur in id tantũ quod suscepit mãdati caussa, sed etiam in id, quod interest auctoris, quod interdum acceptum longe excedit, *l. ad comp. infr. hoc tit. l. si proc. §. mand. D. eod.* Idque quod interest, consistit in pecunia, *§. vlt. Insti. de verb. obl. l. vlt. D. de præt. stip.* Vnde in faciendi obligationibus, cum contineatur id, quod interest, *l. si pecunia, de verb. obl. d. §. vlt. Instit. eod.* Alibi traditur in faciendi obligationibus, condemnationem & obligationem esse in pecuniam numeratam, *l. si quid. §. vlt. D. de reduct. l. stipulationes, §. Celsus, D. de verborum obligationibus.* 1 2 3

Periculum † existimationis seu famæ, est existimationis seu famæ amissio, vno verbo infamia, *l.* 1. *§. qui pro soc. D. de his qui not. inf. §. ex quibusdam. Institut. de pœn. litig.* Sed hoc ita est si quis ob dolum & perfidiam damnaretur, id est, si quis cum potest & debet implere, non impleuit. Nam aliter in contractibus damnatus, non fit infamis, id probatur *in §. suspectus, Instit. de suspect. tut.* vbi ita traditur: Suspectus remotus, siquidem ob dolum, infamis est; si ob culpam, non item. Item *in l. item §. vlt. D. de his qui not. infam.* vbi dicitur mandatorem cõtrario iudicio non agere. Ergo in iudicio directo quo agitur aduersus mandatorẽ, non agitur de perfidia, sed solum negligentia, non erit infamis, aut in quibus personis eadem caussa & ratio est, in iis idem ius statuatur, *l. illud, ad L. Aquil.* Non obstat quod simpliciter & generaliter hic scriptum est: mandatarium in re mandata propositum habere periculum existimationis. Nam & hic quoque simpliciter dicitur, propositum ei esse periculum pecuniæ, & tamen hoc sic intelligimus, si quid intersit mãdatoris. Nam vbi eius nihil interest, nulla est mandati actio directa, *l. si proc. D. mand.* 4

Quare cum dicitur ei propositum esse periculum existimationis, etiamsi nihil adiicitur, tamẽ sic accipere debemus, vt sit periculum hoc suis conditionibus, quæ quales sint, ex aliis locis iuris peti oportet. Idque ex eo euidentius apparet, quod simpliciter dicitur mandatarium incidere in periculum existimationis, neque distinguitur, an damnatus sit, an non. Et tamen scimus, neque in mandato, neque in ceteris contractibus similibus, in quibus locum habet infamia, neminem fieri infamem ipso facto sed sententia iudicis, id est, si sit mandati. & ex ciuilibus contractibus damnatus, *d. l.* 1. *D. pro soc.* Non obstat etiam extremum huius rescripti, vbi dicitur, in re mandata nihil neglectum, culpa vacuum esse. Nam vt paulo post dicemus, hæc non est ratio huius propositionis.

Atq; hæc legis ꝓpositio est, subiicitur ratio, † quæ imprimis animaduertenda est, alioqui facilius nos fallet, & necesse est vt fallat, si eam rationem pro ratione propositionis confirmare recipiamus. Subiicitur autem ratio duplex: Prior est hæc. Mãdatarius mandati damnatus infamię est obnoxius, quia vnusquisq; res suas pro arbitrio gerere potest, aliena vero negotia exacto officio geruntur. Ex hac ratione non recte colligitur ideo mandatariũ si mandati damnatus sit, infamia notari: Nam in commodato commodatarius simpliciter potest res suas ꝓ arbitrio gerere; at nego- 5

at negotium alienum in re commodata exacto officio geritur. Exactam enim diligentiam commodatarius præstare debet in re commodata, §. *item is, Insti. quibus modis re contr. oblig.* Nec tamen commodati damnatus fit infamis, id enim de certis contractibus quatuor, edicto prætoris cautum est, *leg. 1. §. qui pro socio, D. de his qui not. infam. dict. §. ex quibusdam,* inter quos non est commodatum. Idem licet dicere de debitore in re mandata custodienda. Item de creditore in re pignori data seruanda. Hi enim tametsi domini sunt suarum rerum, tamen in re mandata & pignori data exactam diligentiam præstare debent. *leg. 3. D. de per. & com. rei. l. ea igitur, D. de pign. actio.* Nemo tamen ideo colligit in iis versari periculum existimationis. Inepta ergo hæc ratio est, ad probandum in re mandata periculum existimationis versari.

Altera ratio est etiam ad eam rem ineptior & futilior. Ait enim lex: Nihil in negotiis alienis neglectum vel declinatum culpa vacuum esse. Non igitur efficitur in re mandata agi periculum famæ seu infamiæ. Nam culpa infamiam non parit, sed solum dolus & perfidia, vt ostendimus. Alioqui dicendum foret in omnibus contractibus in quibus culpa præstanda est, in his contractibus infamem fieri damnatum, quod & falsum & inauditum est. Et res ita habet: Ineptæ sunt & futiles hæ rationes, si adhibentur ad probandum id, quod in hac lege propositum est, id est, ad probandum in re mandata periculum existimationis versari. Intelligendum est igitur has rationes nō esse rationes quibus confirmetur propositio, sed quibus infirmatur id quod obiici poterat ei propositioni. Et in summa hæc excusatio tacitæ obiectionis, non confirmatio propositionis directa. Obiectio hæc statim occurret: Nō debet in re mandata mandatarius ob mandatum non impletum infamia notari, siue nondum damnatus sit, siue sit, quoniam qui mandatum nō implet, nihil amplius quam mandatum negligit. At si quis in re sua negotium suum negligit, hæc negligentia non notabitur infamia, proinde nec negligentia in rebus alienis adhibita infamia mulctari debet.

Huic obiectioni occurritur in hac lege sequentibus rationibus ad hunc modum. Recte dicitur, & iure constitutum est in re mandata, mandatarium, qui mandatum non impleuit, infamia notari. Non enim ad rem pertinet, quod si quis res suas negligit, infamia non notatur: multum enim interest, idque potest intelligi ex eo, quod vnusquisque res suas negligere potest pro arbitrio. At aliena negotia exacto officio geruntur, nec in his quicquam neglectum culpa vacuum est. Differentiæ ratio adiicitur, quod vnusquisq; moderator est & arbiter suæ rei, vt pro ea potestate, possit de re sua statuere vt velit, sine iniuria, & quamuis sæpe læditur dominus negligentia sua, tamen quia nude læditur, nec fraudari, nec frustrari videtur. Non fraudantur qui sciunt & consentiunt, *leg. nemo videtur, de regul. iur.* At res alienæ nostræ non sunt, & ideo non licet nobis pro arbitrio nostro de his statuere. Conditionem alterius meliorem facere possumus inuiti & ignorantis: deteriorem non possumus, *l. soluendo, de negot. gest.* repugnāt enim principia iuris, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

In hac lege quædam diligenter notanda sunt. Ait in re mandata pecuniæ, seu de pecunia esse certissimum iudicium mandati. Certissimum † glossa recte accepit, vt intelligamus certissimum iuris constitutione, non actionis persecutione. Est enim hic sensus: Mandati iudicium est certissimo iure constitutum de pecunia, seu de eo quod interest, aduersus mandatariū. Id constat ex iis locis, quibus hoc ius diserte traditum est, quos initio notaui. Ceterū mandati actio directa, persecutione actionis est incerta. Agitur enim id quod interest, *dict. leg. si procurator, §. mandat, D. eod.* id autem quod interest, incertum est. *l. si pœnam, de verb. obl. §. vlt. Instit. eod.* 6

Notanda præterea hæc insignis sententia. Vnumquemque † esse moderatorem & arbitrum suæ rei, sed hactenus, vt pleraque pro suo arbitrio possit gerere. Sensus est: Vnumquemque dominum posse moderari res suas vt vult, & posse statuere vt arbitratur, seu pro arbitrio. Hoc tamen non esse perpetuum, declaratur cum dicitur, dominum posse in re sua pleraque, nō omnia pro arbitrio gerere, quod eo adiicitur, quia plerisque dominis interdicitur rerum suarum alienatio, partim iure, partim natura, certis & iustis de caussis: Nempe furiosis & mente captis, non transfertur enim res, nisi domini voluntate, *§. per traditionem. Instit. de rer. diuis.* Iure & ceterarum rerū alienatio nonnunquā interdicitur, & alias certis quibusdā personis, vt interdicitur fundi dotalis alienatio marito, manumissio seruorū impuberi, rerum omnium sine tutorū auctoritate administratio minoribus, omnium rerū, quę seruādo seruari possunt, prodigis, vt patet ex his locis, *Inst. quib. ex caus. alien. licet vel non, in pr. & §. admonēdi, Instit. quibus ex caus. manum. l. 1. §. cui bon. de verb. oblig. l. Iulianus, de act. furt. l. lex quæ tutores. C. de admin. tut.* 7

Hic locus inprimis notandus est ad definitionem dominii, nam hæc nusquam ex professo traditur, vt exstat in libris nostris, & ideo sæpe quæri solet, quid sit dominium, & quibus rebus contineatur? definitio recte sumitur ex hoc loco. Nam inter se relata sunt res sua cuiusque & dominus, nam res est eius, qui dominus est, & dominus est cuius res est. De domino autem traditur, vnumquemque posse statuere de re sua, nisi iure prohibeatur. Ex quo intelligimus dominium † recte definiri, vt recte Bartolus definiuit *in d. l. quis, §. differentia, D. de acq. poss.* vt sit ius de re sua statuēdi vt velit, nisi natura vel iure prohibeatur, ad exemplum liberti, quod exstat *Instit. sub tit. de his person. in pr.* 8

Deinde ait lex: iure mandata & negotiorum alienorum administrationem exacto officio geri. Vnde intelligimus † mandatarium in re mandata omnem diligentiam & extremā præstare ad exemplum commodatarii, a quo omnem diligentiam exigi constat, & tamen nihil de eo dicitur *in §. is qui, Instit. quibus mod. re contr. oblig.* quam eum exactam diligentiam præstare debere, non dicitur officio exactissimo, sed nihilominus hoc idem valet, quoniam subiicitur nihil in re mādata neglectum, culpa vacuum esse. Item *ex leg. a procuratore, supr.* didicimus in re mandata omnem culpam præstari, ergo & eam, in qua diligentia exactissima adhibita non est. Quæ res † nos docet inter exactam & exactissimam diligentiam nihil interesse, alioqui falsum esset, quod hic scribitur, & *in leg. a procur.* Idem declaratur aperte vi verbi: nam ea demum diligentia exacta est, cui nihil deest ad diligentiam. Ea autem cui nihil deest, illa ipsa est, quam exactissimam diligentiā appellare possumus. Eodem 9 10

pertinet quod in commodato exigitur solum exacta diligentia, *in d. §. item is, Institut. quib. mod. re contr.* in quo genere cõstat inter omnes exactissimam præstari diligentiam debere.

Quæret ergo hic aliquis, quod permissum *in leg.*
11 *a procur. supr. hic*, commode dicetur. Vtrum † in negligentia præstanda in re mandata & commodata nihil intersit inter commodatarium, cuius solum vtilitas versatur in commodato, & inter ceteros contractus, in quibus & debitoris & creditoris vtilitas versatur? Nam si dicimus nihil interesse absurdum respondere videmur.

Respondeo, hanc solum esse differentiam inter commodatarium & ceteros debitores, quæ significatur *in l. 5. §. custod. D. commod.* vt si mandatarius exorto aliquo incendio aut periculo fortuito, deducatur in necessitatem, vt non possit seruare aut res suas aut mandatoris, vt sæpissime euenit, non teneatur, si suas res prætulerit alienis: in commodato contra exigitur a commodatario, vt si res in eam angustiam venerit, is perseueret cõmodatas res cum suis retinere, vt dicitur *in §. custodiam.* Euoluatur totum ius ciuile, non alia differentia in iis contractibus, in quibus vtriusque vtilitas versatur, & in iis, quibus sola vtilitas creditoris versatur, reperietur.

Postremo ait lex: In re mandata nihil neglectum
12 & declinatum culpa vacuum est. Inter † neglectum & declinatum hoc interest. Negligimus tam ea, quæ non attingimus omnino, quam ea quæ attingimus, dum ea negligenter tractamus, & consueta in rebus nostris negligentia. Declinamus solum ea quæ non attingimus: Nam declinate est effugere, ne quid geramus. Præterea negligi quid potest non solum dolo, sed etiam culpa, vnde etiam desidium & negligentia dicitur culpa leuis, quæ in non faciendo est, *§. vltim. Instit. de Soc.* At nihil declinamus scientes, prudentes, nisi consulto.

*Ad L. penult. Per diuersas.*

Imper. Anastasius A. Eustachio præfecto prætorio.

*Per diuersas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones alüs competentium actionum in semet exponi properare: hocque modo diuersis personas litigatorum vexationibus afficere: cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus in posterum huiusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, vt si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, vsque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, & vsurarum eius actiones exercere permittatur: licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contingit: & his quascunque vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarũ munimine ac tuitione accepit: nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliæ relictæ sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente, redemtor (sicut superius declaratum est) magis exsistit, qui alienas pecuniis præstitis subiit actiones. Si autem per donationẽ cessio facta est: sciant omnes huiusmodi legi locum nõ esse, sed antiqua iura esse seruãda: ut cessiones non tam pro exceptis & specialiter enumeratis, quam aliis caussis factæ seu faciendæ secundum actionum, quæcunque cessæ sunt vel fuerint tenorem, sine quadam imminutione obtineant.*

SVMMARIA.

1 *Inhibitio cessionis actionum & eius modus.*
2 *Ratio inhibitionis.*
3 *Cessio actionũ an valeat, vt is cui actiones cessæ sunt, possit actionem aduersus debitorẽ exercere? distinguitur & declaratur.*
4 *Cessio donationis caussa facta valet sine exceptione.*
5 *Debitore negante actionẽ donationis caussa factam esse, actor idipsum probare tenetur, & quomodo?*
6 *Debitor cessionẽ actionum donationis caussa factam infirmare volens, probare debet, pro cessione aliquid datum esse.*
7 *Cessio pretio accepto facta quatenus valeat.*
8 *Cessio vt valeat, duo requiruntur.*
9 *Cessionarius aduersus debitorem si agat, vel cessis actionibus vel vtilibus, remouetur, nisi intendat & probet, se pro ea cessione pecuniam re ipsa soluisse. Et quomodo id probetur, ibidem.*
10 *Confessio cedentis de pecunia sibi soluta inutilis est & nihil probat.*
11 *Obiectiones, circa materiam actionum venditarum, in quantum valeant, diluuntur.*
12 *Species quatuor in quibus cessio ob pretium facta valet.*
13 *Prima est, cum cessio fit actionum hereditariarũ inter plures heredes.*
14 *Secunda est, cum creditor cessionem accipit prö debito.*
15 *Tertia est, cum possessor rerum alienarum pro tutione & munimine rerum possessarum, cessionem actionum ab aliquo accipit.*
16 *Quarta est, cum fit cessio inter plures legatarios, quibus debitum, aut res aliæ legatæ sunt.*
17 *Adduntur aliæ species similes in quibus cessio valet. & nu. 19. 20. 21.*
18 *Interpretatio Acursiana verborum, tali ratione intercedente, reprehenditur.*
22 *Tria cessionum genera, in quibus cessio valet.*
23 *Species vna, in qua cessio hac lege improbatur, & quænam illa sit.*

HÆc lex † inhibet cessionem & translationem actionum, non omnem, sed vnam speciem duntaxat, neque omne in totum, sed vsque ad certum tantum modum. Inhibet, quia ante hanc constitutionem sine exceptione cessio valuit, alioqui superuacanea esset hæc constitutio. Vt ceteræ res nostræ omnes voluntate nostra in alium transferri possunt, si modo translationem & traditionem recipiunt, *§. per traditionem, Instit. de rer. diuis.* Ita placuit actiones transferri posse, quæ sunt in bonis nostris, *l. bonorum, de verb. signifi.* Sed hæ ad suum modum transferuntur, ita vt cui cessæ sunt, is actionem exerceat, ex cedentis persona, & non mandatis actionibus, habet etiam vtiles ex sua persona, vt docui *ad leg. 1. supr. h.* Hæc potestas temperatur, vt dixi in hac lege, qua ad aliquem modum cessio actionum inhibetur. Inhibendi † ratio hæc fuit quæ declaratur *in prin. & §. 1.* quia sæpe periculnm est, ne is qui actionẽ cedit, non tam cedat alteri, vt in eum transferat, quam vt vexet debitorẽ, opposito ei litigatore contentioso, sic vt nihilo- 2

vt nihilominus commodum litis ad cedentem redeat, & alter ea lege suscipiat persecutionem actionis, vt veniat in partem & societatem emolumenti, atq; ita redemtor litis fiat. Sic & vexatio debitoris & redemtio litis, quæ in cessione actionum metuuntur, inhibitioni huius legis caussam dederunt.

Lex sub hoc titulo inserta est recte, quia est de mandato: nam cedere actionem, & mandare idem sunt, vt dixi *ad l. 1. s. h.* Quoniam autem non semper illa redemtio litis interuenit, quæ huic inhibitioni caussam præbuit, ideo non in totum prohibentur cessiones actionum, neq; omnes, sed adhibita ea distinctione, in qua hæc constitutio continetur. Est au-
3 tem hæc distinctio, cum † quæritur, an cessio actionis valeat, vt is, cui actio cessa est, possit actionem suo iure aduersus debitorem exercere, videndum est; vtrum cessa sit gratis & ex donationis caussa, an vero pretio accepto pro cessione. Sed donationis caussa in totum valet cessio sine exceptione, *vers. vlt. h. l.* si pretio accepto, valet quoq; hæc cessio, sed vsq; ad quantitatē pecuniarū pro cessione solutarum & vsurarum eius. Vltra a. eam quātitatem cessio est inutilis, id est, pro eo quod reliquum est actio aduersus debitorem exerceri non potest, preterquā in quatuor speciebus, quæ nominatim excipiuntur, & in similib. *hoc in §. h. l.*
4 Has partes distinctionis expédemus. Ergo † cessio valet sine exceptione, si donationis caussa factum sit, vt creditor diceret se actionem donare ei cui dedit. Hoc ideo, quia cessat caussa, ꝓpter quā inhibetur h. l. cessio, inhibetur propter periculū & metum hunc, ne is, cui ceditur, redimat actionē debitoris vexādi caussa. Cessat hic metus in donatione, in qua nullū est vestigiū redemtionis: nam is redimit, qui aliquo pretio dato venit in partē emolumēti: in donatione autem is, qui actionē accipit, nihil dat, proinde actionem nō
5 redimit. Quid † si debitor dicat actionē donationis caussa cessam non esse? Respondeo: Actor ꝓbare debebit donationis caussa factū, ꝙ faciet vel instrumēto cessionis vel testimonio cedentis, qui ꝓductus in iudicio, dicet se actionem donasse & etiā nunc donare. Nā donationes inter viuos volūtate donantis perficiuntur, cum is voluntatē suam aut scripto aut sine
6 scripto declarauerit, *§. alia. Inst. de donat.* Si † debitor eam rem infirmare volet, necesse habebit ꝓbare pro cessione aliquid datum esse, & simulatā esse donationem. Quo probato solū valebit cessio vsq; ad quantitatem pecuniæ datæ, in reliquum nec cessio valebit, & debitor in totum id reliquum liberatur, *§. vlt. h.*
7 Quod si † pro cessione pecunia cedenti data sit, hic valet cessio, sed vsq; ad quantitatem pecuniæ so-
8 lutæ & vsurarum eius pecuniæ. Ita ergo † duo exigi videntur vt cessio valeat. I. Vt cedatur actio ex caussa & titulo donationis Nam cum pro re aliqua pecunia datur, emtio est, *l. naturalis. vers. & siquidem ff. de præs. verb.* & præterea *in §. 1. h. l.* nominatim venditionis mentio fit. Quid ergo si pro cessione actionis non pecunia sed alia res data sit, vt sit non venditio, sed permutatio, vel aliud genus contractus vel commercii, an nihilominus cessio eo modo consisteret? Respondeo: Consistet, & quod de venditione hic dicitur, exempli caussa dicitur, vel potius quod de venditione dicitur, ad omnes contractus, quibus res alienatur, pertinet, vt emtionis verba lege duodecim tabularum omnem alienationem complexa sunt, vt est *in l. statu liberi. §. 1. ff. de stat. lib.*

Exigitur præterea, vt non tantum dicatur actio cessa esse pro pretio, seu titulo venditionis, sed vt re ipsa soluta sit quantitas, de qua conuenit. Id significatur satis his verbis, cum dicitur, valere cessionem vsq; ad quantitatem non promissarū sed solutarum pecuniarum, solutas ergo pecunias oportet. Sed hoc apertius exprimitur *in l. vlt. §. 1. j.* vbi diserte traditur, eum cui actio cessa est, pecunia data, nihil amplius accipere, quam quod vero contractu re ipsa persoluit. Hinc intelligimus, † eum, cui cessæ sunt actiones aduersus 9
debitorem, si agat vel cessis actionibus vel vtilibus, remoueri posse, nisi intendat se pro ea cessione pecuniam re ipsa soluisse, quod si intendat, & de eo sit controuersia, ipse probare debet iuxta reg. iur. *l. 2. de prob.* Ad hanc probationem vtetur testibus extraneis, qui dicant se interuenisse, cum is pecuniam pro cessione solueret cedenti, *l. testium. j. de testib.* Ad † eam 10
autem rem inutilis erit confessio cedentis, si productus testis vltro fateatur sibi pecuniam fuisse solutā, duabus de caussis. I. Quia id fateri potest, in fraudem huius legis, quod cum metuitur, testimonium non admittitur, *l. qui testim. ff. de probat.* Deinde, quia cedens id fatetur in caussa sua, & pro suo commodo: nullus in re sua idoneus testis est, *l. nullus. de testib. l. omnibus. j. de testib.* Sane si inter cedentem & eum, cui actio cessa est, sit controuersia, an pretiū cedenti solutū sit, sola cedentis confessio fidē faciet, quia tunc confitetur non pro se, sed aduersus se, ergo hæc eius confessio controuersiā dirimit, *l. vlt. j. quib. ad lit. proc.*

Ceterum vltra quantitatem pecuniarum solutarum & vsurarum eius, placet inutilem esse cessionem. Hic † quædam obiiciuntur, quæ diluenda sunt. 11
I. Opponitur *l. emtor. l. postquam. s. de her. & act. vend.* Itemque *l. 1. ff. hoc tit.* sed præcipue loci suprascripti, in quibus declaratur, si actio vendita sit, venditionem esse vtilem, vtpote ex quo vtiles actiones vt minimū in emtorem transferuntur. Hic locus & hæc obiectio perplexos habet veteres interpretes. Eorum solutio hæc est. Si venditio vera non simulata est, in totum valet cessio nisi vsq; ad quantitatem solutam. De hac venditione agitur in hac lege. Hinc quæstio subdifficilis, & quam adhuc non potuerunt explicare, Quibus ex rebus præsumatur? Et inter ceteras notas ad diluendam hanc obiectionem dicunt, hanc esse, si actio emta sit exiguo pretio, vnde incidunt in hunc scopulū, vt cogantur explicare quid sit exiguū pretiū, de quo inter eos nō conuenit. Vtraq; pars falsa est, & ab iis locis de quibus agitur alienissima. Nam in titulo de hered vel act. vend. emtio valet, non distinguitur an sit vera, an vero dubitetur, an sit simulata. Cōtra in hac lege aperte cauetur, omnem cessionem, pro qua quid solutum est, non valere, vltra quam solutum est, siue sit exiguum pretium, siue non sit.

Dicendum est, nihil esse verius quam hoc veteri iure, quod ante hanc constitutionem voluit omnem cessionē actionis valuisse, & maxime si actio esset nuda, remota omni quæstione, quanti emta esset. Id apparet ex hac lege. Cū enim in hac lege inhibetur, superuacua erit constitutio, si etiā lege veteri inhibeatur. Sed apparet ius vetus hac cōstitutione in hac parte emendatū esse ꝙ non esset emendatum si aliquando superior distinctio obtinuisset. Neq; tamē illi aduersantur. Nam obseruandum est *in l. emtor. l. postquā. & l. ex nominis.* non dici, venditionē actionis omnem valere in totum, sed quo casu venditio valet indicatur illis locis, quod ex ea venditione in emtionem transferatur, & dicitur transferri venditas actiones,

quas emtor ex persona venditoris exercere velit. Non venditis autem actionibus statim transferri vtiles, quas emtor exerceat suo nomine. Relinquitur ergo illis locis quæstio, an venditio valeat, & in quantum valeat, de qua sic respondebimus: Olim in totum valuisse, post hanc autem constitutionem valere duntaxat vsque ad quantitatem solutam. Ex hac solutione liberamur multis quæstionibus frustra & imperite in hunc locum inuolutis, vt non quæratur quid sit exiguum pretium, quid non sit, cum aperte dicatur hic solum spectandum esse quid solutum sit, vltra autem id quod solutum est nullam valere emtionem, etiamsi iustum pretium in aliis rebus proponas.

Secundo loco huic constitutioni opponitur æquitas recepta in emtione & venditione. Nam recte placuit veteribus in emtione & venditione licere venditori, id quod minoris est pluris vendere, & contra emtori licere id quod pluris est, minoris emere, vel quia aliter ei non expediat, aut quia aliter emere noluit, *l. item si pretium. §. vlt. ff. locat.* Id cum in aliis rebus æquum est, tum vero in venditione actionum æquissimum est, vt actio, quæ ad magnam quantitatem est, tamen exiguo pretio ematur, idque partim propter inopiam debitoris, partim propter iudiciorum incertitudinem, partim etiam propter molestiam & impensam iudiciorum. Nam fieri potest, vt debitor, aduersus quem ceditur actio, non sit soluendo: fieri potest, vt sit soluendo, sed litigare velit: potest absolui iniuria iudicis, sed etsi condemnetur, tamen magnæ molestiæ in persequenda lite faciendæ sunt, vt in hac cessione inprimis exiguitas pretii tolerari debuerit.

Respondeo: Hæc vere dicerentur, si inhiberetur cessio actionis nudæ propter exiguitatem pretii. Nunc autem propter hanc exiguitatem non inhibetur, sed quia interdicitur redemtio litium, quæ redemtio metuitur, vbi non tantum soluitur, quantum actio continet. Ex quo & perspicue refellitur error superior vulgaris, cum propter exiguitatem pretii dicût inhiberi eiusmodi cessiones. Nam exiguitate illa admissa necessario constitutio incurrit in eam responsionem, quam dixi, cum in hac venditione exiguitas pretii multis & iustis de caussis tolerari debeat.

Postremo inhibitioni superiori videtur repugnare extremum huius rescripti, vbi dictum est, cessiones actionum iam factas, & deinceps faciendas, placere valere in casibus ante exceptis, nec non & in aliis. Ergo in hoc casu cessio valebit, quod prius constitutio negauerat, atque ita constitutio seipsam euertet. Respondeo: Quod dicitur in extremo, cessiones valere & in exceptis ante casibus, & in aliis, sic intelligendum est ex præcedentibus & in aliis casibus similibus. Nam constitutio vult intelligi cessiones actionum valere, non tantum in casibus, quos simpliciter excepit, de quibus mox; sed & in aliis similibus, vt deinde dicetur. Sed ita inhibetur cessio, vltra quantitatem pecuniarum solutarum, & vsurarum eius, vt hic quædam species excipiantur, quę comprehensæ sunt, *h. l. & in §. 1.*

12 Excipiuntur † autem nominatim species quatuor, in quibus cessio facta ob pretium in totum valet, & præterea iis quatuor speciebus alię omnes similes, ob hanc caussam, quod & quæ hic enarrantur quatuor, & quæ iis sunt similes habent antecedentem caussam necessariam, quæ necessitas contractum & cessionem, omni suspitione simulationis & redemtionis liberat. Species enarratæ hæ sunt. I. est, † cum 13 cessio fit actionum hereditariarum inter plures heredes. Exempli caussa: Defuncto debebantur ex caussa mutui a Titio 300. Defunctus decessit tribus heredibus relictis ex æquissimis portionibus. Inter hos iure diuisa est superior actio pro portionibus hereditariis, ita vt singuli actionem habeant aduersus debitorem in 100. *l. 2. infr. de her. act.* Duo ex heredibus suas portiones cesserunt tertio heredi, modica pecunia accepta & infra 100. aureos, nihilominus cessio in totum valebit. Hoc ideo, quia cessio necessaria est: nam si singuli heredes volunt partes suas separatim persequi, & iudicio agere, hæc persecutio multa & magna habet incommoda, proinde necessitate rei familiaris suadente coguntur omnes, vni actiones cedere, & eum periculum in rem suam facere, quod nihil aliud est, quam mandare & cedere actionem, *l. 2. & 3. ff. fam. herc.*

II. Species est, † cum creditor cessionem accipit 14 pro debito, nempe in solutum, & in speciem l. vlt. Exempli caussa: Creditori debentur tantum 50, debitor cum non haberet quod solueret creditori, cessit illi actionem, quam aduersus debitorem suum habebat in 60. cessio nihilominus in totum valebit, non autem vsque ad 50. tantum quæ creditori debebantur, & quæ ille dedisse intelligitur, dum debitori suo remisit. Hoc quoque ideo, quia hæc cessio & acceptio necessariam caussam habet: nam debitor cogitur, aut quod debet, aut aliud pro alio soluere volente creditore. Cum ergo non habuit pecuniam, quam solueret, necesse habuit actionem cedere, quam non potuit cedere creditori, nisi ipsius conditionibus, cum ipse accipere antea non cogeretur. Sed creditor cogitur eam iis conditionibus accipere, si vtilitatem rei spectamus: consultum est enim ei, potius pro debito aliquid accipere, quam nihil, etsi forte debitum non idoneum cedatur.

III. Species est, † cum is qui res alienas possidet 15 pro tuitione & munitione rerum possessarum, cessionem actionum ab aliquo accipit. Exemplum hoc est: Qui bona fide fundum emit, is publicam actionem habet, qua rem emtam vindicet a quouis possessore extraneo, *§. sed ista. Inst. de act.* Hic ergo bona fide emtor fundum emtum ab extraneo possessore vindicabat publica actione, & cum de iure suo in dubium veniret, tandem placuit vt res inter eum & possessorem transigeretur hac lege, vt actor aliquid acciperet, & vicissim cederet possessori iussionem fundi emti, & simul possessori actionem suam cederet, qua possessor aduersus alios vteretur. Dicimus hanc cessionem in totum valere, & si pro cessione nimium solutum sit transactionis caussa, quia possessor accipit pro tuitione rerum a se possessarum, id est, quia cessio possessori necessaria est, si velit possessam rem possessor sibi teneri. Aliud exemplum: Verus dominus qui fundum suum creditori pignori obligauerat, eum fundum vindicabat a possessore extraneo. Is possessor cum intelligeret, se necesse habere rem domino restituere, redemit actionem a creditore, tam personalem, quam hypothecariam, qua vtatur aduersus dominum vindicantem. Valebit hæc cessio quantocunque pretio hanc cessionem redemerit, quia pro tuitione rei a se possessæ cessionem accepit, id est, necessariam, vt dixi, vt rem a se possessam sibi tueretur.

IV. Spe-

16 IV. Species est, † cum fit cessio inter plures legatarios, quibus debitum seu actiones aut res aliæ legatæ sunt: debitum & actiones hic pro eodem sumuntur, non est enim debitum, nisi quod actione exigi potest, *l. debitor. de verb. sig.* Nec est actio, nisi de eo, quod debetur, vt est definitio actionis, *Instit. de act. in pr.* Huc facit *l. qui chirograph. de legat. 3.* In cessione harum actionum seu huius debiti inter legatarios, tota cessio valet. Exemplum idem quo vsi sumus inter plures coheredes. Defuncto debebantur centum, hæc legauit tribus legatariis Duo portiones suas cesserunt tertio legatario minima sorte accepta: placet nihilominus cessionem valere, eadem ratione quam in pluribus coheredibus reddidimus: quia si singuli coguntur particulatim persequi, plurima habet incommoda, *d. l. 5. ff. fam. her.* Coguntur ergo necessitate rei familiaris, vt sibi consulant, vni totam actionem cedere.

Quod de rebus legatis hic scriptum est, recte vulgo accipitur de rebus heredis, quæ legatæ sunt. Propone hoc modo: Testator fundum, qui heredis erat, tribus legauit, his legatariis acquiritur actio in personam ex legato aduersus heredem, *§. heres quoque. Inst. de obl. quæ ex cont.* Quare actio dicitur iuris auctoribus actio ex testamento, *l. alias. ff. de in lit. iur.* Acquiritur autem hæc actio singulis pro virili portione, vt quot sint personæ, tot sint partes, *l. vn. §. vbi aut. ff. de cad. toll.* Si ex iis duo, vni partes suas, vel vnus aliis cesserit partem suam, cessio in totum valebit, siue gratis cessa sit, siue pretio accepto. Hoc ideo, quia itidem facere non habuit, vt expressum est.

17 Etsi hæ † tantum species quatuor numerantur, hic nominatim tamen intelligi debet, idem statuendum esse in omnibus aliis non enumeratis, quæ erunt similes, id est, quæcunque antiquiorum & priorum cessionum caussam habuerint necessariam, & quæ voluntariæ erunt, vt alias traditur de alienationibus *in l. alienationes. ff. fam. her.* Hoc ita esse intelligitur ex hac lege, duobus in locis sub finem, primo ex illis verbis, cum ait lex: Nulla etenim tali ratione intercedente magis est, vt qui actionem accipit redemtor intelligatur. Hinc colligitur: Ergo redemtor non est, si aliqua species interuenerit, quæ sit talis: non dicitur, quæ sit eadem, sed tantum, quæ sit talis id est, similis. Vnde † recte a Bartolo & ceteris reprehenditur Accursius in interpretatione horum verborum, qui hæc verba, tali ratione interueniente, sic accipit, nullis caussis interuenientibus ex iis, quæ supra enarratæ sunt. Non dicit, constat suprascriptas caussas, sed caussas suprascriptis similes: Ergo in similibus idem iuris est, ex his verbis.

18

Sed hoc euidentius patet ex extremo huius legis, vbi cautum est, omnes cessiones, tam factas, quam postea faciendas, obtinere non solum in simpliciter exceptis & enarratis antea caussis, sed etiam in aliis. Alias debemus hic interpretari alias similes, vt in iis cessiones omnes obtineant in totum. Nam aut hoc verbo intelligimus alias omnes, aut alias tantum similes, nihil tertium est. At alias omnes interpretari non possumus, alioqui constitutio aperte repugnabit: nam diceremus omnes cessiones ex his verbis valere, cum tamen prius lex quasdam interdixerat. Relinquitur ergo, vt alias accipiamus similes.

Sunt autem similes, in quibus necessaria est cessio, non voluntaria, cuius generis sunt similes hæ, si

19 creditor † fideiussori soluenti cesserit actionem aduersus debitorem suum. Hæc cessio valebit, etsi minima summa a fideiussore accepta, contentus sit, quoniam hæ actiones fideiussori cedere coguntur, *l. fi. §. 1. de fid. l. cum quis. ff. de fidei.* Eiusdem † generis est, 20 cum creditor possessori, a quo pignus vindicabat, actiones suas cessit aduersus debitorem suum, cum ab ipso possessore pecuniam accepisset, de qua specie est *in l. mulier. ff. qui pot. in pignor.* Item † cum plures 21 socii societate omnium bonorum contracta, actiones suas alii aliis inuicem cedunt, valet hæc cessio in totum, quia accedit caussa societatis, quæ illos cogit actiones inter se cedere, *l. 2. 3. ff. pro soc.* Ex iis † si summatim & breuiter rem complecti volumus, recte ita 22 dicemus, tria esse genera cessionum, in quibus cessio valet. I. Cum ceditur actio ex caussa donationis. Hic in totum valet cessio. II. Cum ceditur actio, pretio accepto, sed ex caussa necessaria, vtilitate rei familiaris ita cogente. III. Cum ceditur actio, pretio accepto, & cessio voluntaria est. Nam hanc quoque placet valere, vsque ad quantitatem solutam & vsuram eius. Contra † vna tantum species est, in qua 23 cessio improbatur hac lege. Ea est, cum actio ceditur pretio, & cessio voluntaria est, nec tantum præstatur, quantum est in actione cessa, nam vltra id, quod solutum est, placet cessionem non valere.

## AD TITVLVM XXXVI. COD.
### Si seruus extero se emi mandauerit.

Impp Dioclet. & Maximian. Augusti & CC. Dionysiæ.

*Si seruus extero se mandauerit emendum: quamuis nec ex persona serui (quia hoc liber mandare non potest) nec ex domini persona (quoniam qui mandat, vt a se res comparetur, inutiliter mandat) consistere credebatur actio: tamen optima ratione, quia non id agitur, vt ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu nascatur actio: domino quæri placuit obligationẽ. Si itaq. domino ignorante emi te mandasti, ac te nummos subministrante peculiares soluti sunt: emtori minime liberatio per huiusmodi factum potuit peruenire. Nec tamen si tradita, nec manumissa es: etiam mandati de ancilla, & emti de pretio consequendo contrarias actiones ei exercere concedi placuit. Sane in illius arbitrio relictum est, vtrumne mancipium, an pretium consequi velit: cum ex peculio, quod eius fuit, solutio celebrata obligationis vinculo emtorem liberare non potuerit.*

SVMMARIA.

1 *An ex mandato serui extero facto nascatur actio, & an ea domino serui acquiratur.*
2 *Dictionis Ex significatio.*
3 *Dominus cum habeat aduersus exterum emtorem actionem ex vendito, an etiam tunc habeat, cum emtor soluit ei nummos peculiariter a seruo acceptos.*
4 *Vtrum dominus & mandati actione & actione ex vendito aduersus exterum emtorem experiri possit, an vna tantum. & nu. 6.*
5 *Actiones plures vbi competunt, vna tantum experiri possumus.*
7 *Actio-emtio quid significet.*
8 *Domino serui an datur electio vtra velit actione experiundi.*

QVÆSTIO hæc proponitur: Seruus mandauit extero, id est, alii q̃ domino suo, vt se emeret, extero-

rus recepit se emturum. Hic quatuor quæsita sunt; quæ ordine deciduntur hac lege. I. Quæstio est, † an hoc mandatum valeat, & an ex eo nascatur vlla actio, quæ domino serui acquiratur? Respondent Imperatores in principio: Emtione non secuta, nullum mandatum, nullam obligationem esse: emtione autem secuta obligationem contrahi, eamque domino serui acquiri. Primum ergo placet, emtione non secuta, seu modo non completo, nullum mandatum esse, ideoque nec exterum vlla actione domino serui teneri. Idem *in l. cum seruus 54. ff. h. tit.* Sed hic refragari videntur regulæ iuris, quæ sunt de contractibus seruorum. Nam serui & stipulari & quiduis contrahere possunt, vt contractus valeat ex persona dominorum, vnde & dominis actio acquiratur, non minus, quam si ipsi contraxissent, *Instit. de stip. seru. in pr. Instit. per quas person. nob. obl. acquir. §. item vobis. l. acquiritur. de acquir. rer. dom.* Proinde merito requirebatur huius sententiæ ratio, quæ a superiore iure recedere videbatur, & hic redditur ratio initio, sic autem probatur.

Hic mandatum nullum est; nulla etiam obligatio ab initio: nam si mandatum valet, necesse est valeat, aut ex persona serui, aut ex persona domini. Neutrum horũ. Non ergo valet mandatũ. Non potest valere ex persona serui, quia inquiunt Imperatores nec homo liber ita mandare posset. Optimum argumentum. Nam constat iure ciuili meliori conditione esse liberos, quam seruos: nam liberi sunt inter ciues, §. *vlt. Instit. de libert.* serui iure ciuili pro nullis habentur, *l. quod attinet. de reg. iur.* Itaque absurdum est, seruos meliori conditione esse quam liberos, *l. pen. quib. ad lib. proclam.* At liber homo se emendum alteri mandare non potest, proinde recte colligitur, nec seruum mandare posse alteri se emendum. Sed cur liber homo non potest mandare alteri se emendum, cum liberi hominis venditio subsistat, si is emit, qui liberum esse ignorauit, *l. & liberi. de contrahend. emt.* Respondeo: Liberi hominis emtio consistere potest, si ab alio venditur quam a se, & venditur ignoranti: ceterum si ipse se vendat, emtio non consistit, siue se vendat ignoranti, siue scienti, quoniam in emtione distincta hæc esse oportet, venditorem, & rem quæ venditur; neque idem potest esse venditor & res vendita, *l. 1. de rer. perm.* At cum liber se mandat emendum, necesse est vt ipse se vendat, si volumus mandatum consistere. Ita futurum est, vt idem sit venditor & res quæ venditur. Hoc natura non patitur. Quare nec seruus eadem ratione se potest mandare emendum, vt mandatum ex persona eius consistat.

Sed nec ex persona domini mandatum potest consistere, quia, inquiunt Imperatores, si liber homo ita mandet extero: mando tibi vt seruum meum illum emas: inutile est mandatum. Sed cur inutile? Non vtiq; quia hic venditor idem futurus sit, & emtor, vt Accursius scribit, quod falsum est. Nam cum seruus ex hoc mandato se vendat extero, incipit dominus eius esse venditor actione ei per seruum quæsita: potest autem emtio inter dominum & exterum consistere, cum vnus sit venditor & alter emtor. Sed ideo inutile hoc mandatum est ex persona domini, quia non est actio mandati, nisi mandantis intersit, *l. si proc. ff. mandat.* Hic autem domini nihil interest seruum emi seu mandatum impleri, quoniam mandatum & mandati actio in hac specie non alio spectat, quam vt dominus seruum a mandatario emtum consequatur iudic. mandati, *l. si procur. §. vlt. ff. mand.* At hunc postea seruum consequi domini nihil interest, cum iam habet. Merito ergo hoc placuit, mandatum, cum seruus se extero mandat emendum, nullum esse ab initio.

Sed hoc ita est, vt dixi, ab initio, & emtione non secuta, quia si exterus mandatum secutus seruum emerit, ab ipso seruo placet actionem nasci, eamque domino acquiri, vt hoc loco scriptum est. Actionem hic & obligationem intelligere debemus duplicem, nempe & mandati, ad consequendum seruum, & ex venditione, ad consequendum pretium ab emtore, vt declaratur *in vers. pen. & vlt. h. l.* Sed oritur hic dubitatio ex eo, quod prius dixi. Nam si ab initio nullum mandatum fuit, quomodo ex post facto nasci potuit? Respondent Imperatores: Optima ratione id placuisse, quia in hoc mandato non id agitur, vt actio nascatur ex mandato solo, sed id agitur vt actio nascatur propter mandatum ex alio contractu, veluti ex emtione & venditione, vbi seruus ab extero emtus erit. Ex † alio contractu hic interpretari debemus, post alium contractum, nempe post emtionem contractam, vt cum dicimus, *ex quo*, pro *postquam*, vel *post tempus*; *ex illo*, pro *post illud tempus*, vt apud Virgilium *secundo Æneid. Impius ex quo, &c.* & paulo post: *Ex illo fluere & retro sublapsa referri spes Danaum.* *Ex illo* pro *post illud tempus.* Sic autem interpretari debemus ex contractu, vt post emtionem contractam a seruo mandati actio nascatur. Et declaratur *in vers. Sed & postea.* Certi autem iuris est, mandatum non nasci ex alio contractu, sed solum ex mandato, *l. ex mandato. §. 1. mandat.* Quare necesse est sententiam huius loci hanc esse, post alium contractum, nempe post emtionem, quæ propter mandatum interposita est, nasci obligationem, non ex emtione tantum, sed etiam ex mandato. 2

Sed amplius quæro: *Cur magis post hunc contractum obligatio nascitur, quam ante?* Respond. id, quod non est obscurum, quia vbi seruus ab extero emtus est, incipit domini interesse, vt & mandati agat & ex venditione. Agat mandati, quo seruum consequatur, qui per emtionem ei abesse cœpit: Et agat ex venditione, quo scilicet pretium serui consequatur, quod potius habere domini interest. Ex hac parte intelligi potest, cur proposita sit quæstio de eo seruo, qui mandat extero se emendum. Cur potius de eo quæritur seruo, qui mandat extero, quam qui mandat idem domino suo? Quia neque ex hac caussa, neque ex aliis omnibus inter dominum & seruum obligatio nasci potest, §. *si qui, Instit. de oblig. quæ ex del. §. si seruus. de noxal. action.* In hac quidem specie propria ratione nasci obligatio non potest inter seruum & dominum, si seruus mandat domino suo vt se emat. Quia emtio natura præcedere non potest: non enim potest dominus seruum suum seu rem suam emere; *l. suæ. de contrah. emt.*

Sed & si de re aliena emenda mandatum esset, tamen nihilominus obligatio non contraheretur inter dominum & seruum. Finge seruum habere rem aliam, & mandare domino suo, vt eam rem emat, & si dominus mandatum secutus erat, tamen nihil agitur, quoniam, vt dixi, non potest nasci obligatio inter dominum & seruum: nam seruo aduersus dominum actio competere non potest, quoniam si quam actionem ille habet, ea statim domino acquiritur, §. *item vobis, Instit. per quas person. & toto tit. per quas person. nobis ob-*

*bis oblig. acquir.* Sed nec domino aduersus seruum vlla actio esse potest, quoniam serui ex contractibus suis iure ciuili non tenentur. Constat ergo ratio superioris distinctionis, vt cum seruus se mandet emendum etiam extero, mandatum non valeat, emtione nondum contracta; At vbi exterus emit seruum, actionem nasci & mandati ad seruum consequendum, & ex venditione ad pretium consequendum. Differentiæ ratio est, quia domini nihil intersit mandatum valere, seruo autem emto intersit illius, & mandati actioné habere, & actioné ex venditione.

3 II. Quæstio est, † si seruo emto propter superius mandatum dominus actionem ex venditione habet aduersus exterum emtorem, an etiam tunc habeat, cum emtor soluit ei nummos peculiariter a seruo acceptos? Propone hoc modo: Seruus seu ancilla, de quo hic consultum est, mandauit extero, vt se emeret, & promisit, se nummos extero daturam, vnde ille solueret domino suo. Exterus emit & nummos peculiares ab ancilla emta accepit, eos emtor soluit domino ancillæ, qui admonitus huius emtionis, emtionem ratã habuit. Quæritur, inq̃, An liberetur emtor, an vero etiam post hanc solutioné dominus integrã actionem habeat aduersus extraneum emtorem?

Respondent Imperatores *in vers. Si itaq.* Si nummi hi ignoranti soluti sunt, non posse ex hoc facto obligationem nasci emtori, & videtur relinqui vt actio ex mandato adhuc sit integra aduersus extraneum emtorem. Ratio vulgo redditur recte. Nam in emtione non est satis, si emtor tradat venditori nummos, sed hoc amplius facere debet nummos venditoris accipientis, *l. ex emto. ff. de act. emt.* Quod in hac solutione non contingit: nam & peculiares nummi, & quicquid est in peculio serui aut ancillæ, id totum domini est. Non est ergo serui aut ancillæ, multoque minus emtoris. Nec ad rem pertinet, quod ancilla subministrauit, & dedit emtori. Nam cum ipsa domina non esset, non potuit plus iuris in emtorem transferre, quam ipsa habuit, *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. nemo plus. ff. de reg. iur.* Hac ratione nec emtor hos nummos facere potuit domini accipientis, quanquam & alia ratione non potuit facere accipientis, quia nummi iam domini erant. Quod alicuius est, id amplius eius fieri non potest, §. *sic neque. Inst. de act.* Recte ergo dicitur, hoc facto & acceptione nummorum emtorem non liberatum esse.

Sed adiicitur hæc conditio: *Si ignorante domino ancilla emta est, & eadem ignorante domino nummos peculiares subministrauit emtori, qui & ignoranti soluti sunt.* Quod ideo adiicitur, quia si dominus sciuerit eos nummos peculiares esse, & nihilominus accepit ab emtore, qui eos pro pretio debito & pro se soluebat, emtor liberatur, non secus ac si nummos suos soluisset. Nam cum emtor eos pro suo debito soluit, & creditor idoneus in eam caussam accipit, intelligitur ea acceptione contentus esse, pro eo quod debebatur, *argument. in l. si creditores. sup. de pact.* Ergo hac solutione ei satisfit: nam satisfacere est aliquem contentum reddere, *l. 1. qui satisdare cog.* Porro satisfactio pro solutione est, *l. satisfactio. de solut.*

4 III. Quæstio est, † si postquam seruus ab extero emtus est, dominus serui habet actionem mandati aduersus exterum, & præterea actionem ex vendito, vtrum vtraque actione aduersus emtorem exterum experiri possit, an vna tantum? Dubitationem mouent regulæ iuris, de pluribus actionibus traditæ. Certi iuris est, cum plures actiones competunt de diuersis rebus, licere omnibus vti, nec vnam alteram consumere. Exempli caussa: Ex furto nascuntur duæ actiones, furti & condictionis furti. Hæ competunt de diuersis rebus. Furti actio pœnam petit legitimam: condictio tantum prosequitur rem furtiuam. Placuit, vtramque ita competere, vt vna alteram non consumat, *l. si pro fure. §. 1. ff. de cond. furti.* Id etiam colligitur ex regula iuris, *l. nemo ex his. §. vlt. de reg. iur.* vbi hæc regula est: *Quoties plures actiones concurrunt vnius rei nomine, vna tantum experiri licet.* Ergo si competunt diuersarum rerum nomine, licet vtraque experiri, vt probatur in superiori exemplo. At in proposito, postquam seruus ab extero propter mandatum serui emptus est, duæ actiones competunt, mandati & ex vendito, ex diuersis contractibus, nempe ex mandato & ex venditione, & de diuersis rebus. Nam mandati actio petit ancillam, actio ex vendito, petit pretium, non ancillam emtam. Ita effici videbatur regulis iuris, vtramque actionem in proposita specie domino competere aduersus extraneum emtorem.

Respondent Imperatores, *in vers. nec tamen.* Quamuis in proposito duæ actiones domino competant, ex mandato & ex vendito: tamen non posse eum vtramque actionem exercere. Non obstare regulas iuris, quæ sunt de pluribus actionibus ad res diuersas persequendas competentibus: eæ enim tunc locum habent, cum actiones non sunt contrariæ. Ex quo recte colligitur, vtramque actionem a domino exerceri non posse: recte id colligitur, vt dixi, ex natura contrariorum, quę omnibus etiam natura nota est. Nam contrariorum ea natura est, vt vno posito alterum tollatur. Exempli gratia: Contraria sunt, heredem esse ex testamento, & ab intestato, quia contraria sunt testatum & intestatum. Proinde placuit, si quis, qui ex vtraque caussa heres esse poterit, adierit hereditatem ex testamento, statim videatur repudiasse ab intestato, & contra si adierit ab intestato, statim videri prius voluisse ex testamento heres esse, *l. illud. de acquir. her.* Et generaliter placuit, eum qui contraria allegat & postulat, audiendum non esse, *l. 2. primo resp. ff. quand. appel. sit.* Idem ergo & in proposito recte dicitur, contrarias actiones esse, actionem mandati & actionem ex vendito.

Intelligitur ex fine & persecutione vtriusque actionis: nam mandati actione dominus petit ab extero emtore, vt ancillam emtam, quam mandato consecutus est, sibi restituat, *l. si procuratore. §. vlt. ff. mand.* At ex vendito agendo aduersus eum petit, vt ancillam retineat. Quare ex hoc loco notabimus, cum plures actiones † competunt, tantum vna nos experiri posse, non tantum cum competunt eiusdem rei nomine, *d. l. nemo ex. §. vlt. de reg. iur.* sed etiam cum competunt de diuersis rebus, & contrariæ sunt, quoniam vna excludit alteram natura sua, vt hoc loco exemplum est. 5

Sed adiicitur hæc conditio: Dicitur enim dominum non posse vtramque actionem exercere aduersus emtorem, si ancilla quæ se emendam mandauit, tradita est & nondum manumissa. Hęc conditio ideo adiicitur, quia dominus actionem ex vendito habere non potest aduersus exterum, nisi ancillam tradiderit: nam venditor inprimis rem venditam tradere debet, *l. ex emto. de act. emt.* Et quemadmodum emtor non potest ex emto rem venditam petere, nisi prius pretium offerat, *l. Iulianus. §. offerri. de act. emt.* sic nec venditor potest ex vendito pretium petere, nisi rem,

quam debet, prius offerat & tradat volenti. Item mandati actionem habere non potest, si ancilla tradita manumissa sit, quoniam id agitur, vt manumittatur, *l. cum seruus. ff. hoc tit.* Sed cum hæc duo concurrunt, vt dominus ancillam ab extero emtam ei tradiderit, & ancilla nondum manumissa sit, tunc potest vtramque actionem habere ex vendito & 
6 mandato. Vnde quæritur an † cum hoc casu vtramque actionem habeat, possit vtramque exercere? Et placet non posse, quia actiones contrariæ sunt.

Notandum est, quod hic *in d. vers. pen.* domino ancillæ aduersus exterum emtorem dicitur competere emti actio, quod falsum videtur. Nam in hac specie ex persona ancillæ dominus eius venditor est, & exterus est emtor. Venditori non competit actio ex emto, seu emti, sed actio ex vendito, *l. Iulianus. §. ex vendito, de act. emt.* Ex emto actio competit emtori non venditori, *l. ex emto. de act. emt.* Respondeo: A-
7 ctio ex † emto, seu emti ambigue dicitur: interdum enim his verbis significatur nomen actionis seu actio quæ dicitur emti, aut ex emto, *vt in d. l. ex emto.* Interdum his verbis significatur naturaliter actio, quæ competit ex emto, id est, ex emtione. Hoc sensu vere hic dicitur actionem emti competere venditori, quoniam etsi solum competit actio ex vendito, id est, ea actio, quæ ita dicitur, tamen ea ipsa actio non competit, nisi ex emtione, vt intelligamus ex emto & vendito, vt veteres vno ex his verbis totum contractum emtionis & venditionis complectuntur, *l. veteres. de act. emt.* Hoc sensu alias e conuerso actio ex vendito dicitur, quæ competit emtori, *l. ex conuent. §. de pact.*

8 Postrema quæstio est, † *Si in specie proposita dominus ancillæ, vtramque actionem & mandati & ex vendito aduersus exterum emtorem exercere non potest, an saltem potest ita, vt sit in potestate eius, vtra experiatur aduersus inuitum emtorem?* Et in versu extremo respondetur, *esse in eius potestate vtra experiatur.* Hic locus est, in quo præcipua difficultas versatur, quæ explicanda est. Primo ergo cum seruus aut ancilla se mandauit emendam extero, si ancilla emta est ab extero, incipit venditio valere, ex qua & domino ancillæ competit actio ex vendito, aduersus exterum, ad pretium consequendum, quanti ancilla se vendidit, eamque actionem dominus ita habet, vt eam exterus euitare non possit. Hic duo obstant. I. Obstat, quod non potest esse domino actio ex vendito, vbi nulla venditio est. At hic non videtur consistere posse venditio, repugnante natura venditionis. Nam vt initio dixi, non potest esse emtio & venditio, nisi vbi vnus est venditor, & res alia quæ venditur, *l. 1. ff. de rerum perm.* At in hac specie ancilla, quæ se emendam mandauit, se solam vendidit extero, vt ea sit venditor & res ipsa quæ venditur. Quare venditio consistere non potest, vnde nec ex ea vlla potest esse actio. Respondeo: Si venditio hæc ex persona ancillæ æstimaretur, sine dubio nulla esset emtio, cum idem esset venditor & res, quæ venditur, qua ratione recte dixi inutilem esse venditionem, cum liber homo se vendidit etiam ignoranti. At in hac emtione, vt & in ceteris contractibus serui, contractus ex persona domini æstimatur & valet, *Instit. de stip. seru.* Et ideo perinde habetur quasi per seruum dominus ipse vendidisset, vnde statim domino acquiritur actio vt venditori, *l. vtrumque. in pr. ff. de verb. oblig. l. vlt. de stip. ser.* Hac de caussa fit vt hæc emtio valeat, quia alius est dominus idemque venditor, & alius seruus qui venditur, nihil ergo hic impedimento est emtioni & venditioni.

Sed etsi dederimus emtionem hanc consistere, tamen videtur emtor exterus posse euitare hanc actionem inuito domino eodemque venditore, si ancillam emtam & sibi traditam paratus sit domino reddere ex caussa mandati, idque ita efficitur. Nam constat ex hoc rescripto dominum aduersus hunc exterum habere actionem mandati directam ad ancillam consequendam. Proinde & exterus habebit actionem mandati contrariam aduersus dominum eundemque venditorem ex persona serui, quoniam ex mandato mutuæ sunt obligationes inter mandantem & mandatarium, quæ obiectio est *in l. 19. ff. h. tit.* Respondeo: Quod & illic significatur obscurius, in proposito externum emtorem teneri domino, mandati actione, sed ipsum e conuerso mandati actionem non habere aduersus dominum, quia id actum est, ne ancillam emtam restitueret, quoniam dominus ideo permisit ancillam se vendere, vt eam perpetuo alienaret. Quod si domino ignorante ancilla se vendidit, ideo dominus ancillam recipere non cogitur, quia aduersus dominum deliquit, vt quæ mala fide se domino subtraxit, vnde placuit exterum emtorem quamuis ancillam emerit sua pecunia, tamen nullam actionem de pecunia eo nomine aduersus dominum ancillæ habere, *l. cum seruus, in fin. l. et, i. ff. hoc tit.* Constitutum est ergo in specie huius emtionis, dominum aduersus exterum emtorem etiam inuitum eligere posse actionem ex vendito, ad pretium consequendum.

Quod si malit mandati iudicio experiri ad ancillam consequendam, etiam in eius potestate hoc esse hic traditur. Hoc vero multis modis falsum videtur, de quibus dicendum est. I. Opponitur illud quod dixi & quod apertius dicitur *in l. cum seruus. in pr. ff. hoc tit.* nempe cum seruus se emendum mandat, extero nullum mandatum esse, si nullum mandatum, nulla huic potest esse mandati actio, neque seruo, neque domino, quia non est actio mandati, nisi ex mandato, *l. ex mandato. §. vlt. ff. h. t.* Respondetur idem quod supra: Nullum mandatum est ante emtionem serui, emtione secuta, & emtio contrahitur, & mandatum vires habet. Huic responsioni occurritur ex regula iuris: Quod initio inutile est, tractu temporis conualescere non potest, *l. quod initio. l. quæ. de reg. iur.* Concedimus hic initio mandatum non valere seu inutile esse: ex quo efficitur, quamuis postea secuta emtione mandatum confirmari non posse. Respondeo: In proposito statim mandatum valet & contrahitur, sed sub conditione, si emtio volente extero contracta erit, quoniam tunc interesse cœperit domini vt emtio valeret & mandatum consisteret. Non obstat quod *in d. l. cum seruus. in pr. ff. h.* simpliciter dicitur: Cum seruus se extero emendum mandat, nullum mandatum esse. Hoc enim sic accipi debet, solum mandatum non esse. Tunc autem solum est, cum seruus non emitur: at mandatum adiuncta emtione serui valet.

II. Obstat lex mandati, quo minus hic mandati agi possit. Nam mandati actio nulla est, vbi mandantis nihil interest, mandatum impleri, *l. si proc. §. mandati. ff. mandat.* At dominus cum ancillam venditam tradidit emtori extero, hoc ipso declarauit nihil sua interesse, eam ancillam habere. Nam si interesset, non tradi-

tradidisset. Non ergo potest ei competere mandati actio. Respondeo: Nihil interest domini, ancillam per se habere, quam sine traditione apud se retinere poterat, sed interesse potest vt manumittatur ancilla, quam prius tradita. Hoc casu competet mandati actio, vt mox dicemus. III. contraria est *l. cum seruus. ff. mandati.* vbi diserte scribitur: Cum seruus se extero mandat emendum, ita demum valere mandatum, si mandatum in hoc intercesserit, vt manumittatur. Nihil autem tale adiicitur. Quare actio mandati competere non potest. Respondeo: Admittimus obiectionem, non posse mandatum hic consistere, nisi in hoc intercesserit, vt ancilla manumitteretur ab extero emtore, idq; ratione certa. Nam actio mandati domino competere non potest, nisi eius intersit, vt dixi. At si de ancilla manumittenda nihil conuenit, nihil domini interest eam ancillam habere, primum id declarauit, cum eam tradidit, deinde non interest domini eam ancillam habere, quæ fugit & odit dominum. At cum in hoc mandatum intercessit, vt ancilla manumitteretur, etiamsi eam tradiderit, tum interest domini eam manumitti, vel propter affectionem sanguinis, *d. l. cum seruus.* vel etiam propter affectum hereditatis. Nam vt idem Papinianus respondet, interest hominis, heredem beneficio affici, *l. seruus ea lege. de seru. export.*

Mouere nos non debet, quod in hac lege nihil adiicitur de ea conuentione, sed simpliciter dicitur, vbi ancilla manumissa est, ꝓpter superius mandatũ incipere domino cõpetere mandati actionẽ. Hoc enim intelligi debet cum suis conditionibus, quæ sunt huius actionis ꝓpriæ, vt intelligamus videlicet actionẽ mandati domino competere, si domini intersit. Nõ potest autẽ interesse, nisi conuentione interposita, de ancilla manumittenda, qua conuentione interposita dominus aget ad ancillam consequendam, vt eam consecutus manumittat, & ipse fiat patronus libertæ.

Sed huic solutioni rursum opponitur *l. 1. & 2. §. si manc. ita fuer. alien.* quibus locis certum est, quoties ancilla venditur hac lege vt manumittatur, ipso iure competere ancillæ libertatem, si manumissa non sit. Id si ita est, tollitur mandati actio, quoniam domini eius nihil interest eam ancillam recipere ad manumittendum, cum iam ancilla sit manumissa. Respondeo: Etsi seruus venditur ea lege vt manumittatur, non tamen fit ipso iure liber, quamuis non manumittatur ab emtore. Tunc liber non fit, cum conuenit non simpliciter vt manumitteretur, sed conuenit vt manumitteretur certo modo, id est, vindicta, *l. qui Romæ. §. Flauius. de verb. oblig.* In hac specie recte dicimu, si ancilla manumissa non sit, vindicta dominum posse agere, vt eam manumittat, quia nondum libera facta est. Possumus etiam respondere ita: Seruum hac lege venditum vt manumittatur, consequi ipso iure libertatem, si non manumittatur. Hoc ius tunc locum habere simpliciter, vbi venditus est, quoniam dominus qui vendidit nullam actionem habet ad eam infirmandam & seruum repetendum. Diuersum est, vbi mandatum præcessit, de seruo emendo, ea lege, vt manumitteretur. Hoc casu si manumissus non sit, dominus mandati actionem habebit ad seruum repetendum, manumittendi caussa, quia interest eius seruum liberum non fieri ipso iure, sed a se manumitti, vt a manumisso patronus agnoscatur.

Summa hæc erit. Cum seruus extero se mandat emendum, ante seruum emtum, nullum omnino mandatum est, eoq; nulla mandati obligatio, quamuis exterus mandatum susceptum non impleat. Quod si exterus mandatum secutus, seruum a seruo ipso emerit, & consistit emtio, in qua dominus venditor esse intelligitur ex persona serui, & mandatum valere incipit, quod sine venditione inutile fuerat, quoniam domini interesse incipit. Hinc domino actio competet ex vendito, aduersus emtorem, etiamsi ab emtore nummi peculiares soluti sint. Mandati autem actio sic competit, si seruus in hoc se mandet emendum, vt manumittatur, quoniam aliter domini interest, qui non potest seruum repetere, nisi vt ipsum receptum manumittat. Sic has ambas actiones habet dominus, vt tamen vtramque simul exercere non possit, quia sunt contrariæ, sed vtramq; habet, vt liceat ei vtra velit experiri suprascriptis conditionibus, sic tamen, vt vna actione contentus esse debeat.

## AD TITVLVM XXXVII. COD: Pro socio.

SVMMARIA.

1 *Societas quid. & nu. 4.*
2 *Societas non est rerum aut operarum communicatio.*
3 *Societas donationis caussa contrahi non potest.*
5 *An omnis communio societas sit.*
6 *In societatis definitione cur non vt lucri ita & damni caussa adiiciatur.*
7 *In societate cur vt lucrum sic & damnum commune sit, nisi aliud conuenerit.*
8 *Societas an etiam recoiri possit.*
9 *An ex omni societate voluntaria obligatio nascatur.*
10 *Societas rei inhonestæ nulla est.*
11 *Societas donationis caussa facta, societas non est.*
12 *Quæ res inter socios communes esse debeant, quæ lucra & damna communia.*
13 *Maleficiorum nulla communio, nec ex illis quæsita in bonis sunt.*
14 *Res præsentes & futuræ quomodo communicentur inter socios.*
15 *Socius ob factum suum quoduis culpam socio præstare debet.*
16 *Impendiorum in societate quæ ratio.*
17 *Socius si alat familiam & liberos, vtrum hos sumtus de communi consequi debeat, an solus agnoscere.*
18 *Quid si filium in studiis alat.*
19 *Quid si pater filiæ suæ dotem dederit.*
20 *Lucrum quid.*
21 *Damnorum in societate ratio.*
22 *Quæ ex obligatione societatis socius socio præstare debeat.*
23 *Damna & lucra vtrũ ex æquis an ex inæqualibus partibus inter socios communicari debeant.*
24 *Actio pro socio, & eius propria.*

VT mandato, ita & societate obligatio contrahitur consensu, *Instit. de oblig. quæ ex consens.* Societas † est rerum aut plurium, aut vnius communio in aliquos, voluntate suscepta vberioris lucri inde in commune faciendi gratia. Societas communio est, vnde *acquirere communioni*, pro *acquirere societati*, *l. 3. §. 1. ff. h. tit.* Hoc verbo admonemur, nullam esse societatem inter eos, qui inter se mutuo res non conferunt. Non exigimus in societate, vt omnes socii pecuniam aut res easdem conferant, sed exigimus, vt si vnus pecuniam confert, alter nullam rem corporalem confert, saltem conferat aliquid operæ in socie- 1

2 tatem, quod nisi fit, societas non est, quia † non est rerum aut operarum communicatio, *l. si non fuerit. ff. h.*
3 *tit.* Inde † dictum est, societatem donationis caussa contrahi non posse, *l. 5. §. vlt. ff. hoc tit.* Nam donationis caussa societas & communio inducitur, cum vnus pecuniam aut rem suam confert in medium, vt lucrum cum altero commune sit, qui tamen in societatem nihil conferat. Is enim accipit de alieno & gratis: ita, quia in hac donatione nulla communio est, fit, vt nulla sit societas ex definitione.

4 Societas † est communio & plurium rerum & vnius. Plurium, vt vniuersorum vel maioris partis, vel negotiationis vnius alicuius, plures res comprehendentis. Vnius, vt cum prædium communi consensu emitur aut conducitur, vt fructus inde quæsiti sint
5 communes, *l. 5. in pr. ff. h. tit. Instit. eod.* Non † omnis communio societas est. Illa communio societas non est, cum socii incidunt in communionem sine consensu, quæ communio est inter plures eiusdem rei legatarios, inter plures, qui eandem rem sine consensu societatis emerunt. Non est societas, nisi communio voluntate & consensu sociorum contracta sit, *l. vt sit, & 3. ll. seqq. ff. hoc tit.* Vnde voluntarium consortium dictum est a Papiniano pro societate, *in l. cum duob. §. idem, Papin. hoc tit.* Non est satis, communionem consensu iniri inter aliquos, non erit societas, nisi communio inita sit lucri in commune faciendi caussa, proprium hoc est societatis. Vnde si in societate conuenerit, vt lucrum non sit commune, sed vnius tantum socii, placet nullam societatem esse, quasi contra fines societatis constitutam, *l. si non fuerit. §. vlt. ff. hoc tit.*

6 Sed cur † non adiicimus & damni caussa: Cum in societate ineatur vt lucri sic damni communio? *l. si non fuerit, l. si vnus. in fin. l. Respub. ff. h. t.* Respon. De damno hic non adiicimus duabus de caussis. I. quia proposito contrahentium, non contrahitur societas nisi lucri faciendi caussa: nam si aliquod damnum exspectarent ex societate, a societate damnosa abstinerent. Deinde, quia damni communio ad substantiam societatis nihil pertinet: potest enim societas iniri, vt damnum non sit commune, sed vnius tantum socii, lucrum autem sit commune, *d. l. si non fuerint. hoc tit.* Nam & ita Iustinianus hic. Cur ergo in societate pla-
7 cet † vt lucrum, sic damnum commune esse, nisi aliud nominatim conuenerit? *§. 1. Instit. hoc tit. d. l. si non fuerint.* Respondeo: Per consequentiam id fit, non principaliter. Nam postquam placuit, vt lucrum commune sit, sequitur quod æquum videri debeat & secundum naturam, damnum etiam commune esse. Ita in toto iure comparatum est, vt commoda incommodis, & contra, sint coniuncta, *l. secundum. de reg. iur.* sed & hoc vice versa valet, vt qui percipit lucrum ex re aliqua, idem etiam damnum agnoscere debeat, *l. si ergo. ff. hoc titul. l. vnic. §. 2. infr. de cond. toll.*

Hæc communio, quam societatem appellamus, & ex societate obligatio contrahitur consensu, vt dixi, id est, consensu solo, etiamsi res nulla interuenerit, quæ communicaretur inter socios, *Instit. hoc tit.* Non est contrarium, quod dicitur *in l. 4. ff. hoc tit.* Societa-
8 tem † etiam re coiri posse. Hoc enim significatur, societatem contrahi posse, non tantum verbis, sed etiam re, id est, facto, sine verbis, & aliquo iudicio voluntatis. Hoc idem explicatur a Paulo *in l. recusari. de acquir. her.* Id contingit hoc modo. Ex tribus fratribus duo societatem bonorum paternorum inter se inierunt, ea lege vt frater absens in eandem societatem admitteretur. Cum tertius rediisset, admonitus est a fratribus, societatem inter ipsos contractam esse, & sibi placuisse, vt ipse quoque in eadem societate esset, & eo nomine tertiam partem prouentuum illi dederunt, quam ille accepit sine aliquo manifesto consensu. Dicemus eum quoque societatem cum illis contraxisse, quia partem lucri & prouentuum accipiendo sciens declarauit se societati consensisse. Argumentũ est huius sententiæ *in l. quidam. de euict.*

Non tamen ex † omni societate voluntaria obli- 9
gatio nascitur, quia non omnis societas iure valet, *l. 3. §. vlt. ff. hoc tit.* Exempli gratia: Aliquis, vt induceret diuitem in societatem, multa de suis facultatibus mentitus est, dicens se habere illa & illa prædia, & forte etiam adhibuit emissarios, qui idem affirmarent. Quibus rebus persuasus mercator diues cum illo societatem contraxit. Hic dolo societas contracta est, quia mendacio istius contracta est. In mendacio eius dolus est, *l. si legatarius. l. cum a te, de dol.* Dicimus hanc societatem nullam esse, vnde lucrum solum erit illius mercatoris, illius autẽ alterius nulla ex parte.

Præterea † nulla societas est rei inhonestæ, veluti 10
si ita conuenit, vt quæ lucra percepissent ex rapina, ex præda, ex concursionibus, ea essent communia, *l. nec prætermittendum. l. quia 54. ff. h. tit.* Non adiicio societatem, quæ fit donationis caussa. Etsi enim verum est, hanc societatem non valere, vt dixi, tamen ad hanc exceptionem hæc species non pertinet. Loquimur enim de his societatibus, quæ consensu & ceteris partibus definitionis reuera sunt societates, sed iure improbantur. Societas † donationis caussa facta, 11
plane societas non est, quoniam non habet rerum communionem, quæ in societate exigitur. Ceteræ societates consensu contractæ valent, & ex iis obligatio nascitur inter socios.

Hæc obligatio communis societatis huc spectat, & hæc continet, vt res inter socios & lucra & damna communicarentur. Hinc duæ quæstiones introducuntur ad hanc obligationem explicandam pertinentes. Prior hæc est: Quę † res inter socios commu- 12
nes esse debeant, quæ lucra & damna communia? & si quid de eo nominatim conuenit, res expedita est. Societas enim est iudicium bonæ fidei, *§. act. Inst. de actionib.* Nihil autem magis conuenit bonæ fidei, quam vt ea, quæ inter socios placuerunt, seruentur, dum non sint iniqua, *l. ex empto. ff. de act. emt.* Proinde & hoc idem in societate seruandum erit, *d. l. si non fuerint.* Quod si de eo nihil conuenit, vt fere simpliciter fieri non solet, res posita est in hac distinctione. Videndum est vtrum societas contracta sit omnium bonorum, seu vniuersarum fortunarum, an vero societas contracta sit simpliciter, vt diceretur placuisse inter Titium & Sempronium, vt socii sint, an vero contracta sit vnius negotiationis caussa aut rei certæ. Si societas nominatim omnium bonorum contracta est, hæc inducitur communio inter socios. Primo, res omnes sociorum præsentes communicantur, quæ traditione transferri & communicari possunt, solũ nomina seu actiones non communicantur inter socios, quoniam non possunt, vt dixi *in l. 3. ꝟ. mand.* Sed inter ipsos cedi & mandari debent. Quod si mandatæ non sint, nihilominus verũ est, statim vtiles actiones in socium transferri, vt accidit cum actio vendita est, *l. post quã. l. emtor. l. ex nominis. ꝟ. de act. vel her. vend.*

Res

Res autem futuræ, quæ postea sociis acquirentur, hæ omnes postea ad societatis communionem pertinēt.

De iis quidem constat, quæ ex quæstu obueniunt, *l. omni re 7. ff. hoc tit.* sed hoc amplius dicimus, si quid socio obuenerit, sine quæstu & labore eius, id omne venire in societatem, vt hereditates, quæ socio obueniunt, legata, fideicommissa, donationes, *l. 3. §. 1. ff. h. tit.* Idem est & si iniuria affectus aut damno, consecutus sit aliquid iniuriarum nomine, *vt est l. Aquil. l. cum duob. §. socium. ff. hoc tit.* Solum excipiuntur ea, quæ v-
13 ni ex sociis maleficio quæsita sunt: Primo enim † maleficiorum nulla communio esse debet: deinde maleficio quæsita non sunt in bonis, vnde hæc ad societatem bonorum non pertinent, *d. l. cum duob. §. vlt. & l. 4. seqq.* cetera omnia, vt dixi, veniunt in communionem.

14 Sed notandum † est diligenter in hac societate, omnium bonorum & rerum quæsitarum communicatione multum interesse, inter res præsentes, quæ fuerunt tunc cum societas iniretur, & inter res quæ postea accesserunt. Nam res præsentes statim communicantur, id est, singulorum sociorum pro parte fiunt, quę in eos translata est, *d. l. 2. & 3. ff. h.* Res autem quæ postea socio obueniunt, fiunt eius socii propriæ, nec communicantur, sed iudicio pro socio in commune redigendæ sunt, vt si interim eas alienet, recte alienet vt suas, *l. si quis. ff. hoc tit.* Posterius minus dubitationis habet, quia regulis iuris conueniens est. Nam quod vnius socii esse cœpit, id in alterum transferri non potest nisi traditione, *l. traditionib. supr. de pact.* Vnde exigimus, vt socius rem sibi quæsitam ceteris communicet tradendo. Sed prius videtur his ipsis regulis aduersari. Nam ita traditur: *Traditionibus non nudis pactis*, id est, *non sola conuentione dominia rerum transferri, proinde nec sola conuentione societatis, vbi traditio mutua non interuenit.* Dicendum est, nihil hic fieri contra ius, societate bonorum inter socios contracta, ideo res præsentes statim fiunt communes sociorum, quia & iis possessio earum tradita intelligitur, & per possessionem dominium, vt dominium sequatur possessionem quæsitam, *l. tradit. §. vlt. de acquir. rer. dom.* Sed vbi illa traditio possessionis, cum nulla aperte interueniat? Respondeo: Socii societatem omnium bonorum contrahentes intelliguntur singuli ex numero sociorum res suas possidere pro parte. Nam quod suo nomine possident possunt incipere possidere pro alieno. Id vbi fit, statim possessio transit in eum volentem, cuius nomine possidetur. Is enim possidet, cuius nomine possidetur, *l. quod meo. ff. de acquir. poss.* Eadem traditio intelligi non potest, vbi post societatem contractam vni alicui ex sociis aliquid quæsitum est. Nam tunc nulla conuentio interuenit noua, qua intelligatur velle socius alterius socii nomine possidere. Deinde, etiamsi vellet, tamen socio ignoranti non acquiretur possessio, quia possessio solum scientibus & volentibus acquiritur *l. ea quæ de acquir. rer. dom.*

Damni hæc ratio est: Damna in rebus ad cõmunionem pertinentibus, contingentia itidē communia sunt, nisi dolo aut culpa vnius ex sociis contigerunt. Nam socius socio dolū & culpā præstat, *l. cum duob. §. venit. §. damna. l. socius socio. ff. hoc tit.* vbi notandum
15 est, socium † suum ob factum quoduis, etiam leuissimam culpam, si culpa in eo sit, sociis præstare debere, *l. qui admittitur. cum ll. seqq. l. cum duob. §. quidam. in vers. perinde, pen. ff. hoc tit.* negligentiam vero suam non præstare, nisi eam, quam in rebus suis non admitteret, *d. l. socius socio. & §. vlt. Instit. h. tit.*

Impendiorum † hæc quoq; ratio est, si quid socius 16
omnium bonorum turpiter impendit, vt in alea, aut adulterio, ipsius damnum est, non societatis, & id quanquā finita societate præstat sociis de suo. Idē est si quid necesse habuit præstare, sed ob maleficiū aliquod suum præcedēs, *d. l. cum duob. §. vlt. ff. h. t.* Quod si quid honeste impendit distinguendum est, vtrum necesse habuerit impendere, an vero non. Si necesse habuit, damnum societatis est commune, veluti si damnatus sit nulla sua culpa sed iniuria iudicis, *d. l. cum duob. §. vlt.* Quod si necesse non fuit, damnum eius solius est, non necessitatis, etiamsi ex honesta & probabili caussa videatur impendisse, veluti si impenderit in honorem filii sui, qui magistratus creatus est, *l. si societatem 73. ff. hoc tit.* Ex hac distinctione de multis quæstionibus quotidianis iudicari potest.

Socius † omnium bonorum se aluit & familiam 17
& liberos, quæro, hos sumtus vtrum de communi consequi debeat, an solus agnoscere de suo? Respon. Ex communi consequitur, quia necesse habuit & se & familiam suam alere hoc modo. Quid † si filium in 18
studiis aluit? Respon. Si post societatem contractam filios studiis destinauit, qui prius non erant destinati, aut non alebantur in studiis, hos sumtus de suis præstabit. Si autem ante societatem liberi in studiis alebantur, hos sumtus consequitur de communi. Etsi enim non necesse habuit filios destinare ab initio studiis, tamen semel destinatos in iis alere cogitur, nisi velit cursum studiorum abrumpere, quod facere non debet. Denique non incoantur negotia necessario, incoata necessario perficiuntur, *l. 1. de fideicom.*

Quid † si pater socius omnium bonorum filię suę 19
dotem dederit, hi sumtus vtrum de communi sumendi sunt, an de portione patris? Resp. De cõmuni, quoniam pater necesse habuit dotare filiā, *l. ceteri. de ritu nupt.* Et hi sumtus multo iustius imputantur societati, quā ii quos socius facere necesse habuit iniuria iudicis condēnatus. Nam hos vere nō debuit, dotem autem filiæ præstare debet. Non obstat *l. si socius 81.* vbi scriptum est, dotem a patre filiæ constitutam ita demum de medio sumi, si ita conuenerit. Non enim agitur illic de socio omnium bonorum, sed de quouis socio, quoniam recte respondetur, ita dotem filiæ constitutam sequi debere, si conuenerit illud; in societate omnium bonorum hæc conuentio inesse intelligitur, quoniā ex societate & lucra omnesq; obuentiones, & itē omnia onera cōmunia esse debent. Dotis a. constitutio patris onus est, non volūtarium, sed necessariū. Diuersa caussa est, si societas simpliciter cœpta sit, vt non adiiceretur omnium bonorū. In hac societate placuit solum commune esse, quod ex quæstu, id est, opera sociorū conuenit, veluti ex emtione, locatione, artificio, &c. & ideo quod ad res pręsentes sociorum attinet, hæ non communicantur. Futurarū nulla ita coitio est, quæ ex opera sociorum nō obuenerunt, veluti ex hereditatibus, legatis, fideicõmissis, donationibus, *l. coiri 7. cum 4. seqq. ff. hoc tit.*

Sed videtur obstare significatio verborū: proponimus enim, societatē generaliter & simpliciter contractam esse. Placet verbo generali omnes species ei generi subiectas cōtineri, etiamsi expressæ non sint, *l. si seruitus. de seru. vrb. præd. l. vlt. j. quæ res pig. obl.* Hinc effici videbatur societate simpliciter contracta, hoc ipso omnium rerum societatem contractam videri,

eoque de hac societate eadem dicenda esse, quæ de societate nominatim omnium bonorum contracta. Respondeo: Quod dicitur verbo generali omnes species generis comprehensas contineri, tamdiu verum est quamdiu aliud actum non proponatur: semper enim in contractibus sequimur id quod actum est, *l. semper. de reg. iur.* At in societate simpliciter contracta actũ intelligitur solum, vt quęstus & lucrum inde cõmunia sint. Interpretatio huius voluntatis, ducitur ex affectu & proposito communi contrahentium, seu ex more obseruari solito contrahentium, *l. si libertus ita. ff. de ap. lib. l. si seruus plurim. §. vlt. de legat. 1.*

Sic autem societas contrahi debet, vt lucrum inde fiat, & id commune sit, *l. si non fuerint. ff. h. tit.* Lu-
20 crum † autem nihil aliud est, quam quæstus, id est, quod opera quæritur, *l. sed et si. ff. h.* Damni in societate hac eadem ratio est, quæ in societate singularum rerum, aut alius negotiationis, quoniam apparet hãc societatem specialem esse, non generalem. Ergo si societas alicuius negotiationis vel alterius rei coita sit, quicquid ex ea negotiatione obuenit, id commune esse debet inter socios; quod extra eam caussam singuli socii quæsiuerunt, id ad communionem non pertinet, *d. l. cum duob. §. cum duo. & §. Papin. quoque. ff.*
21 *h.* De damnis † sic ius est: Damna de quibus quæritur, aut in rebus communibus seu ad communionem pertinentibus contingunt, aut in re propria cuiusq; socii. Damna in rebus communibus contingentia communia sunt, nisi, vt dixi, dolo aut culpa socii contigerint, *d. l. cum duob. §. venit. & §. damna.* In quo socius interdum etiam leuissimam culpam, etiam in nõ faciendo positam præstat, quod fit, si rem ex societate æstimatam acceperit. Hęc si furto pereat socius damnum præstat, si casu non præstat, *d. l. cum duob. §. damna.* Damnum hic intelligere debemus, non tantum vbi res quæsitæ vel amissæ vel corruptæ sunt, sed etiam vbi socius quærere potuit, & non fecit, hoc etiam præstabit, *d. l. cum duob. §. item mala.*

Damna in rebus propriis socio contingentia hæc sunt, si quid impendit de suo, si qua in re se obligauit, si quid casu amisit. De his sic ius est: Si quid socius impendit in rem communem societatis, commune damnum est, quod ei a sociis præstari debet, *l. pro socio. §. vlt. d. l. cum duob. §. si quis ex. ff. h.* Idem est, si qua in re se obligauit negotium societatis gerens, veluti, si quid emit in commune, vnde pretium debere cœpit, aut si quas res vendidit, ad societatem pertinentes, aut vbi se ad tradendas, aut iis traditis, ad emtionem earum rerum sese obstrinxit. Et hoc est, quod dicitur *in l. omne æs. ff. h.* Omne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi soluendum esse. Quod sic accipiendum, si manente societate contractum est, societatis ipsius caussa. Nam aliter æs alienum contractum societati non imputatur, *l. ius. ff. h.* Sed etsi quid socius amisit, quod in rem communem societatis versum non sit, si tamen amisit propter societatem, non aliter amissurus, & hoc damnum a sociis agnoscendum est pro portione, *d. l. cum duob. §. quidam. ff. h.*

22 Ex his † intelligere possumus, quatuor esse, quæ ex obligatione societatis socius socio præstare debet. I. est, si quid socius acquisiuit, quod ad communionem societatis pertinet, id sociis communicare debet, *l. adeo. §. vlt. l. si quis 74. ff. h.* II. Si quid damni dedit in rebus communibus, id sociis sarcire debet. III. Si quid conuenit vt faceret, tenetur in hoc vt præstet, *d. l. cum duob. §. item mala.* IV. Si quid socio abest, id socius agnoscere debet pro portione, si ex aliqua caussa earum absit, de quibus supra dixi. Atque hæc damni, obuentionum, & lucri ac rerum communio est, ex omni societate.

Sequens quæstio est, † pro quibus partibus hæc 23
inter socios communicari debeant, vtrum ex æquis, an ex inæqualibus? Et si ex inæqualibus, ex quibus? de quo *in d. l. si non fuerint, & in Instit. in pr. §. 2. seqq. eod.* Summa hæc est: Si de partibus damni & lucri nihil aperte conuenit, æquales seruantur: si conuenit vt inæquales essent, quæritur an conuentio seruanda sit? distinguitur vtrum conuenerit, vt vnus plus lucri ferret, an vero vt solus ferret lucrum: Si vt plus lucri, conuentio seruanda est, sed hac lege, dum ipse in societatem plus conferat vel pecuniæ vel operæ, vel alicuius alius rei. Quod si conuenerit, vt solus lucrum ferret, alter autem socius damnum, aut partem, conuentio facit, vt nulla sit societas. Hæc quæ ita præstanda, & pro iis partibus esse dixi, consequitur socius a socio, actione propria, quæ dicitur actio societatis *l. 2. h.* quia ex societate nascitur, sed proprio vocabulo in vsu dicitur, actio pro socio, *l. vt sit pro socio, l. pro socio. ff. h. l. tamdiu. infr. h. tit. & in tit. pro socio.* Non adiicitur, vel contra, vt in titulo depositi, commodati, mandati, quia ex illis contractibus nascuntur actiones directæ & contrariæ. Pro socio actio ex vtraque parte sociorum directa est, *§. ex quibusdam. Instit. de pœn. tem. litig.*

Huius actionis † duo sunt propria. Vnũ, quod 24
ex hac actione damnatus sit infamis, *l. 1. §. pro socio. de his qui not. infam.* Alterum, quod socius socio hoc iudicio damnetur in id solum: quod facere potest, non tantum si sint socii omnium bonorum, sed etiam si vnius rei, *l. sunt qui. ff. de re iud. l. verum.* vbi hic locus pluribus explicatur *ff. hoc tit.* Sed tamdiu ea communio durat, quoad societas finiatur: finitur autem certis modis, de quibus *in §. soluitur. Inst. eod.*

*Ad L. 1. Societatem.*

Impp. Diocl. & Maxim. Augusti & CC. Aurelio.

*Societatem, vno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, magis obtinuit.*

SVMMARIA.

1 *Societas hæc, vt vnus pecuniam, alter operam conferret, an valeat.*
2 *Opera pro pecunia valet, & interdum pluris est, quam pecunia.*
3 *In diuisione societatis operæ & pecuniæ, an socius qui pecuniam contulit, hanc ante omnia præcipere debeat, & quod reliquum est, inter socios diuidi.*

SEMPER constitit inter omnes iuris auctores societatem nullam esse, nisi cum pariter socii, in societatem aliquid conferunt, *l. si non fuerint. ff. h. tit.*
Hinc † olim dubitatum est, an huiusmodi societas 1
valeret, cum duo societatem alicuius negotiationis ita coierunt, vt vnus pecuniam conferret, vnde merces emerentur, & negotiatio exerceretur, & alter tantum conferret operam, quia proficisceretur ad merces emendas, emeret & venderet, vt sic deinde lucrum commune esset: Dubitatio ex eo est, quod vnus tantum pecuniam confert, alter non confert, & obtinuit, societatem valere, *§. nam & ita. Instit. h. tit.* Non obstat, quod vnus pecuniam non confert, & non est societas, nisi vbi pariter aliquid confertur in societatem. Nam † opera pro pecunia valet, & inter- 2
dum pluris est opera, quam pecunia *d. §. nam & ita.*

Hic

3 Hic eleganter quæritur, † vtrum in diuisione huius societatis & similium, socius qui pecuniam contulit, hanc ante omnia præcipere debeat, & quod reliquum est inter socios diuidi? Anceps quæstio est: Non defuit ratio Ioanni, cuius sententiam hic Accursius refert, & sequitur, vt putaret eum, qui pecuniam contulit, eam pecuniam deducere non posse, sed eam communem esse inter socios, quod suaderi possit videri hisce argumentis. I. Quod societatis est, id inter socios commune esse debet, *l. cum duob. §. cum duo. §. Papin. ff. hoc tit.* At pecunia hæc in societatem collata, societatis est. Debet ergo sociorum esse communis, non vni tantum restitui. Maiorem etiam speciem habet hæc ratio: Non debet in hac societate meliori conditione esse is, qui pecuniam contulit, quam is qui operam confert, quoniam opera pro pecunia valet, & sæpe pretiosior est, *§. 1. & 2 Instit. h.* At in diuisione huius societatis, socius qui operam suam contulit, non deducit operam; Ergo nec alter socius deducere debet pecuniam, sed pecuniam cum opera cõpensare, vt æqualitas inter hos socios conseruetur.

Sed verius est, quod Bartolus putat, & quæ est sententia plurium, eum qui pecuniam contulit in hanc societatem, ante omnia in diuisione societatis pecuniam deducere debere. Eiusque rei hoc argumentum est: Quod pecunia in societatem collata est nominatim hac lege, vt lucrum commune esset, *d. §. nam & ita. Inst. h. tit.* Hoc ipso, quod nominatim conuenit, vt lucrum commune esset, intelligitur actum esse, ne pecunia in societatem collata esset communis. Quoties ex duabus rebus nobis aliquid simpliciter cauemus, de altera omissa, non solum nihil cautum est, sed & contrarium cautum intelligitur, *l. si cum dotem. in pr. ff. sol. matrim. l. commodissime. de liber. & posthum.* Item quoties in pluribus rebus nominatim de quibusdam aliquid excipitur, hoc ipso de ceteris exceptum & prohibitum intelligitur, *l. maritus. §. de proc.* Hic sunt duæ res pecunia & lucrum perceptum, sed nominatim tantum cautum est de lucro, & id cõcessum, vt id commune esset. Ergo de pecunia, de qua nihil cautum est, hoc ipsum actum intelligitur, ne esset communis. Hæc sententia probatur *ex d. l. cum dub. § si secunda. ff. h.* vbi vnus ex sociis dedit pecus suum pascendum, vel agrum colendum alii, quęrendis in commune fructibus. In hac specie & pecus & ager manet eius, cuius prius fuerant, neque communicantur. Id colligitur ex eo, quod illic dicitur, pastorem, cultorem vel socium debere in iis rebus præstare culpam, ergo res non sunt eius: nam a domino non exigitur culpa in rebus suis, *l. etiam. §. 1. sol. mat.* Et notandum ibi est, exigi a socio culpam in toto pecore & in toto agro. Nam ibidem in fin. subiicitur: *Socium quoq; culpam præstare debere, si rei communi nocuerit.* Ergo prius de re non communi actum erat.

Quidam etiam hoc argumento, sed parum firmo, vtuntur: nam in societate & damnum & lucrum commune esse debet, *Inst. in pr. h.* At si hæc pecunia communis est, socius qui pecuniam non contulit, lucrum facit, & de ea pecunia nihil amittit, quia ab eo profecta non est. Is autem qui contulit, partem amittit, alteram autem partem non lucratur, quia ab eo profecta erat. Sed hoc argumentum facile diluitur, sic, cum dicimus: Non ideo effici damnum, & lucrum hoc commune non esse: nam opera compensatur cum pecunia, etsi is, qui pecuniam contulit, partem pecunię communicat socio, is vicissim partem operę accipit ab altero, vt hic æqualitas lucri & damni efficiatur. Satis ergo erunt rationes superiores duæ, quibus efficitur pecuniam hanc ante omnia deduci debere in diuisione societatis.

Non obstat, quod quæ societatis erunt, ea communia inter eos esse debeant: nam pecunia, quæ in hanc societatem confertur, non est societatis. Non enim confertur, vt sit communis sociorum, sed vt ex ea negotiatio exerceri possit, ad lucrum faciendum, quod deinde commune sit. Non obstat, quod socius, qui operam contulit, non deducit operam suam: multum enim inter pecuniam & operam creditam interest, pecunia reddi potest: redditur enim ea, quæ tantundem præstat: at opera simul atque præstita statim euanescit, nec est in rerum natura ea opera, quæ reddatur: pretium operæ reddi potest, sed hoc pretium ideo deduci non debet a socio, quia nec socius, qui operam contulit, deducit vsum pecuniæ suæ, solum repetit sortem, vsuras seu vsum pecuniæ non repetit. Ergo & vsus operæ cum vsu pecuniæ recte compensatur, & illud socio operanti sufficere debet, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non erat sine pecunia socii.

*Ad L. 5. Tamdiu.*

Impp Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Theodoro.

*Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseuerat. Proinde si iam tibi pro socio nata est actio: eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis.*

SVMMARIA.

1 *Societas quamdiu duret, & quando finiatur, quotque modis. nu. 2.*
3 *Societati an ante tempus renuntiari possit, & renuntiationis iustæ caussæ quæ sint.*
4 *Mutatione voluntatis quomodo societas dissoluatur.*
5 *Casu quomodo dissoluatur societas.*
6 *Heres mortuo vno ex sociis in societatem nõ succedit.*
7 *Bona quot modis amittantur.*
8 *Maxima capitis diminutio quæ sit.*
9 *Media item quæ?*
10 *Cessione bonorum quomodo societas soluatur.*
11 *Minima capitis diminutio quæ sit.*
12 *Tempore & morte cur finiatur societas.*
13 *Societas an finiatur vnius socii renuntiatione.*
14 *Societas an renuntiatione & morte ita finiatur; vt quamuis contra conuenerit, tamen nihil obstet, quo minus dissoluatur.*
15 *Societas an morte vnius socii soluatur.*
16 *Actione pro socio quando agi possit: & quando ea nascatur, & an agi possit manente societate.*

Hic duo capita attinguntur: vnum de societate finienda, quando finiatur: alterum, quando actione pro socio agi possit. De societate finienda hæc definitio est. Tamdiu † durat societas, quamdiu consensus partium integer perseuerat. 1 Hac definitione duæ sententiæ continentur: vna est, quæ iis verbis exprimitur: altera est, quæ hinc colligitur per contrarium: Societatem finiri, vbi consensus partium mutatus sit. Vtraq; sententia non recte concepta est, vt videtur: nam posterior loquitur de consensu partium, quasi in societate necesse sit interuenire consensum omniũ sociorũ, cum constet vnius dissensu & voluntate societatẽ finiri: prior etiam sententia videtur aperte falsa esse. Nam mortuo vno ex sociis etiamsi ceterorum integer consensus perseueret, non tamen durat societas vt hic dicitur, sed finitur: item si vnus

ex sociis bona sua amiserit, quamuis manente sociorum omnium eodem consensu, finitur tamen societas, non autem durat, vt hic dicitur, §. *solutur. Instit. h.*

Vt autem hic locus pateat, non tantum pertinet ad interpretationem totius societatis, de qua hic agitur; sed etiam ad explicationem huius loci recte intelligendam, quibus modis societas soluatur, & quam recte ius id constitutum sit, quod plerisque in rebus iuri communi aduersari videatur, & certis preceptis iuris.

2 Societas † dissoluitur aut noua voluntate, aut sine noua voluntate casu. Voluntate dissoluitur non tantum omnium sociorum, sed etiam vnius solius, quod contingit aut renuntiatione, aut facto aliquo mutationem significante. Renuntiatione etiam vnius socii soluitur societas, quamuis inter plures socios contracta sit, idque inuitis ceteris, *l. verum. §. vlt. in fin. ff. h. §. manet. Instit. hic.* Idque vsque eo placuit, vt quamuis nominatim conuenerit inter socios, vt societas perpetuo duraret, aut ne liceret a societate resilire inuitis ceteris; tamen nihilominus socius societati renuntiare potest, quia nulla eiusmodi conuentio 3 est, qua socii teneantur, *l. nulla. ff. hoc tit.* Non † obstat, quod dicitur *in l. 1. ff. eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse. Hoc enim ad propositum & conuentionem sociorum contrahentium referendum est, qui ita coierunt inter se; non autem ad effectum iuris, quoniam nemo ex sociis tenetur iure huic conuentioni stare, sed tantum renuntiatione vnius soluitur societas, nisi ad certum tempus societas coita sit, tunc enim ante tempus renuntiari nō potest, nisi ex iusta admodum caussa, *l. actione. §. item. ff. h. l. item qui. §. vlt. ff. hic.*

Iustæ caussæ quæ sint, dicitur *in l. si conuenerit. in fin. & 2. ll. seqq. ff. eod.* Huius autem exceptionis ratio est, quia cum nominatim ad certum tempus coitur societas, apparet eius temporis quæsitam esse opportunitatem & vtilitatem, vnde ante id tempus intempestiue renuntiatur, *d. l. si conuen. ff. h.* Sed etsi simpliciter societas coita sit, placet inutiliter renuntiari, si intempestiue renuntiatur. Inutiliter quidem renuntiatur, quia si quid acquirat, id in commune redigere debebat, ac ceteris sociis vtiliter communicare, iam ceteri si quid acquirant, renuntianti communicare non debent, *l. actione. §. diximus. ff. h. §. manet. Inst. hic.* Quibus in locis etiam explicatur, quid sit hoc intempestiue renuntiare.

4 Factum † socii mutationem voluntatis significat, eoq; hoc facto societas dissoluitur, vt dissolueretur aperta mutatione voluntatis, cum vnus ex sociis vel stipulatione vel iudicio caussam societatis mutauit, vt est *in d. l. actione. in pr. eod.* id est, in summa, cum socius actionem pro socio nouauit, vel stipulatione, vel nouationis animo sibi stipulando, quod ex societatis caussa debebatur, quomodo obligatio nouatur, *l. 1. de Nou.* non autem iudicio ita agendo pro socio, vt alius pro reo iudicium suscipiat: nam & alius iudicium pro debitore accipiendo eum liberat, transferēdo in se actionem, *l. solutionem. ff. sol.* Hac nouatione declarat socius se a societate discedere velle, quia effectū societatis tollendo, etiā caussam, id est, societatē tollere videtur. Item etiam si vnus ex sociis cum socio agat diuidendæ societatis caussa, *d. l. actione. vers. 2.* Eiusdem generis factum est, cum socii separatim agere incipiunt & sibi negotiari, cum prius in commune negotiarentur, & quæsita in communem arcam conferrent, *l. itaque. ff. hoc titulo.* Casu † dissolui- 5 tur societas, sine alia noua voluntate, aut tempore, aut morte vnius ex sociis, aut bonorum vnius amissione. Tempore societas dissoluitur, cum societas ab initio ad tempus contracta est. Nam finito tempore & societas finitur, *l. actione. §. item qui. in fin. ff. hoc tit.* Item cum societas vnius rei coita est, negotio transacto finitur societas sua sponte, *d. l. actione. §. item is. §. solutur. vers. item si. Instit. hic.* Morte etiam vnius ex sociis, dissoluitur societas, *d. l. actione. §. morte. ff. h. §. soluitur. Instit. hic.* Vnde intelligimus, mortuo vno ex sociis, heredem eius † in societatem non succedere, 6 *d. §. morte. Instit. h.* præterquam in societatibus publicorum vectigalium, *l. adeo. ff. h.* Et adeo verum est, heredem defuncto socio in societatem non succedere, vt ne tunc succedat, si nominatim conuenit, in coeunda societate, vt heredes in societatem venirent, *l. nemo. §. adeo. ff. hoc tit.* si tamen heres socii defuncti certum negotium attigit, hactenus tenetur reliquis sociis, vt bonam fidem agnoscat, *d. l. nemo. ff. h.*

Bonorum etiam amissione vnius ex sociis, soluitur societas, quocunque modo bona omnia amissa sint. Tribus autem modis accidit, vt bona † alicuius 7 amittantur: capitis diminutione maxima, & media, cessione bonorū, quā distractio secuta sit. Vnde placet totidē etiam modis societatē finiri. Finitur igitur societas capitis diminutione socii maxima, *l. verū. §. vlt. ff. h.* Est autē † maxima, cum quis vel facto suo, vel 8 damnatione in seruitutē redigitur, *§. maxima. Inst. de cap. dim.* Qui hoc modo capite minutus est, si damnatione minutus sit, bona eius omnia publicātur, *l. 1. de bon. damn. l. eius. §. 1. ff. qui test. fac.* si sine damnatione, tamen hoc ipso, quod quis seruus efficitur, bona eius omnia domino acquiruntur, nec quicquam suum proprium habere potest, *§. item nobis, Inst. per quas pers.* Bene ergo dicimus hoc modo societatem finiri.

Soluitur item societas capitis diminutione media, *d. l. verum. §. vlt.* Est autem † media, cum quis depor- 9 tatus est in insulam, *§. media. Inst. h. t.* Hoc autem modo itidem bona omnia damnati publicantur, *d. l. 1. ff. de bon. damn. d. l. eius. §. 1. qui test. facere pos.* Et hoc est, quod alibi dicitur, societatem solui bonorum publicatione, *l. actione. §. publicat. ff. h. §. soluitur. vers. public. Inst. h.* Et ob hanc caussam alterum pro altero vsurpauit Vlpianus. Nam cum *in d. l. verum. §. vlt.* dixisset: Societatem solui inter cetera, capitis diminutione maxima vel media, nec vllam mentionem fecisset publicationis bonorum, tamen non dubitauit dicere *in dict. l. actione. §. public.* publicatione etiam societatem finiri supra dixi. Vbi autem dixit? tunc, cum dixit finiri capitis diminutione maxima & media.

Cessione † bonorum soluitur societas, cum & 10 bona a creditoribus distracta sunt, *§. solutur. Instit. h.* quia nec ante amittuntur bona, quam creditoribus distracta sunt, *l. 3. de ceß. bon.* Minima capitis diminutione bona non amittuntur, & ob hanc caussam nec societas hac diminutione soluitur. Minima † autem 11 est, cum is, qui sui iuris erat, subiicitur alterius iuri per arrogationem, aut is, qui in potestate erat, sui iuris esse incipit, per emancipationem, *§. minima. Instit. h.* His modis societas non soluitur, *d. l. actione. §. societas. ff. h.* quia his modis bona non amittuntur. Etsi enim arrogatus se & sua in potestatem patris arrogatoris transfert, *l. qui ex liberis. §. vltim. de b. p. secundum tabul.* non ideo tamen transferendo amittit,

sed

sed potius confirmat collocando apud patrem, quo mortuo ea recepturus est, patri succedendo, quin imo & viuo patre quodāmodo dominus bonorum paternorum esse intelligitur, *l. in suis, de lib. & posth.*

Ex his apparet, quod significatur hic, *Societatem non durare, sed finiri, cum consensus partium non perseuerat in re*, & recte dici, dummodo *partium* sic intelligamus non tantum omnium sociorũ, sed etiam singulorum, seu vnius partis, quoniam vnius etiam partis dissensu dissoluitur societas. Quod autem hic definitur tamdiu societas durare, quamdiu partiũ consensus perseuerat, falsum videri potest, cum morte vnius ex sociis finiatur societas, quamuis is maxime voluerit societatem ad heredem suum transferri, & ipse mortuus sit aliis sociis ignorantibus, qui proinde consensum & voluntatem in societate aut ignorarunt, aut mutare non potuerunt. Sed nihil est verius, quam societatem tamdiu durare, quamdiu consensus partium perseuerat, nec aliter solui, quam dissensu & mutata volũtate sociorũ, quod intelligetur ratione cognita, quamobrẽ tempore mortis vnius ex sociis, aut vnius bonorum amissione societas dissoluatur.

12 Tempore soluitur, † quia cum societas ad tempus contracta est, aperte post id tempus cessat voluntas contrahentium: sed & morte vnius soluitur societas ob hanc caussam, quia actũ est id ab initio societatis. Nã vt recte dicitur *in d. §. soluitur, Instit. h.* Qui socium eligit, certam personã eligit propter diligentiam, industriã & fidẽ eius. Vnde persona sublata, hic animus est sociorum, vt nolint sibi societatem cum alio contrahi. Sed etsi plures eorum sint, tamen eorum animus est, ne perseueret societas, vt eo sublato nolint societatẽ manere. Vlp. quidem *in l. verum. §. vlt. D. h.* ideo dicit morte finiri societatẽ, quia persona morte interiit, sed hæc ratio p se sola infirma est, & minime idonea, nam etsi pendente tẽpore conductor aut locator decesserit, interiit quidẽ persona, sed ideo non finitur cõductio, sed heres in locationẽ & cõductionem eodem iure succedit, *§. vlt. Inst. de loca.* Præterea mortuo defuncto, personam interire non vsq; quaq; verum est: nã defunctus habet heredem, qui eadem cum defuncto persona esse videtur, *Nouell. de iur. a mort. præst.* Et certum ius est, heredem succedere in ius defuncti eiusq; locum, *l. quædem, §. 1. D. h.*

Vera est vt dixi ratio quæ redditur *in §. soluitur.* Eadem ratione societas soluitur amissione bonorum vnius ex sociis, quia idipsum actum est inter socios, & hic animus est sociorum, vt hoc modo soluatur societas. Nam qui socium eligit, certã personã, vt dixi, eligit idoneam, non tantum ab industria & fide, sed etiam a facultatibus, primo vt socius facilius res expedire possit, cum habet facultates quibus res expediret, secũdo si quid socius socio debere cœpit, id sociis præstet, vt sint inter socios damna & commoda communia, quod præstare non potest is socius, qui bona omnia amisit.

Sed si hæc ita sunt, cur non dicimus societatẽ vno modo finiri, nempe voluntate sociorum, aut vnius ex sociis mutato? Resp. Quia interdum sola voluntate dissoluitur societas. In iis autem modis in quib. dixi casu & euentu dissolui, dissoluitur quidẽ societas voluntate, sed sub conditione, si aliquis casus inciderit ex his quos dixi, id est, si tẽpore finita sit, si mors vnius interuenerit, aut vnius ex sociis bonorum amissio. Vnde iis modis tanquam ex caussa societatem finiri dicimus, ad quos modos oportet referri capitis diminutionem maximam, mediã & cessionem bonorum siue egestatem, de quibus *in l. 4. §. 1. l. verum. §. vlt. l. actione, §. public. D. h.*

In iis modis possumus obseruare quædã singularia, quæ quoniam videntur pugnare cum iure cõmuni & certa æquitate, ideo paucis eorũ ratio attingenda est. I. Hoc dicimus † societatem finiri etiam vnius 13
socii renuntiatione. Cõtraria est reg. iuris, qua placet, constitutæ semel obligationi renuntiare neminem posse inuito aduersario, *l. sicut, §. de obl. & act.* Respon. Nihil est verius quã in vniuersum neminẽ posse renuntiare cõstitutę obligationi; alioqui obligatio nõ esset necessitas soluendi. Sed in societate nemo obligatur in futurũ ad hoc, vt in societate inuitus perseueret. Hoc diuersum est in reliquis cõtractibus, vt in locatione & conductione, quæ si ad quinquennium, aut decem annos contracta sit, non licet ante id tempus renuntiare, & si mortuus sit vnus ex contrahentibus, nihilominus heres in eandẽ obligationẽ succedit, eademq; in ceteris contractibus est ratio. Sed propriũ hoc est societatis & mandati, vt vnius voluntate renuntietur obligationi in præteritũ contractæ. In societate hæc ratio est, quia societas est beneficii, non cõtrahitur societas, vt vnius socii industria, opera aut facultatibus aliorũ sociorũ facultates augeantur, & vna eius socii, qui beneficiũ præstat. Aut ergo is qui societati renuntiat beneficium dat sociis, aut a sociis beneficiũ accipit: Si dat, potest renuntiare societati quando vult, cum æquum sit vnumquemque tamdiu beneficio nostro vti quamdiu volumus, & vt liceat reuocare id, cum mutauerimus voluntatem, *l. 2. de proc.* Quod si ab aliis sociis beneficium accipit, tanto magis potest societati renuntiare, quia vnicuique licet renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt, *leg. penultim. supr. de pact.* II. Dicimus † re- 14
nuntiatione & morte ita finiri societatẽ, vt quamuis contra conuenerit, tamẽ nihil obstet, quo minus societas dissoluatur, *l. nemo potest, l. nulla, D. eo.* Hoc pugnat cum edicto de pactis, quo prætor vult pacta seruanda esse. Sed præcipue pugnare videtur cũ æquitate & natura societatis. Nam societas est contractus bonæ fidei *§. actum, Inst. h.* Nihil magis bonæ fidei cõuenit, quã quę in contrahendo placuerunt, seruare, *l. ex emt. in pr. de act. emt.* Resp. Imo repugnat edicto prætoris & naturæ societatis huiusmodi pactionem seruare, qua efficitur ne a societate discedere liceat. Nam quod dicitur pacta seruãda esse, hãc exceptionem habet, ex eodem edicto, nisi pacta sint contra ius. At eiusmodi conuentio, ne liceat discedere a societate, contra ius est, quia est contra naturã & ius societatis. Nam societas contrahitur amicitiæ & fraternitatis ineundæ gratia, *d. l. verũ in pr. D. h.* Proinde repugnat naturæ, quicquam fieri aut admitti in societate, quod pertineat ad tuendas discordias inter socios. At materia cõmunionis discordias solet excitare inter non consentientes, vt Pap. scribit *in l. cũ pr. §. dulciss. de leg. secund.* Quare aperte pugnat cũ natura societatis, socios inuitos cogi, vt maneãt in cõmunione, aut vt suscipiant societatẽ cũ his quos aperte non elegerunt.

Postremo dicimus † morte vnius socii solui socie- 15
tatem. Hoc pugnat cũ certo iure tradito de iure heredũ. Nam heredes succedunt in cõmoda & incõmoda omnia defuncti, eoq; & in defuncti obligationẽ, *l. 1. 2. 3. de bon. poss. secun. tab. l. qui in ius de reg. iur. §. vlt. Inst. h.* Resp. Quod placet heredẽ succedere in eandẽ obligationẽ & eadẽ onera defuncti, hactenus verũ est, nisi ius

de quo agitur, personale sit. Nam quod personæ defuncti cohæret, id non transit ad heredes, *l. non solum* 2. §. *voluntate, de libe. leg.* Hæc de modis, quibus societas soluitur.

16 Alterum caput hoc est: Quando † actione pro socio agi possit? Et dicitur agi posse cum actio pro socio nata est. Hic quæritur, quando nascatur actio pro socio & vtrum nascatur & agi possit manente societate. Dubitatio oritur *ex l. actione, §. nunquam, D. h.* vbi significari videtur non posse agi pro socio, manente societate, præterquã in societate vectigalium. Vnde intelligimus, nec eam actionem tunc nasci: nam cum nata est actio, tunc agi potest, *leg. cedere, de verb. signific.* Rursum ex aliis locis apparet & manente societate actionem pro socio nasci, & eodem tempore agi posse. Res sic habet: Statim actio pro socio nascitur, cum primum socius socio aliquid ex ratione & caussa societatis debere cœperit. Primum, cum socius societati nocuit, aut quid amouit, *l. rei communis, l. sed nihilominus, cum l. seq. D. h.* II. Si ad socium aliquid peruenit ex rebus aut commodis societatis, vt si fructus rerum communium percepit, si pretium rei communis diuenditæ accepit, *l. pro socio, §. vltim.* III. Si quid socio abest, dum aut rem communem impendit, aut quid propter societatem de suo amittit, id reliqui socii pro parte agnoscere debent, *d. leg. pro socio, §. vlt. l. cum duobus, §. quidam, D. h.* Postremo si quid conuenerit, vt socius faceret, nisi fecerit, statim cum eo pro socio actio nascitur, & agi potest, *d. l. cum duobus, §. item Mela, l. 69. l. duo socii. D. eod.* Hæ actiones non possunt nasci, nisi manente societate, *d. l. actione, §. si post distractam, D. h.*

Sed & noua actione statim agi potest, *d. l. cedere, de verb. signifi.* Quo fit, vt manente societate, & nascatur actio pro socio, & etiã ex actione agi possit. Non obstat, quod dicitur *in dict. l. actione, §. namque, D. h.* manẽte societate agi potest, vt incipiat & nasci actio, & agi posse: sed non potest pro socio actione agi manente in posterum societate, id est, ita agi, vt post actionem societas maneat, quia actione pro societate instituta, tacita renuntiatione soluitur societas, *d. l. actione, vers. 2.* Est autem hæc sententia, *d. §. nonnunquam.* Nam quod ibi dicitur, societate vectigalium manente pro socio agi posse, significat ita agi posse, vt nihilominus societas vectigalis postea maneat, vt sequentia verba eius loci declarant.

Denique in actione pro socio, cũ ea agitur, idem accidit, quod tunc, cum quis exhalat animam, seu cum quis moritur. Nam nemo moritur nisi adhuc viuus seu manente adhuc vita, id est, ita vt post mortem adhuc vita maneat. Hinc intelligere licet, perperam apud Accursium hoc loco comparari actionem pro socio actioni tutelæ, quia actio tutelæ non nascitur, multoq; minus ea actione agi potest constante tutela, sed solum finita tutela, *l. nisi finita l. si tutor. 9. §. si testamento & § vlt. cum l. seq. D. de tut. & rat. distrah.* Quorum vtrumque in actione pro socio fieri ostendimus.

*Ad L. Penult.*

Imper. Iustin. A. Ioanni P. P.

*De societate apud veteres dubitatum est, si sub conditione contrahi potest: puta si ille consul fuerit, societatem esse contractam. Sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem, huiusmodi caussa ventiletur: sancimus societatem contrahi posse, non solum pure, sed etiam sub conditione. Voluntates etenim legitime contrahentium omnimodo conseruandæ sunt.*

SVMMARIVM.

1 *Societas an sub conditione contrahi possit & an sub die, & in diem.*

Hic constituitur † societatem sub conditione contrahi posse: Hoc modo, Placet vt inter nos societas constituta sit vel omniũ bonorũ, vel illius negotiationis, si nauis venerit ex Asia: Cuius cõuentionis hæc vis erit, vt antequam nauis ex Asia veniat, nulla sit societas, postquam autẽ nauis venerit, id est, completa conditio sit, societas contrahatur. Idem scriptũ est *in l. 1. in pr. D. h.* Sed addit Iustinianus, ideo se id constituere, quod veteres de eo dubitauerint. Contrarium est *in d. l. 1. D. h.* vbi sine hæsitatione idem definitur. Respondeo, Definitio *l. 1. D. eod.* est Pauli, Paulus non est omnes veteres. Nihil prohibet quosdam ex veteribus pro certo habuisse, societatẽ sub conditione contrahi, quo in numero fuit Paulus, & alios dissensisse. Hic Iustinianus cum dicit veteres dubitasse, significat quosdam dubitasse, non omnes: Sed videtur stultum esse de eo dubitare, ac proinde stultum etiam de eo constituere hanc legem, vt vel nulli veteres dubitauerint, vel si qui dubitauerint iustissime eorum dubitatio stulta contemni potuerit & debuerit. Nam vt placeat societatem, vel in diem contrahi, vel sub conditione, hoc totum ex placito & consensu est. Quibus autem in contractibus seruare oportet consensum, seu id quod placuit inter contrahentes, maxime seruare oportuit in iis contractibus, qui consensu fiunt, quo ex genere est societas. Ergo in societate præcipue constare oportebat hanc posse contrahi sub conditione. Idem semper constitit inter veteres, stipulationem, quæ non solo consensu fit, sed verbis; tamen & in diem & sub conditione contrahi posse, §. *omnes. Instit. de verb. obl.* Item & mutuum, quod re contrahitur, cõditionem recipit inter omnes veteres, *l. omnia, si cert. pet.* Multo ergo iustius societas & conditionem recipere debuit, vt stultissimum fuerit de eo dubitare.

Respondeo, si nihil aliud in societate obstaret, sine dubio maxime constare oporteret societatem sub conditione contrahi posse. Sed est aliquid proprium societatis, ex quo dubitandi caussa nascitur, quæ & dubitatio hodie subest, & ob hanc caussam etiã hic diluenda est. Sciendum est autem ceteras obligationes sub conditione contractas, veluti stipulationem, aut emptionem, ita fere contrahi, vt vnus ex contrahentibus adhuc pendente conditione non possit ei obligationi renuntiare, sed conditione existẽte, tam obligetur, quam si obligatio pure ab initio contracta esset, *l. necessario. D. de proc. & cond. rei vend. l. potior, in fin. qui pot. in pign.* Hoc in societate sub conditione contracta aliter fit. Nam si iam plene societati contractæ renuntiare licet, vt licet, multo magis licet, renuntiare futuræ & nondum plene contractæ, pendente conditione. Hinc dubitandi caussa: Sic enim licet ratiocinari: Nulla est obligatio, vbi est in potestate debitoris an obligetur an nõ, *l. sub hac, de obl. & actio.* At cum societas sub conditione contracta est, est in potestate socii, pendente conditione efficere, ne in posterum obligetur, renuntiando obligationi futuræ. Proinde societas & obligatio societatis huiusmodi contracta nulla est.

Respondeo, falsum est, nullam esse obligationem, quoties

quoties est in potestate debitoris, ne obligetur: Nam si mihi promiseris sub conditione, si in capitolium non ascéderis, est in potestate tua efficere, ne obligeris nempe capitoliũ ascendendo. Et tamen stipulationem valere constat, *l. ita stipulatus, vers. sed etsi, & deinceps, de verb. obligat.* Sed tunc obligatio nulla est, cum nominatim & expressa conditione confertur obligatio in debitoris voluntatem, cum ita promittit, si volet, idque est quod dicitur *in leg. sub hac, de oblig. & actio.* Quid ergo interest vtrum quis promittat decem, si volet, an vero decem, si in capitolium non ascenderit, cum etiam ex posteriore conditione non sit debiturus 10. nisi velit? Respon. Hæc caussa est, quia in priore conditio si volã, exprimitur. In posteriore autẽ promissione intelligitur, non exprimitur. Expressa nocent, non expressa nõ nocent iuxta regulam iuris *l. nunquam, de cond. & demonst. l. expresse, de reg. iur.* cuius differentiæ ratio hæc quoq; est, quia cum quis promisit expressa cõditione si volet, non aliter obligabitur, quam si dixerit se velle, *l. si in lege, de cond. & demonst.* At vbi hæc conditio non exprimitur, veluti cum socio licet renuntiare societati, societas contrahitur cõditione adiecta exsistente, etiamsi socius non dixit, se velle manere in priore conuentione,

Dicitur † hic societatem recte contrahi sub conditione, cur non adiecit Iustinianus etiam contrahi posse ex die seu in diem, cum constet etiam hoc modo societatem contrahi posse, *l. 1. D. hic.* Respondeo: Eo factum est, quia nemo veterum dubitauit, quin recte ita contraheretur societas. Iustinianus autem dubitationem veterum in hoc genere eximere voluit. Ratio manifesta est, quia vbi in diem contrahitur societas, statim cõtrahitur obligatio, vt non sit conuentio inutilis, tametsi actio in diem differatur, vt est definitio obligationum in diem contractarum, *§. in diem, Insti. de verb. oblig. l. centesimus, in pr. de verb. oblig.* Sed diligenter notandum est societatem ex die seu ex tempore non contrahi eodem modo vt stipulatio in diem contrahitur. Nam stipulatio in diem est, cum quis promisit Calendis, vel ex Calendis, vel post Calẽdas, vel post duos vel tres annos, *d. §. in diem, Inst. de verb. obl.*

Non sic societas in diem contrahi potest, vtputa, placuit inter socios futuros, vt societas inter eos contracta esset post duos menses, vel annum, vel Calendis, vel ex calendis. Hic societas non contrahitur in diem, quoniam placet, vt ante diem nulla sit societas, ex quo euenit, vt ante diem nulla sit societatis obligatio, vbi nulla societas est. Iam autem dixi obligationem ex die esse, cum præsens obligatio est, sed petitio differtur in diem, *d. l. centes.* Ergo meminerimus societatem in diem, seu ex tempore ita contrahi, cum placet inter socios, vt iam nunc societas contracta sit, sed hac lege, vt damni & lucri communicatio, ita præstatio rerum ad societatem pertinentium differatur in certum tempus, vel quod idem est ea lege, vt socius sociis nihil præstare debeat, nisi ex Calendis, seu certo alio tempore. Hoc enim cõuentione futurum est, vt præsens sit obligatio, actio autem pro socio in certum diem differatur, in quo genere societatis etiam ante diem societati renuntiari potest, neq; tamen ante diem pro socio agi poterit.

*Ad L. vltimam.*

Impp. Diocl. & Maxim. AA. Ioanni P.P.

*Sancimus, veterum dubitatione remota, licentiam habere furiosi curatorem dissoluere, si malæ erit, societatem furiosi, & socius licere ei renuntiare. Et quemadmodum in omnibus contractibus aliis legitimam auctoritatem ei dedimus, ita & in hac parte eum permittimus competenter commodis furiosi prouidere. Dat. (P. post consulat. Lamp. & Orest.*

SVMMARIVM.

1 *Societati cũ furioso contractæ an curator furiosi renuntiare possit & contra.*

QVæsitum est, † an societati cũ furioso contractæ curator furiosi renuntiare possit. & cõtra, an socii furiosi renuntiare possint societatem curatori furiosi? Et merito quæsitum est, ac secundum regulas iuris veteres non potuit curator hic societati renuntiare: nam renuntiatione soluitur societas, sed ita, si socius renuntiet, vel alius voluntate socii, puta procurator eius *l. actione, §. renuntiare. D. h.* At cum curator furiosi renuntiat societati furiosi, socius non renuntiat, quia curator socius non est, nec voluntate socii renũtiat, quia non est procurator eius & voluntate furiosi cõstitutus, præterea voluntas furiosi nulla est *l. furiosi, de reg. iur.* Et cõsequens erat, vt ante hereditatem constitutã, aut non possit curator renuntiare huic societati, aut iustissime de eo dubitaretur, an possit? Ob hãc caussam res decisa est hac lege, quia placet curatorẽ furiosi, posse renũtiare societati cum furioso contractæ. Nõ obstat, ꝙ curator socius non est. Nã hac lege illi tribuitur, vt pro socio esse videatur. Iubetur enim pro domino esse, in quo intelligere possumus ius idem tribui curatori furiosi, ꝙ iure cõmuni tribuitur tutori, tutorq; tutelã administrat pro domino habetur, *l. tutor, qui tutel. ff. de admin. tut.* Non eadẽ fuit potestas curatorũ omniũ. At hanc tribuit curatori furiosi Iustin. h. l. Sed hoc cõstituendo prius cõstituit, societatem cum furioso constitutam esse posse. Hoc autem fieri posse non videtur, quemadmodum nõ recipitur testamentum, ꝙ nullum est, *l. 5. de lib. & posth.* Non est manumissio, nisi seruitutis præcedentis. *Inst. de lib. in pr.* Sic non dissoluitur societas nisi quæ præcesserit, sic fit, vt dixi, vt dum vult Iustinianus societati furiosi renuntiari posse, hoc prius statuat etiam cũ furioso esse posse societatem.

Hoc vt dixi non videtur defendi posse: Nam aut societas cum furioso constituta erit ex persona alterius aut ex psona furiosi. Ex persona alterius esse non potest nisi aut ex psona patris defuncti, cui furiosus successit, aut ex persona curatoris, qui hanc cõtraxit. Porro etiamsi pater furiosi defunctus, socius fuerit, tamen furiosus filius in societatẽ non succedit, quia societas morte soluitur, *l. verum, § in heredum. l. act. §. morte, D. h.* Ex persona cnratoris societas cũ furioso esse non potest, quoniã non est societas, inter socios, nisi ex consensu sociorum, *Inst. de obl. ex cons.* Iam autem dixi furiosorum nullum consensum, nullam voluntatem esse, *d. l. furiosi, de reg. iur.* Item certi iuris est ex facto tutorum aut curatorum, minores non obligari, nisi quod iudicium ad minores peruenit *l. 3. D. quando ex pact. tut.* Rursum ex persona furiosi, seu ex contractu eius multo minus cum eo societas esse potest: aut enim contraxit cum furiosus esset, aut contraxit cum esset sanæ mentis, & deinde in furorem incidit, si furiosus, aperte non obligatur, quia societas ex consensu est, furiosi nullus est consensus & ideo furiosus nullum negotiũ gerere potest, *l. in negotiis, de regul. iuris.* Quod si homo sanæ mentis socie-

tatem contraxit, si postea in furorē incidat, hoc ipso dissoluitur societas consensu & voluntate omnium sociorum, quia vt dicitur *in §. soluitur, Institut. h.* qui socium eligit, certam personam eligit propter industriam, operam & fidem eius, vt iis mutatis non possit esse societas. Hæc omnia cum furore mutantur in furioso, proinde & societas dissoluitur. Quod si verū est, relinquitur quod proposui, societatem cum furioso esse non posse.

Respondeo: Cetera omnia vera sunt, illud postremum verum non est, quod dixi, societatem cum homine sanæ mentis contractam dissolui, si is in furorem incidit: hoc modo solui societatem nusquam proditum est, sed solum morte socii, aut bonorum amissione. Hic nobis occurritur, in quibus caussis eadem ratio est, idem ius statui oportet, *l. illud, ad l. Aquil. l. a Titio, de verb. oblig.* At placet certo iure societatem dissolui morte vnius ex sociis. Et adiicitur ratio, quia qui socium eligit, certam personam eligit, *d §.* Hæc ratio etiam in furioso locum habet, quoniam furiosus alia persona esse incipit in iis etiam rebus, quas alii socii spectarunt. Ergo & socio in furorem incidente etiā eodem modo societatem dissolui oportebit.

Respondeo: Non est eadem ratio demortui socii, & socii in furorem incidentis. nam socio mortuo, certum est, eum nunquam postea rediturum, vt operam præstet & diligentiam societati. At cum socius in furorem incidit, semper spes, est eum ad sanitatem rediturum, vt dum id sperant socii non abiiciant animum societatis. Præterea mortuo socio nulla commiseratio est erga eius heredem, qua moueantur socii, vt velint cum eius herede societatem manere. At socio in furorem incidente, mouentur socii commiseratione furoris, vt magis illi velint prodesse, cōiectura ducta ex eo, quod fraternitatem prius cum illo coierint. Nam societatis ius quoddam fraternitatis est. In hac specie locus erit huic constitutioni, vt quamuis socio qui furere cœperit concedant alii socii, vt in societate maneat, tamen officium sit curatoris expendere, an furioso id expediat, vt, si non expedit, renuntiet societati. quod facere potest pro potestate hic constituta. Idem ex aduerso facere possunt socii furiosi.

## AD L. REM MAIORIS PRETII. II. lib. 4. Tit. 44.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Lupo.

*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, vt vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

SVMMARIA.

1 *In emtione & venditione licere cōtrahentibus in pretio se inuicem circumuenire, quomodo accipiendum.*
2 *Re vēdita minoris dimidia veri pretii, rescindi venditionem ex hac lege, & quæ capita hic spectanda.*
3 *Verum pretium quod.*
4 *Verum pretium ex tempore vēditionis hic æstimandum.*
5 *Eius temporis pretium quomodo probetur.*
6 *Renuntiantem beneficio huius legis id amittere; & renuntiare, quibuscunque modis declarat venditor se aduersus venditionem non venturum.*
7 *Minorem renuntiantem beneficio vtiliter, restitui in integrum.*
8 *Minor si renuntiet interposito iureiurando, cessare restitutionem.*
9 *Qui re vendita minoris dimidia iusti precii dixit se, si pluris res valet, id quod amplius est, donare emtori, vel ei remittere, satis renuntiare beneficio huius legis.*
10 *Beneficio huius legis locum esse, quocunque modo res vendita sit minoris dimidia veri pretii etiam ab eo, qui in eo lapsus non probetur iusto errore.*
11 *Rescissione vēditionis ex hac lege esse in hoc, vt venditor rem suam recipiat reddito oblato ue prius pretio, quod accepit.*
12 *Licere emtori ex hac lege supplere, quod iusto pretio deest, & rem retinere; & quod sit hic iustum pretium.*
13 *Re vendita peremta quando ex hac lege agi possit ad rei æstimationem recipiendam.*
14 *Restitutionem rei minoris dimidia veri pretii venditæ solum in obligatione esse: pretii suppletionem in solutione, non in obligatione. proinde vbi de re restituenda agi non possit, ibi nec ad supplementum iusti pretii agi posse.*
15 *Qui emit minoris dimidia iusti pretii, si eam rem alii vendiderit, & pretium acceperit, nec eius pretii nomine teneri.*
16 *Ad rescindendam ex hac lege venditionem non restitutionem esse in integrum, sed ciuilem actionem ex vendito.*
17 *Emtori quoque esse beneficium huius legis ad rescindendam venditionem, non si emerit pluris dimidia iusti pretii, sed si duplo pluris emerit, quā valet, vt duplo plus det, quam accipiat.*
18 *Emtor duplo pluris emens omni modo recte aget, vt sibi pretium restituatur, nec venditor alias res supplere volens audiendus est.*
19 *Beneficium rescißionis ex hac lege etiam ad alios cōtractus, in primis ad locationem & conductionem pertinere; & quomodo id accidat.*
20 *Ad permutationem, & quomodo.*
21 *Ad diuisiones rerum.*
22 *Beneficio huius legis in transactione locum non esse.*
23 *Sed nec in donatione.*
24 *Siue vēditor non minoris dimidia iusti pretii vendiderit, siue emtor non duplo pluris emerit, venditionem ob iniustum pretium rescindi nō posse: præterquam in fisci venditionibus.*

VEterum sententia est in ius recepta, quod ante 1 hanc legem videtur perpetuum fuisse; in emtione & venditione naturaliter licere contrahentib. in pretio se inuicem circumuenire, *l. in caussa 2. in fin. prin. D. de minor. l. item si. §. vlt. D. loc.* Quod ne quis sinistre interpretetur, quasi probetur in hoc contractu dolus, qui cum vindicetur generali edicto in negotiis aliis omnibus; tum præcipue a contractu bonæ fidei, cui contrarius est, quā longissime abesse debet, *l. 1. D. de dolo. l. tenetur 6. §. vlt. D. de act. emt. l. 3. §. vlt. D. pro soc.* habet superius dictum hanc sententiam; licere quod minoris est, pluris vendere, & quod pluris est, licere minoris emere. sed hactenus, dum fraudatio, id est, detrimentum in pretio sit: id est, in re & pretii quantitate, non in contrahentium machina-

machinatione de re aliquid mentientium, aut maliтiose cælantium, quo pluris vendant, vel minoris emant: denique dum dolus absit, *d. l. item si. §. vlt. loc. l. si voluntate, in pr. infr. eod. d. l. 6. §. vltim. de act. emt.* Ista autem conditione ita superior circumscriptio in emtione & venditione concessa est, vt quamuis multo minus sit pretium, aut maius, quam oportet, tamen non liceat ob eam caussam venditionem rescindere inuito alterutro, *l. ad rescindendam, l. ratas. infr. hoc tit.*

2 Exceptio † tandem admissa est, quæ constituta est hac lege; siue putemus eam ante receptam fuisse, & hac lege apertius confirmatam: siue, quod ex verbis constitutionis propius vero est, hac lege primum inductam. Exceptio hæc est humanitatis iure constituta, vt hic dicitur, & constituta in venditore; nisi res minoris dimidia veri pretii vēdita sit. Cum huius beneficii vtilitas magna sit in commerciis hominum, qui sæpe errore minus accipiunt, quam dant, cum præterea hæc lex, quæ de eo beneficio constituta est, breuiter conscripta sit; idcirco de interpretatione & sententia eius multa quæsita & tractata sunt omnibus ætatibus apud interpretes. Nos tātum dicemus, quantum ad sententiam loci, & rerum ad eamdem vtilitatem pertinentium necessariam cognitionem facere videbitur. Continetur autem hæc omnis tractatio certis capitibus summis quinque, quæ mihi præscripsi: de quibus dicam hoc ordine. Primum, *an & quando ex hac lege emtio alioqui sine metu & dolo contracta rescindi possit a venditore.* Secundo loco, *si potest rescindi, quid venditor petat, & quid consequatur.* Tertio, *qua actione, vt sciri possit, quamdiu duret ea actio.* Quarto, *an quod venditori hac lege tributum est, idem tribuendum sit emtori, qui minus accepit & plus dedit, & qua lege ac conditione ei tribuendum sit.* Quinto & postremo, *si venditori & emtori tribuendum est, an quod placet in emtione, idem beneficium transferendū sit ad ceteras permutationes, vbi vnus dat, & vicissim accipit.*

Primum igitur quærimus, quod & in re natura primum est, *an sit ex hac lege emtionis rescissio venditori, & si est, quando.* Et constat ex hac lege ius esse venditori emtionē rescindere; cum fiat ei potestas pretium restituēdi, emtoribus fundum venditum recipiendi, vt isto modo vterque quod prius dedit, recipiat. quod non fit nisi dissoluta, & vt nunc loquimur, nisi rescissa emtione. Sed & hoc diserte expressum est in *l. si voluntate, in fin. infr. eod.* Quando autem beneficio huius legis rescindi venditio possit, cōditio adiecta ostendit: Conditio hæc est, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. Quod quid cōtineat, videamus.

3 Verum † pretium est, quanti res vere valet. dictum ad differentiam eius pretii, quod venditor arbitrio suo ex affectione & vtilitate sua æstimat. Id quod non spectamus. Et ideo si fundum venditum æstimet venditor centum aureis, qui valet tantum octoginta aut septuaginta, non ideo rescindetur emtio, quamuis quadraginta quinque tantum acceperit. Minus quidem dimidia accepit, si pretium ex affectione eius spectemus. Sed verum pretium quærimus. In proposito autem qui tantum accepit, non accepit minus dimidia veri pretii. Sed etsi hic dictum esset solum pretium, nec adiiceretur verum; tamen idem intelligeremus, id est verum. Est enim iuris certi sententia, pretia rerum non ex affectione aut vtilitate singulorum æstimari, sed communiter fingi. id est tanti res æstimari, quanti communiter valent. *leg. pretia. D. ad leg. Falcid. l. si seruum 33. D. ad l. Aquil.*

Sed cum pretium verum rei venditæ, & vna cum pretio dimidia eius pretii variari possit, pro diuersis temporibus, id est, cum possit pretium aliud esse tempore venditionis, aliud quo tempore res traditur, aliud quo venditio rescinditur; cuius ex his temporibus pretium spectabimus? Id diserte comprehensum est *in dict. leg. si voluntate, in fin. infr.* Placet emtionem rescindi, si soluta nō sit dimidia eius pretii, quod fuit tempore venditionis. Quo loco generaliter tenebimus, quoties contractum ob aliquod vitium suum infirmari volumus, semper spectari debere vitium, quod interuenit in contrahendo. Nam ex eo tempore contractus æstimatur. Vt puta, propter dolum dicimus emtionem & societatem nullius esse momenti: nempe ita, si societas dolo contracta sit. *l. & eleganter, D. de dol. l. 3. in fin. D. pro soc.* Item dicimus nullam venditionem esse cum furioso. Hoc sic intelligimus, si sit furiosus, cum contrahit. Nam si tunc fuit sanæ mentis, furor postea superueniens nihil nocet. *lege secunda, supr. de cont. emtio.* 4

Enimuero † si multo post venditionem contractam agatur ad rescindendam venditionem ex hac lege, & de vero pretio remoti illius temporis sit controuersia, quomodo id probabitur? Et sciendum est, cuiusuis temporis verum pretium duabus his ex rebus æstimari, qualitate rei, & quātitate fructuum, *leg. si quis. infr. hoc titul. leg. penult. in prin. D. de reb. eor. qui sub titul.* Ex qualitate, quia alia est prati æstimatio, alia agri, alia vineæ. Ex quantitate fructuum, quia superiorum quoque rerum in suo genere æstimatio pro modo fructuum longe est dissimilis. Intelligitur autem fructuum quantitas partim ex fertilitate fundi, partim ex eius magnitudine. Nam alii fundi aliis sunt fertiliores pro situ loci. Et maiores fundi plures fructus afferūt. Ex his rebus æstimatio, vt dixi, pendet; sed ita, vt hæc æstimatio non sit posita in testimonio testium, vt omnibus testibus fides habeatur, qui dicent se ex suprascriptis rebus rem tanti æstimare. Etiam iudicio & intelligentia opus est ad has res recte reputandas. Proinde erit prudentiæ iudicis ad eam æstimationē admittere non quoslibet, sed peritos earum rerum æstimatores, quales in omnibus locis fere semper multi reperiuntur. Et ita est, cum de re æstimanda, quę in arte & peritia cōsistit, agitur, non debent adhiberi nisi periti eius artis & rei, de qua agitur, *l. 1. circa prin. D. de vent. inspi. l. semel, infr. de re mil. lib. 12.* Quod si difficile erit meminisse & probare, quæ fuerit vera æstimatio tempore venditionis, quia forte nimis longo post tempore emtio rescindatur; hoc cōsilii dandum est venditori, vt probet præsentem æstimationem fundi, de quo agitur, & dicat eum fundum nō fuisse mutatum ex eo tempore, quo venditus est. Necesse est enim, nisi sit mutatus, & mutata eius æstimatio, eandem etiam æstimationē prius fuisse, quæ nunc est. Quod si emtor dicet mutatam esse, id probare debebit. argumentum *in l. eum qui, D. de prob.* 5

Ex hac † caussa venditio rescindi potest beneficio huius legis sine exceptione, nisi tamē venditor huic beneficio renuntians pactus sit, se eo non vsurum. Hoc qui fecit, sine dubio eo nō vtetur. licet enim iuri pro se introducto renuntiare. ex quo & remitten- 6

tibus actiones suas non datur regressus, *l. pen. supr. de pact. l. pactum, D. eod. l. quaritur, §. penult. D. de æd. ed.* Et si quidem aperte ac specialiter id pactus est, nulla dubitatio. At quid si non aperte id fecit? Hinc illa quæsita. Quid enim, si in venditione, seu in instrumento venditionis venditor, qui minoris dimidia vendidit, cauerit se cōtra eam venditionem nihil facturum, se contra non venturum? Puto satis eum renuntiasse huic beneficio generali cōuentione. Nam his verbis pactus est, se nulla de caussa venditionem rescissurum. Is enim contra venditionem facit, qui eam non seruat. Et aperte is non seruat, qui rescindit. Quisquis autem vtitur beneficio huius legis, is ad rescindendam venditionem vtitur, *dict. leg. si voluntate, in fin. infr.* Quare & superiore conuentione pactus est, se hoc beneficio non vsurum; & quia pactus est, non minus prohibebitur ea conuentione, quo minus beneficio vtatur, cui renuntiauit. Nihil ad rem pertinet, si dicat nihil specialiter de eo conuenisse, aut se de eo nō sensisse. Nam generali renuntiatione omnes caussæ continentur, ex quib. rescindendæ emtionis potestas est, vt semper generali oratione omnes species ei generi subiectæ, *leg. si seruitus. D. de ser. vrb. præd. l. sub prætextu specierum, supr. de trans.* Et qui generaliter de omnibus pactus est, non est ferendus, si verbis suis aduersatus neget se de aliqua caussa, aut specie sensisse. *l. non est ferendus, D. de trans. l. quidquid, D. de verb. obl.*

7 Quid † si minor re minoris vendita quam dimidia iusti pretii, idem cauerit quod supra, se videlicet aduersus eam vēditionem non venturū? Dicendum est, si res fuit, quæ vendi posset, & auctoritate curatoris id cauit, aut si curatorem non habens idem fecit, venditionem ipso iure valere, *l. 3. supr. de in integr. rest. min.* sed paratam ei in integrum restitutionem ex beneficio communi ætatis: quia aperte læsus est, qui actionem ex hac lege sibi competentem remisit, *l. non omnia, D. de min.*

8 Quid † si minor idem cauerit interposito iureiurando? Aduersus iusiurandum cessat in integrum restitutio certo & constituto iure, *l. 1. & authen. sacramenta puberum. supr. si aduersus vend.* Vulgo tamen maxima pars contra existimat; vt Accursius hoc loco; qui mouetur hac ratione, quod sacramentum a minoribus interpositum hoc solum præstet, vt minores pro maioribus habeantur. Alii hanc rationem adiiciunt, quod dicant, minorem in generali renuntiatione non videri sensisse de beneficio huius l. gis propter imperitiam iuris, quæ in illa ætate recipitur, *l. regula, D. de iur. & fac. igno.* Porro iusiurādum non pertinere ad eas res, de quibus quis non cogitauit, *l. vlt. supr. de non num. pec.* Sed his rebus moueri non debemus aduersus cōstitutiones disertis verbis scriptas, *dict. leg. 1. & d. Auth. sacramenta,* in quibus diserte scriptum est, sacramenta puberum debere inuiolabiliter custodiri in contractibus eorum. Accursii ratio, quam dixi, eiusmodi est, vt potius aduersus eum faciat. Ait sacramenta minorum, id solum efficere, vt minores pro maioribus habeantur. Admitto, & est verissimum. Sed hac ratione efficitur minorem aduersus superius iusiurandum restitui non posse. Nam maior, si idem, non dico iurasset, sed conuenisset tantum, venditio non rescinderetur. Ergo nec rescindetur in persona minorum, quibus in hoc iureiurando duæ res obstant, sua conuentio, & suum iusiurandum. Conuentio, qua pacti sunt se contra venditionem non venturos, generalis est. conuentione generali comprehendunt etiam beneficium huius legis. Sacramento autem eorum fit, vt cum sine sacramento restitui possent, nunc non possint, quasi maiores constituti propter iusiurandum. Quod autem dicitur iusiurandum non pertinere ad eas res, de quibus cogitatum non est; & ipsum verissimum est. Plus dico: ne conuentio quidem simplex, quantumuis generalis, pertinet ad eas species, de quib. sensum non est. *l. qui cum tutoribus, pene tota. D. de trans.* Sed qui generaliter pactus est, & quid remisit, is specialiter quidem non sensit de singulis caussis, propter quas rescindi res potest: sed sensit generaliter. Hoc enim animo est, vt quæcunque caussa nunc est, vel incidet postea, propter quam res rescindi possit, nolit ex ea caussa contra conuentionem facere, etiamsi caussarum species, maxime tunc fuerint illi ignotæ, *vt declaratur in d. l. sub prætextu specierum, supr. de trans. & l. non est ferendus. D. eod.*

Rursum † quid si venditor qui rem vendidit minoris dimidia veri pretii, in instrumento dixerit se si pluris res valet, id quod amplius est, donare emtori, seu ei remittere? Qui hoc fecit, satis & ipse beneficii huius actionem remisit. proinde nec eo vtetur. Qui enim quod amplius est, ita donauit, perinde est, quasi datum ab emtore accepisset. Aut igitur volumus donatum sic accipi, quasi id solum donatum sit, quod deest ad efficiendum dimidiam iusti pretii: & hoc satis est ad inhibendā rescissionē, quasi dimidia parte soluta. Placet enim venditionem rescindi, non si dimidia pars veri pretii soluta sit, sed si minus. Aut volumus his verbis donatū seu remissum totū quod deest iusto pretio: & tum multo minus venditio rescindi poterit; quoniam non rescinditur, si emtor suppleat, quod iusto pretio deest. quod fecisse videtur, vbi quod deerat, ei donatum est. Sic enim satisfactum est venditori. satisfactio autem pro solutione est. *l. satisfactio. D. de solut.* Vulgo maxima pars in contraria sententia est. Mouentur *l. hac adiectio, D. de verborum signific.* vbi in his verbis, *solidorum decem esse rem, plurisue,* placet hoc verbo, *pluris,* non significari quamlibet quantitatem, sed minutulam. At si minuta quantitas ab emtore adiecta esset, non suppleretur dimidia iusti pretii. Vnde volunt semper ex hac cōuentione relinqui locum huic legi: cum venditio semper consistat infra dimidiam iusti pretii. Sed quod dicitur hoc verbum *pluris* referri ad quantitatem minutulam: tunc verum est, cum eo verbo non exprimitur certa quātitas sed infinita, vt fit cum dicitur res esse decem, vel pluris. In hac infinitate necesse est esse, inutilem adiectionem, nisi minimam summam interpretemur. Infinitam enim æstimationem intelligere nō possumus, quia tanti res non valet. Ideo coniectura voluntatis vtimur, qua ducti interpretamur eam summam, quæ minima est, vt fit in specie non dissimili *in l. eum, qui Calendis. D. de verb. obligatio.* At cum plus, seu amplius, exprimit certam quantitatem: in re certa non est locus coniecturis, *l. continuus, §. cum ita. in fin. D. de verb. oblig.* Quamobrem & eam quantitatem certam sequi debemus. Iam vero in proposito, cum venditor dicit se donare id quod amplius est, quam quanti res valet, hac adiectione, quanti res valet, certa quantitas exprimitur. Finge fundum viginti aureorum venditum esse nouem. Si venditor dixerit, si pluris res valet, se id quod plus est, donare: aperte dixit, se donare vndecim aureos:

reos; quia tantum fuit, quo pluris res valuit. Porro in iure non solum id certum habetur, quod per se certum est: sed etiã quod refertur ad rem aliam, ex qua certitudinẽ accipit, vt si dicam me tibi donare eam summam, quæ testamento Titii mihi relicta est; dixi decem me tibi donare, si decem relicta sunt, *leg. 5. §. vlt. D. de re iud.* Plus dicimus. etiamsi in hac donatione & remissione verbo, amplius aut plus, concedamus exiguam quantitatem significari: tamen cessabit venditionis rescissio. sic enim statuendum est; ea remissione saltem remissum intelligendum esse; quod deerat ad dimidiam iusti pretii. Nam nisi hoc fit, remissio emtori erit inutilis. Volunt enim ei esse inutilem ad rescissionem venditoris euitandam. Atqui erit etiam ei inutilis ad omnẽ quamuis minimæ quantitatis donationem. Quoties enim in donatione, aut conuentione qualibet non exprimitur certa quantitas, quæ detur, aut promittatur, remittaturue; conuentio nulla est. *leg. ita stipulatus, 1. resp. D. de verb. obl.* Omnem autem orationem ambiguam sic interpretãdam esse placet, vt aliquid egisse videatur, nec concessum sit inutile; *l. si quando, in pr. D. de leg. 2. l. quoties in actionibus. D. de reb. dub.* Neque vero in proposito remissio minimæ quantitatis, vt aliquid egerit, aliter accipi potest, quam si dicamus remissum esse saltem id, quod desit ad dimidiam iusti pretii efficiendam, vbi & constituatur certa quantitas, & remissio ad liberandum emtorem sit vtilis. Quapropter & hoc ipsum accipere debemus. Summa hæc est, renuntiatione venditoris effici posse, vt beneficio huius legis non vtatur. Renuntiare eum videri huic beneficio, sine specialiter id exprimat, siue ea faciat, quæ supra diximus, quibus tacite renũtiatio huius beneficii continetur. Quæ ob id diligentius notanda sunt, vt qui vendunt, moniti caueant, ne quid eiusmodi paciscantur temere, cum sciant futurum, vt post eiusmodi conuentiones hoc beneficio excidant. Quod si cessabunt superiores renuntiationes, redimus ad beneficium, cui tunc sine exceptione locum esse dicimus, vt qui minoris rem vendidit, agere possit ad rescindendam venditionem, si nec dimidia veri pretii soluta sit.

10 Quo loco † notandum est, constitutionem nihil amplius exigere ad rescindendam venditionẽ, quam vt nec dimidia pars pretii sit soluta: vt intelligamus sufficere ad omnem caussam rescissionis venditori, si dicat, rem quam vẽdidit, tempore vẽditionis tanti valuisse, se autem vendidisse eo pretio, quod esset infra dimidiam veri pretii. Quocirca animaduertendus est error interpretum, vt Bartoli, qui exigunt a venditore ad rescissionem huius venditionis, vt duo dicat & probet. Primum rem venditam esse minoris dimidia veri pretii. Deinde se iusto errore lapsum vendidisse. Quod posterius aperte huic legi refragatur, quæ ad rescissionem emtionis nihil amplius quam priorem conditionem exigit. Mouetur Bartolus *leg. 1. supr. si ma. fact. alien. rat. hab.* vbi si quis maior factus venditionem rei suæ ante factam ratam habuerit, placet eum admitti ad rescindendam venditionem, siue confirmationem venditionis eius; sed ita, si duo concurrant; nempe si minoris res distracta sit, & præterea si iusto errore deceptus emtionem ratam habuerit. Sed male mouetur eo loco. Nam illic non agitur de ea re, quæ vendita sit minoris dimidia iusti pretii, sed de ea solum, quæ vendita est minoris. Cur ergo illic exigitur, vt res minoris vendita sit, cum ad rescissionem emtionis sufficiat iustus error confirmantis? Id vero in promtu est legenti. Eo fit videlicet, quia maior ille, de quo dicimus, volebat compensare pretium, quod amplius petebat, cum ea pecunia quam vicissim debebat emtori. Et respondetur eum compensare posse, sed hac conditione, si minoris iusto prædium, vel res distracta sit. Ceterum vbi res vendita est minoris dimidia iusti pretii, illic errorem venditoris amplius non exigimus. Quinimmo etsi exigeremus, tamen probari non oporteret ab eo, qui probat se vendidisse dimidia iusti pretii minoris. Etenim qui ita vendidit, eum necesse est, aut errore fecisse, aut donare voluisse; quod vltra est. Donare voluisse non creditur, quia nemo existimatur facile iactare suum, *l. cum de indebito, D. de prob.* Restat ergo, vt hoc ipso existimetur errore vendidisse. Stet igitur beneficium superius huius legis, vt qui minoris dimidia veri pretii rẽ vendidit, is ad rescindendam venditionem agere possit solũ hoc ipso, quod minoris dimidia iusti pretii vendiderit, dum nulla interueniat renuntiatio, quæ illi hoc beneficium auferat.

Sequens † locus est, postquã ex hac caussa ad venditionem rescindendam agere potest venditor, vt videamus quid petat ex hac lege, quidue consequatur. 11
Et beneficium legis huc spectat, vt vẽditio rescindatur. vnde etiam in hoc agitur, *l. si voluntate, circa fin. infr. hoc tit.* His verbis hoc continetur, ne venditor consequatur vtrumque, nempe & pretium quod accepit, & rem quam dedit: sed vt reddat ipse pretium, rem autẽ quam dedit, ab emtore recipiat, vt hic scriptum est. sic enim fit, atque hoc continet venditionis rescissio, *l. quod si minor. §. restitutio. D. de min.* Vnde intelligimus venditorem in proposito ita agere, vt rem quam dedit, repetat oblato pretio, quod accepit. Nam prius pretium offerri oportet, idque hac lege expressum est. congruit *l. Iulianus. §. offerri. D. de act. emt.*

Non † tamen semper venditor rem consequitur.
Tribuitur enim hac lege emtori electio, vt si malit rem retinere, possit supplere. quod iusto pretio deest. Quæritur hoc loco iustum pretium, quomodo accipere debeamus; *vtrum dimidium veri pretii, an vero totum ipsum pretium, quanti res valet.* Est enim *iustum*, verbum ambiguum. quo & legitimum seu lege comprobatum pretium accipi potest, & verum. Hinc distracta res in duas sententias. Quidam enim prius malunt, putantq; iustum hic accipiendum dimidium veri pretii, vt si emtor supplere velit venditori, quod huic dimidio deest, illi satisfiat, & emtor liberetur. vtputa fundus dignus viginti, venditus est solum nouem, atque ita minoris dimidia veri pretii. Volunt isti satis fieri venditori, si vẽditor vnum suppleat, quoniam eo suppleto efficiantur decem, quæ est dimidia veri pretii. Hæc autem dimidia illorum sententia est iustum illud pretium, quod hic appellatur. In qua sententia est Connanus in commentariis ad hunc titulum. Et videtur prima fronte sententia recte defendi, non solum significatione verbi, sed etiam manifesta iuris ratione. Nam, vt ante dixi, *iustum*, vt plurimum significat legitimum, vt, cum dicimus iustas nuptias. *Instit. de nupt. in prin.* sic dicitur iustum pactum *in l. epistola, §. primo, D. de pact.* sic iusta hereditas, *in leg. tertia, §. penult. D. pro soc.* At pretium legitimum si hic accipimus, necesse est intelligi veri pretii dimidium. Nam dimidio veri pretii soluto;

emtio iure conſiſtit, nec reſcindi poteſt, vt patet ex *hac lege, in fi, & l. ſi voluntate, infr.* Vt autem hæc ſententia ſignificationi verbi congruit; ita non minus certa ratione iuris niti videtur. Nam ſi emtor ab initio emtionis dimidium veri pretii ſolueret, non reſcinderetur venditio. Ergo & ſi contracta emtione dimidium offerat, idem conſequi debebit; quia non debet contracta emtione deteriore eſſe conditione, quam ab initio. item, quia iuſtum, quod ab initio fuit, non variatur temporibus, quin & poſtea iuſtum ſit. Sed verius eſt iuſtum pretium hic accipi debere verum pretium, & quanti res valet. In quam ſententiam omnes fere interpretes conueniunt. Neque nos contra hic mouere debet aut ſignificatio verbi, aut ſuperior ratio. Nam cum hic fere eſt vſus iuris, vt iuſtum pretium dicatur verum, & quanti res valet: *leg. ſi fundus, §. vltim. D. de pign. leg. ſi res, 12. §. 1. D. de iur. dot.* tum vero etſi varius eſſet verbi vſus; tamen cum de ſententia ſcriptoris conſtaret, quæſtio tolleretur, concederentque omnes in ambiguo id quod ſenſit, qui loquitur, ſequendum, *leg. 3. D. de rebus dub.* Atqui hanc ſignificationem eſſe huius verbi in hac lege, vt iuſtum pretium ſit verum, liquido probatur *leg. ſi voluntate, in fin. infr.* Nam quod verum pretium dicitur in hac lege, id in lege ſi voluntate dicitur in eadem re iuſtum. Hic ſcriptum eſt venditionem reſcindi, ſi nec dimidia veri pretii ſoluta ſit. In *leg. ſi voluntate*, ſcribitur reſcindi vēditionem, ſi nec dimidia iuſti pretii ſoluta ſit. Sunt autem auctores iidem vtriuſque legis: vt dubitari non poſſit, quin quod in poſteriore vocant iuſtum, id ſit, quod in priore lege vocant verum pretium. Non me mouet ratio ſuperior, quæ tamen plus ponderis habere videtur. Non enim verum eſt, idem tribuendum eſſe emtori contracta emtione, quod initio emtionis tribueretur. neq; abſurdum eſt, quod initio iuſtum fuit id circumſtantiis temporum iniuſtū fieri. quod in hac ſpecie plane accidit. Nam ab initio emtione nondum cōtracta, nihil emtor venditori debuit, nec fuit ei obligatus. Ideo & iure ſuo potuit rem emere, quanti voluit, etiā multo minoris vero pretio, dummodo non infra dimidiam veri pretii. Contracta autem emtione, vbi rem emit minoris dimidia veri pretii, prior ratio commutatur. Nam ex hac lege incipit venditori rem debere, vt reſtituat. Quod cum venditori debeat nō poteſt recuſare, qui in rem det, niſi velit emere conditionibus venditoris iuſtis, hoc eſt, vt rem retineat iuſto pretio emtā. Quare ſi proponas fundum dignum viginti venditum eſſe nouem, & velit emtor ſupplere, quod iuſto pretio deeſt, dicemus non aliter audiendum, quam ſi vndecim ſuppleuerit. Tot enim deſunt ad verum pretium rei venditæ. hic autem *iuſtum* intelligere oportet verum.

Sed ſiue emtor rem venditam reſtituere volet, recepto pretio, quod dedit, ſiue volet ſupplere, quod iuſto pretio & vero deeſt, vt rem retineat; ſemper hoc efficitur hac lege, vt alterutrum facere debeat. Quæritur an hoc ſit perpetuum. Ac primum illud occurrit, quod quæratur.

13 Quid enim, † ſi res vendita & tradita perierit emtori? Hic vtemur diſtinctione iuris certi. Si culpa eius periit, non minus tenetur, quam ſi res extaret. Culpa enim perpetuat obligationem. *l. ſi ex legati. l. ſi ſeruum. §. ſequitur, l. nemo rem, §. 1. D. de verb. oblig.* Nec intereſt, qua culpa res perierit, vtrum quæ in faciendo ſit, an vero quæ in negligendo. Nam in emtione & venditione vtraque culpa præſtanda eſt ab iis, qui rem alteri præſtare debent, *l. ſi vt certo §. nunc videndum. D. com. l. contractus. D. de reg. iur.* Quod ſi res caſu perierit, quem nulla culpa aut mora emtoris præceſſit, emtor de ea re liberatur, *leg. quod te. D. ſi cert. pet. l. quæ fortuitis, ſupr. de pign. act. d. leg. contractus, in fin. de reg. iur.*

Hoc poſito, † incidit ex reipſa alia quæſtio. Eſto 14
enim, liberetur hoc caſu emtor rei venditæ reſtitutione. Etiamne in totum liberabitur, vt nec de ſupplendo iuſto pretio cum eo agi poſſit: an potius non ſaltem hoc ab eo peti poteſt, vt quod deeſt iuſto pretio, ſuppleat? Etſi enim rem, quæ non exſtat, præſtare non poteſt; at ſupplere poteſt, quod deeſt iuſto pretio. Quæſtio in eo eſt vtrum in propoſito, cum res vēdita eſt minoris dimidia veri pretii, emtor rem ſolum debeat venditori, electionem autem pretii ſupplendi a lege accipiat; an vero debeat res duas ſub diſiunctione, nempe aut rem reſtituere, aut pretium ſupplere. Nam ſi ſolum debet rem reſtituere, vt ſola hæc reſtitutio in obligatione ſit; re peremta ſtatim liberatur, *d. leg. ſi ex legati. D. de verb. obligat. dict. leg. quod te. D. ſi cert. pet.* Contra vero ſi ſub diſiunctione debet rem reſtituere, aut pretium ſupplere, re peremta nihilominus ſupereſt alterum in obligatione, quod & ſolum recte peti poteſt, nempe vt pretium ſuppleat, *leg. 2. §. Scæuola. D. de eo quod cert. loc. l. Stychum. in prin. D. de ſolut.* Et quod initio huius loci ſecundi attigi ſupra, nunc plenius dicendum eſt, emtorem in propoſito nihil debere, niſi rem venditam reſtituere, ſeu ſolam reſtitutionem rei in obligatione eſſe. Id ex eo intelligimus, quod beneficium hic tribuitur ad venditionem reſcindendam, vt diſerte traditur. *in dict. leg. ſi volumtate, circa fin. infr.* Non reſcinditur a venditore venditio, niſi cum id agitur, vt ille pretio reſtituto, quod certum eſt ei non deberi, ſed potius ipſum debere, rem ſuam recipiat, quæ illi petenti ex hac lege reddi debet, *dict. l. quod ſi minor. §. reſtitutio. D. de minor.* Non obſtat, quod in hac lege emtori nominatim tribuitur, vt rem reſtituat, vel ſi elegerit, ſuppleat, quod iuſto pretio deeſt. Nam facultatem pretii ſupplendi ex obligatione contracta non habet, ſed ab hac lege accipit, vt declaratur *in ead. l. ſi voluntate. in fin.* vbi hæc verba ſunt: *electionem iam emtori præſtitam ſeruandam.* Hæc electio præſtita eſt hac l. 2. Hanc enim legem, vt pote ſuam, & quæ de eadem re iam emiſſa erat, iidem Imperatores intelligunt. Hoc ipſum certum argumentum eſt ſolam hic rei reſtitutionem eſſe in obligatione. Nam quoties pro re quæ debetur, tribuitur lege facultas alterius rei præſtandæ, toties intelligitur in obligatione ſolū ea res eſſe, pro qua alterius rei electio tribuitur, *l. miles. 6. §. 1. D. de re iud.* Quapropter re vendita caſu exſtincta, ſic emtor liberatur, vt nec pretium iuſtum eum ſupplere oporteat.

Quid tamē, † ſi emtor eam rem vendiderit, & pre- 15
tium acceperit: an non ſaltem hic æquum eſt emtorem pretium quod accepit, reſtituere, ne lucrum faciat? Diſtinguendum eſt, vt ſi res adhuc exſtat, primus emtor ita teneatur, quaſi adhuc eandem rem haberet. Culpa enim eius ſit, quod habere deſiit. Plus dicimus, etſi res perierit culpa ſecundi emtoris, nihilominus priorem emtorē teneri, quaſi res exſtaret; quia hoc ipſo culpa eius res periit, quod eam vendidit, quam poterat recte aſſeruare. *l. ſi ſeruum, in prin.*

pr. verſ. idemque fiat. D. de verb. obl. Quod ſi res caſu perierit apud ſecundum emtorem, quo eodem caſu peritura eſſet apud primum, ſic primus emtor liberatur, vt nec pretium quod accepit, reſtituere debeat, aut quod iuſto pretio deeſt, ſupplere. Iam oſtendimus, eum non debere ſupplere, quod iuſto pretio deeſt. Quod autem attinet ad id pretium, quod ex venditione ſecunda conſecutus eſt, idcirco nihil de eo debet præſtare venditori ſuo; quia rem venditori debuit, non pretium. Denique pretium hic conſequitur ex ſua negotiatione & opera, non ex re, qua de cauſſa & apud eum integrum manere oportet. Hæc ſententia expreſſa eſt in l. venditor ex hereditate, verſ. pretium enim. D. de her. vel act. vend.

16 Tertium eſt,† vt videamus, quo remedio, quaue actione venditor in propoſito agat ad reſcindendam venditionem, ſeu petat rem venditam ſibi reſtitui, aut eius rei æſtimationem, ſecundum ea quæ proxime diximus: vtrum extraordinario auxilio; hoc eſt, in integrum reſtitutione, an vero communi iure, & actione ciuili in perſonam; & quænam ſit hæc actio. Hoc ideo quæritur, quia verba huius loci rem ambiguam faciunt. Vtrum autem dicamus, multum intereſt, quia ſi hic locum habet reſtitutio in integrum ad reſcindendam venditionem, ea intra quadriennium continuum ſolum competet, poſtea agere non licebit, l. vltim. ſupr. de temp. in integ. reſti. Quod ſi erit in perſonam actio communis, ea perpetua erit vſque ad triginta annos, l. 2. verſ. neque ſit in quocumque. ſupr. de conſtit. pec. Quidam putant eſſe in integrum reſtitutionem. Mouentur primum verbis huius reſcripti. Ait enim reſcriptum, humanum eſſe hanc reſciſſionem dari. Quo ſignificatur æquum eſſe præter cōuentionem venditionis. Genus loquendi reſtitutioni in integrum maxime cōueniens, cum reſtitutio omnis iure publico conſtituta ab æquitate ſola proficiſcatur: præter rationem iuris communis, leg. 1. leg. penul. D. de in integ. reſt. Mouentur etiam his rationibus. Neceſſe eſt hic intelligi reſtitutionem in integrum, ſi hæc reſciſſio contra ius commune comparata eſt, l. in cauſſa 2. D de min. Hæc autem reſciſſio talis eſt. Nam iure communi licet contrahentibus in pretio emtionis ſeſe inuicem circumuenire. leg. ſi voluntate, infr. hoc tit. dict. leg. item ſi. §. vltim. D. loc. Eſt igitur hæc in integrum reſtitutio, non actio ciuilis ad reſciſſionem. Præterea ſi qua hic actio ciuilis eſt iure communi, ea erit actio ex vendito. At actio ex vendito hic competere non poteſt, ſiue quod de ea reſciſſione in contrahenda emtione nihil conuenit, ſiue quod hæc actio competeret ad reſcindendam venditionem. Abſurdum autem videtur actionem ex vendito ad reſcindendam venditionem dari, quæ ad confirmandam vēditionem comparata eſt. Poſtremo mouentur exemplo venditionis vi contractæ. Nam ſi quis vi coactus rem vendiderit & tradiderit, cōpetit ei actio ad reſcindendam venditionem. At non ex vendito, ſed actio quod metus cauſſa, l. 4. ſupr. de his quæ vi met. cau. l. metum, §. ſed quod prætor. D. quod met. cauſ. Hæc autem actio eſt reſtitutio in integrum, quæ intra quadriennium tantum competit, d. l. 4. ſupr. de his quæ vi met. cau. ſi. & l. vlt. ſ. de tem. in integ. reſti. Sed verior eſt ſententia vulgo recepta, hic reſtitutionē in integrum non eſſe ad reſcindendam venditionem, ſed eſſe actionem ciuilem ex vendito, eoque perpetuam. Et reſtitutionem hic non competere hoc argumento non dubio probatur. Nam maiores viginti quinque annis, qui neque dolo circumuenti ſunt, neque metu coacti, vt venderent, non poſſunt in integrum reſtitui, niſi ex ea parte edicti, quæ eſt de iis cauſſis, ex quibus maiores in integrum reſtituuntur. Porro ea parte edicti nemo maior reſtituitur, qui facto ſuo læſus eſt, ſed ſolum qui læſus eſt neceſſaria abſentia vel probabili; l. ſed et ſi per. in fi. & l. nec non. in pr. D. ex quib. cauſ. ma. Proinde venditor in hac ſpecie in integrum reſtitui non poteſt, in qua neque dolo circumuentus eſt, neque vi coactus, & ſi quo facto læditur, is ſuo læditur non vllo facto aduerſarii, vllave neceſſaria abſentia vel probabili. Reſtitutione remota, ſi qua hic eſt actio venditori ad reſciſſionem propoſita, neceſſe eſt hanc eſſe ordinariam & communem. Ea vero erit actio ex vendito. Hanc autem recte dari in hanc reſciſſionem de qua agitur, definitio illa iuris manifeſte probat, quæcunque ſunt moris & conſuetudinis, hoc eſt, quæ more & conſuetudine recepta venditor emtori, aut emtor venditori præſtare debet, ea venire in actionem ex vendito & ex emto. l. ſi quod noluit, §. quia aſſidua. D. de ædil. ed. Si quæ ſunt moris & conſuetudinis, multo magis ea, quæ iure certo ſunt præſtanda. qualis eſt reſtitutio, quæ ex hoc reſcripto fieri debet. Nam quod iure præſtandum eſt, id etiam more præſtandum eſt. Nihil ad rem pertinet, quod de hac reſtitutione nihil conuenit, ſed potius omnia contraria acta ſunt. Nam & hoc certi iuris eſt, in bonæ fidei iudiciis, qualis eſt emtio & venditio, omnia his iudiciis præſtāda eſſe, quæ ex æquo & bono præſtanda ſunt, etiamſi de his nihil omnino conuenerit. §. in bonæ. Inſtit. de actio. Inſtit. de obl. ex conſenſu. in fin. Ne illud quidem nos offendere debet, quod actio ex vendito dicitur hic dari ad reſciſſionem venditionis. Neque enim nouum eſt actionem ex vendito aut ex emto ad reſcindendam venditionē dari. Primum dari conſtat, ſi fundus nominatim hac lege venditus ſit, vt ſub aliqua conditione inemtus fieret, l. ſed Celſus 6. §. 1. D. de cont. emt. Sed etſi nihil tale conuenerit, ſed ſolum iure liceat emtionē reſcindere, vt hoc loco, in eam rem actio ex emto emtori, venditori autem ex vendito competit. Argumento certiſſimo eſt redhibitio. Conſtat edicto ædilium curulium, ſi venditum ſit animal morboſum, aut vitioſum, ius eſſe emtori animal redhibere, l. 1. ædiles aiunt. D. de æd. ed. Nec quidquam eſt aliud hæc redhibitio, quam reſciſſio emtionis qua fit, vt venditor rem ſuam recipiat, & pretium reddat, leg. facta, D. de ædilit. edict. At hæc redhibitio petitur actione ex emto. leg. ex emto. §. redhibitionem. D. de actio. emt. Quo exemplo idem & de ea reſciſſione, de qua hic agitur, probandum eſſe dicemus: vt quoniam & in hac tribuitur venditori, vt poſſit reddere pretium emtori, & rem ſuam recipere: tametſi de eo nihil conuenit; cum preterea in eo venditio reſcinditur; tamen quia petit, quod emtorem præſtare oportet ex iure certo, habeat & ipſe in eam rem ex vendito actionem. Veruntamen hic nos impedit exemplum emtoris eius, qui vi coegit venditorem rem ſibi vendere & tradere. Nam & hunc conſtat ex edicto debere vēditori rem reſtituere: & tamen venditori in eam rem non competit actio ex vendito, ſed extraordinarium auxilium quod metus cauſſa. Non videtur igitur perpetuum, quod dixi, vbi quid venditori ab emtore reſtituendum eſt iure, in eam rem competere actionem ciuilem ex vendito. Sed & hoc ne nos moueat. Quod

enim dicimus venditori competere actioné ex vendito ad rescindendam venditionem, item emtori actionem ex emto, si modo hæc rescissio iure præstanda est; sic accipiendum est, si emtor aliquid restituere debet venditori, quod ex emtionis caussa accepit, vt in proposito, vbi rem venditã emtor accepit ex caussa venditionis: aut contra si quid restituendum est, quod accepit venditor ex caussa emtionis, vt in redhibitione, vbi venditor reddit pretium, quod accepit. Nõ idem fit in re per vim vendita & tradita emtori. Hic enim emtor eam rem non habet ex caussa emtionis aut venditionis, quia venditio vi facta iure irrita habetur, *l. 1. D. quod met. cau.* Nõ potest autem ex vendito actio esse, vbi venditio non constitit, si modo venditor eam venditionem stare nolit.

Hactenus de venditore vltra dimidiam iusti pretii in venditione læso. Videamus, † quod quarto loco proposuimus, an quod venditori tribuitur hac lege ex ea caussa, etiam emtori pariter læso tribuendum sit. & qua conditione tribuendum. Et recte conuenit inter omnes interpretes, emtori quoque beneficium huius legis tribuendum esse, si pluris rem emerit iusto pretio, dummodo sit eadem eius caussa, quæ venditoris. Quod respondetur ex definitione inter omnes iuris auctores recepta, in quibus caussis eadem ratio est, in his idem ius constituendum esse; si modo beneficium quod tribuitur, caussæ sit beneficium, non personæ, *l. illud. D. ad leg. Aquiliam. leg. vltim. supra, de const. pec. leg. in omnibus caussis id obseruatur. D. de regul. iuris.* Beneficium autem quod hic venditori tribuitur, aperte beneficium caussæ est, non personæ. Tribuitur enim læsioni, hoc est, venditori, non quia venditor est, sed quia læsus est. Dubitatur solum, quando eadem caussa sit emtoris, quæ hic venditoris. In quo nobis animaduertendus est error vulgaris profectus ab Accursio in hac lege. Volunt enim vulgo, quemadmodum venditor rescindere venditionem potest, si rem minoris dimidia iusti pretii vendiderit: ita posse etiam emtorem, si rem pluris dimidia iusti pretii emerit. Vt, si fingas fundum qui valebat decem, emtum esse sexdecim, eorum sententia emtor restituetur, quia sex excedunt dimidiam partem decem. Hæc sententia aperte falsa est, & hominum parum attendentium, quid hic constituatur. Quod primum bene animaduertit Molinæus *in libro, de retract.* in qua sententia & doctos omnes interpretes animaduerto postea fuisse. Merito. obseruandum est enim in proposito restitui venditorem, non quia minoris dimidia iusti pretii vendidit; sed quia minus duplo accepit, quam dedit, & duplo plus dedit, quam accepit. Exempli gratia, si fundum, qui valet decem, vendiderit solum quatuor, locus est rescissioni huius legis, quia aperte duplo minus accepit, quam dedit, & contra emtor duplo plus accepit, quam dedit. Datus est enim fundus decem; venditor autem non accipit etiam quinque. Ergo vt emtor restituatur, eodem modo illum in pretio rei venditæ læsum esse oportet. Id non fit aliter, quam si emtor duplo plus dederit quam accepit; & quod idem est, si duplo minus acceperit, quam dedit. Et ideo retento eodem fundo vendito, qui valet decem, non aliter restitui emtorem dicemus, quam si viginti & aliquid amplius pretii nomine dederit. Sic enim fiet, vt duplo plus det, quam accepit. Sed incautis obiicitur hoc argumentum de communi sententia. Eadem caussa est venditoris & emtoris, si quemadmodum venditor minoris vendit, ita etiam emtor pluris emat. Iam venditor restituitur, si minoris dimidia iusti pretii vendiderit. Ergo & emtor restitui debet, si pluris dimidia emerit. Quo argumento detineri nos non oportet. Non enim verum est, eandem caussam esse emtoris & venditoris in eo, quod hic minoris vendit, ille emit pluris. Denique non ideo restituitur venditor, quia minoris dimidia iusti pretii vendidit; sed quia ita minoris vendidit, vt dimidio plus traderet. Accepit enim quatuor, & decem dedit. Sit ergo & emtoris eadem caussa, non si emerit dimidia pluris; sed si ita emerit, vt duplo plus daret, quam acceperit. Eaque definitio in omnibus caussis ad hanc rescissionem pertinentibus, de quibus postea dicetur, retinenda est.

18 Cum ita † fraudatus erit emtor, quid petet a venditore? Pretium, quod dedit supra iustam æstimationem; vt venditor fraudatus repetit rem, quam dedit. Quid, si venditor velit emtori supplere, quod ad iustam æstimationem pretii deest, alias res emtori dando, quemadmodum dicimus venditore fraudato, electionem dari emtori, vel vt rem restituat, vel vt iustum pretium suppleat? Hic venditor non est audiendus. Neque simile est, quod venditore fraudato emtor facultatem habet pro re pretiũ supplendi. Nam cum eo casu emtor pretium supplet, id præstat venditori quod ille adiectum volebat, & quo non adiecto nunc queritur. Ideo enim queritur, quod dicat rem venditam esse non iusto pretio. proinde si pretium suppletur, ei satisfit. At e conuerso cum emtor fraudatus est pluris emendo, queritur solum de pretio rei emtæ, non autem de aliis rebus sibi non traditis. Quare venditor alias res tradendo, ei non satisfacit. Huc accedit, quod pro re vendita recte pretium præstatur; propterea quod pretium seu pecunia comparata est ad res omnes æstimandas. Pro pretio autem seu pecunia non recte præstantur res aliæ; quoniam aliis rebus non æstimatur pecunia, sed e conuerso, *leg. prima, D. de cont. emt. & vend.*

19 Superest postremum, † vt quæramus, an beneficium huius legis, quod in emtione venditori, & emtori iuxta tribui dicimus, etiam ad alios contractus transferendum sit. Dicendum est transferendum esse, vbi caussæ sunt similes: vbi scilicet vnus dat, & accipit vicissim, si quis duplo plus det, quam accipiat. In quo eadem regula vtimur, quam supra diximus in emtore, vt in quibus caussis eadem ratio est, in his idem ius statui oporteat, etiamsi de vna tantum caussa ius nominatim constitutum sit, *leg. non possunt, leg. sequen. D. de legi. leg. illud. D. ad leg. Aquiliam.* Erit ergo huic beneficio locus in locatione & conductione. de qua minor dubitatio est, cum traditum sit locationem & conductionem iisdẽ regulis iuris contineri, quibus emtio & venditio, *l. 2. D. loc.* Sic autem in locatione huic beneficio locus erit. Locator locauit fundum in quinque aut decem annos minoris dimidia parte iustæ mercedis. Is statim ex locato fundum suum repetet, nec cõductor retinere poterit, nisi paratus sit supplere, quod iustę mercedis est, vt in emtore hic constituitur. Plus dico. si per aliquot annos conductor pensionem infra dimidiam iustæ mercedis soluerit, poterit locator nihilominus totius eius præteriti temporis mercedes veras exigere ex locato. Idq; sic colligitur ex hoc rescripto. Venditor qui

tor qui vendidit minoris dimidia iusti preti, repetere potest rem, quam vendidit & tradidit emtori. Ergo & locator qui minoris dimidia iustæ mercedis rem locauit, poterit repetere quod dedit. Is autem dedit conductori vsum & fructum fundi. Nam in locatione datur res fruenda, *l. ex conducto, D. loc.* Ergo locator hũc vsum recte repetet. Et quoniam præstari hic vsus non potest, necesse est deberi eius æstimationem. Ea autem est iusta merces. E conuerso si conductor fraudatus fundum cõduxerit dimidio pluris iusta mercede, & per aliquot annos pactam mercedem soluerit, recte ex conducto aget aduersus locatorem, & repetet, quod amplius iusto præstitit, vt emtor qui duplo pluris emit facturus esset. Sed & conductor in futurum tempus recte denuntiabit locatori suo, se rem conductam ea mercede amplius habere nolle. post quam denuntiationem, non tenebitur locatori, quamuis re conducta vtatur fruatur, nisi ad quantitatem iustæ mercedis. Nam si mercedem iam solutam conductor repetere potest, multo magis mercede nondum soluta exceptionem habebit aduersus locatorem, ne eam mercedem soluat, iuxta regulam iuris: Cui damus actionem, eidem exceptionem cõpetere multo magis quis dixerit. *leg. inuitus, §. 1. D. de reg. iuris.*

20 Etiam † huic beneficio locus erit in permutationibus, cum fundum cum fundo, ædes cum ædibus permutamus, aut res alias cum aliis rebus. Nam & permutatio emtionis vicem obtinet, *leg. 2. infr. de rer. per.* Id autem in permutatione ita continget, si, exempli gratia, dederis mihi fundum centum aureorum, ego contra permutationis caussa dederim tibi alium fundum valentem ducentis & eo pluris. Ibi recte repetam a te fundum quem dedi, reddito eo quem accepi. Sed hic laboratur circa actionem. Nulla enim hic videtur mihi competere actio ad eam repetitionem, sed solum in integrum restitutio. Nam ex placito permutationis duæ tantum sunt actiones. præscriptis verbis, & condictio ob caussam dati caussa non secuta. Vtraq; competit ei qui suum fundum dedit; sed aduersus eum, qui vicissim non dedit, quod debuerat, *l. naturalis. in princ. vers. & siquidem, & §. 1. seq. D. de præsc. ver.* At in proposito tu mihi fundum tuum dedisti, vti & ego tibi meum dedi: vt nec possim præscriptis verbis tuum petere, quia dedisti; neque meum a te condicere, quia dedi meum ob caussam quæ & secuta est. Sed probãdum est hic mihi competere aduersus te cõdictionem ob caussam dati, caussa non secuta, vt fundum meũ qui duplo pluris est, a te recipiam. Nam reuera hæc caussa secuta non est, ob quam tibi meum dedi. Dedi enim, non solum vt mihi alium dares, quem dedisti, sed etiam vt alium dares intra non iniquam æstimationem. Hæc vero caussa non est secuta, cum dederis mihi fundum minoris duplo, quam fuit meus. Illud etiam ambigitur hoc loco, an cui dedi fundum duplo maioris æstimationis, quam accepi, possit fundum retinere oblato, quod deest, iusto pretio, vt emtori concederetur, a quo res vendita repetitur. Et putem concedendum id quoque ei, qui fundum ex permutationis caussa accepit. Iam enim diximus, permutationem instar emtionis esse. Neque id tantum est, sed hoc amplius qui permutarunt, vterque emtoris & venditoris loco habetur, *leg. sciendum, §. deinde. D. de ædil. edict.* Quare si hoc emtori duplo plus consecuto tribuitur hac lege, tribuemus etiam permutatori, id est alteri emtori, qui duplo plus accepit, quam dedit. Idque æquissimum est. Nam cum permutator hoc suppleuit, quod iusto pretio accepti fundi deest, id præstat aduersario, quod ille petit, & de quo non accepto queritur. Conqueritur enim solum ob id, quod dicit se dedisse fundum duplo maioris æstimationis, quam accepit. Proinde si ea æstimatio illi præstatur, abunde illi satisfit.

Hæc † eadem dicemus in diuisionibus rerum. veluti, si fratres aut coheredes duo diuidant inter se res communes, ex quibus vnus duplo plus acceperit, quam alter: ex hac diuisione, qui minus accepit, aget aduersus alterum ad rescindendam diuisionem. 21
Nam & diuisio permutationis genus est. vnde & emtionis quoque vicem habere dicitur, *leg. 1. supr. com. vtr. iudi.* Ideo in hac specie eadem dicenda sunt, quæ supra diximus in rerum permutatione.

De duobus contractibus dubitatum est, transactione, & donatione, sitne etiam in his locus beneficio huius legis.

De trãsactione † hæc quæstio est. Qui petebat fundum, aut res plures, quæ valebãt centum, de his cum 22
aduersario transegit, & transactionis nomine accepit vel triginta, vel quadraginta, hoc est, aperte duplo minus, quam petiit. Quæritur, an ex sententia huius legis recte agat ad rescindendam transactionem. Respondeo: beneficium huius legis ad transactionem nullo modo pertinet. hoc est, qui transegit, etiamsi triplo, atque adeo quadruplo minus accipiat, quam petiit, tamen transactioni stare cogitur. diserte traditum *in l. Lucius, §. vltim. D. ad Trebellian.* Sed ne quis forte apud se sic reputet, hanc legem postea secutam esse, & ideo recessum esse a responso *dict. l. Lucius.* ratione certa mecum colligat, ex hoc rescripto ad rescindendam transactionem agi non posse, sed rescriptum ipsum aperte refragari. Nam hoc rescripto vt venditor agat ad rescindendam venditionem, non est satis eum minus aliquid accepisse, nisi etiam simul & dederit aliquid & duplo plus dederit, quam accepit. At in transactione qui huius caussa actionem remittit, & aliud accipit, non dat duplo amplius quam accipit, sed omnino nihil dat. Nam etsi petit ea, quæ valebant centum, tamẽ actionem remittendo neque dare ea intelligitur, neque remittere. fieri enim potest, vt non iure petierit, quæ ipsius, aut ei debita nõ erant. Sed etsi debita fuerint, tamen potuit aduersarius absolui iudicis iniuria. Et quamuis fieri quoque potuerit, vt is petitor vinceret iudicio; tamen incertum est, an id futurum fuerit. Hunc quidem incertum euentum Bartolus hoc loco spectari & æstimari vult: sed male. Refellitur enim aperte ex *l. quemadmodum, §. idem Labeo. in fin. D. ad legem Aquil.* vbi diserte traditur circa legem Aquiliam in æstimando damno eius, qui damnum sibi datum queritur, nunquam æstimari id, quod actor cõsequi potuerit, si an consecuturus esset, incertũ fuerit. De reo transigente, qui duplo plus dederit, quam ab ipso petitum erat, ideo non quærimus, quia hic casus non solet vsu venire. Nemo enim est mortalium, qui duplo plus dare velit, quam ab ipso petitur: cum ne id quidem dare velit, quod petitur.

De donatione † hoc quæritur. Quidam fundum donaturus, quem putabat tãtum valere decem, cum 23
valeret viginti & amplius, in hoc errore fundum donauit Titio. Comperto errore quæritur, an possit fundum repetere ex sententia huius rescripti. Prima-

fronte videatur audiendus, quasi duplo plus dederit, quam accepit. Nam vſque ad decem quæ donata voluit, existimari poteſt illa ipſa decem accepiſſe hoc ipſo, quod beneficii debitorem eatenus ſibi acquiſierit. Eſt enim lucri ſpecies beneficii debitorē acquirere, *l. ſi pignore 54. §. 1. D. de furt.* At duplo plus dedit, quam hanc ſummam. Ita videri poteſt donatio ad cauſſam & rationem huius legis, proinde & ad ſententiam pertinere. Sed verius eſt beneficium huius legis ad res donatas transferri non poſſe. Nam vt maneamus in ſpecie propoſita, is qui donauit fundum valentem viginti & amplius, cum putaret valere tantum decem, aut donare voluit, quod excedit decem, aut noluit. Si voluit donare, ſtatim donatio perficitur in totam æſtimationem, *§. aliæ, Inſtit. de donat.* Perfecta donatio reuocari nō poteſt. *l. cum ancillam, l. ſi repetendi. ſeq. ſupr. de cond. ob cauſ. dat.* Quod ſi donare noluit, quod amplius eſt, donatio vltra decem non valet; quoniam inuiti & non conſentientis donatio nulla eſt, *l. nec ignorans, infr. de donat.* Sed non ideo donatio hoc caſu non valet, quia donator duplo plus dederit, quam putabat, ſed quia dedit aliquid amplius, quam putabat, & volebat. Itaque etiam ſi fundus valuerit tantum quatuordecim, donatio rata non erit, ne vſque ad quatuordecim quidem. Vnde apparet, cum quæritur, an hæc donatio reſcindi poſſit, quæſtionem non eſſe in eo, an donator duplo plus dederit, quam cogitabat; ſed an aliquid vel minimum amplius dederit, quam volebat. Quo caſu donator totum fundū repetet; quem donauit: & ſufficiet, ſi det ea decem, quæ donare conſtituerat. Ideo autem totum fundum repetet, non pro parte, ne in communionem incidat cum donatario. quam communionem nemo ſuſcipere cogitur. idque iſta ratione tribuitur ei, qui per errorem totum fundum ſoluit, cum deberet tantum partem, *in leg. ſi non ſortem. §. ſi centum, D. de cond. indeb.* Quæritur igitur, quando donator in propoſito videatur voluiſſe donare, quod amplius eſt; aut quando noluiſſe; vt poſteriore caſu ſit illi repetitio. Reſpondeo id quod eſt *in l. ſi repetendi. ſupr. de cond. ob cauſ. dat.* ſi donator rei donatæ nullam conditionem adiecit, non repetiturum, quod dedit, etiamſi apud ſe hoc animo fuerit, vt repeteret, ſi res pluris eſſet. Plus dicimus, etſi donator in fundo donando dixerit, ſe fundum Titio donare, quia fundus non pluris valeat, quam decem; tamen ob hanc cauſſam fundum repeti non poſſe; quamuis multo pluris valeat, quia falſa hæc cauſſa eſt, quæ donationi & traditioni nihil nocet. Et in hac cauſſa falſa ſemper donatio ſubeſſe intelligitur, *l. in ſumma, §. id quoque. D. de cond. ind.* Tunc donatori repetitio eſſe poterit, cum ita dixerit, *Ego conſtitui ob merita dare decem Titio, & nihil amplius. Et quia fundum Tuſculanum habeo, qui non pluris valet, idcirco pro illis decem fundum illi dono.* Hic repetitio erit, etſi fundus valebit duobus aut tribus aureis pluris. Quia ex [illegible] apparet donatorem noluiſſe amplius donare, quam decem.

24 His expoſitis, † ſumma beneficii & ſententia huius legis hæc erit, ſic venditori reſciſſionem venditionis dari, ſi minus dimidia iuſti pretii acceperit, vt id ad ceteras perſonas & cauſſas transferendum ſit, ſi quis in commutationibus rerum duplo minus acceperit, quam dedit; & quod idem eſt, ſi duplo plus dederit, quam accepit. Hac conditione remota ius antiquum eſſe, vt quantumuis iniuſto pretio res vendita ſit, vel vt minoris vendatur, vel vt ematur pluris multo, quam valet: tamen ſi is qui minus accepit, ſaltē dimidiū acceperit eius quod dedit, ceſſet venditionis reſciſſio: quod & apertius confirmatur in *l. ſi voluntate, infr.* Quod poſterius hoc loco monendi ſumus ſic ad omnes item alias vēditiones & permutationes pertinere, vt tamen excipiendæ ſint venditiones rerum priuatarum, quas fiſcus de bonis debitorum ſuorum vendit ob ceſſationem tributorum, vel aliarum functionum publicarum. Nam in huiuſmodi venditionibus cū alia multa pro vtilitate priuatorum exiguntur, vt venditio rata ſit, tum hoc etiam, vt res vendantur iuſto pretio. Alioqui venditio irrita eſt, *l. ſi quos, infr. hoc tit.*



# HVGONIS DONELLI, IVRISCONSVLTI [redacted] [redacted] NORICI QVONDAM PROFESSORIS,

# Commentarii,

## AD TITVL. XXI. LIB. VI. C. DE TESTAM. MILIT.

SVMMARIA.

1 *Hereditas quot modis deferatur.*
2 *Testamentorum genera duo.*
3 *Ratio ordinis inuersi, quod prius de militari testamento agatur.*
4 *Testamenti militaris priuilegium quod sit & quæ contineat, vsque ad nu. 13.*
5 *Solemnia testamenti quæ.*
6 *Solemnia testamenti miles impune contemnit.*
7 *Testamenti contenta.*
8 *In heredis institutione quæ sint spectanda.*
9 *Instituendi heredis modus.*
10 *In substitutionibus quæ sint spectanda.*
11 *Legatorum & fideicommissorum modus.*
12 *Testamenta quot modis rumpantur & irrita fiant.*
13 *Militum genera duo, armatorum & togatorum, & an ad vtrumque priuilegium militum extendatur.*
14 *Miles quando quis esse incipiat, & desinat.*
15 *Testamentum a pagano, qui postea miles esse cœpit, factum, an ex priuilegio militum valeat.*
16 *Miles militia missus an ex priuilegio militis testari possit.*
17 *Miles si facto testamento miles esse desinit, an testamentum eius ex priuilegio militis valeat.*
18 *Priuilegium testandi quibus militibus competat, & quibus de bonis concessum sit. nu. 19.*
20 *Pagani qui dicantur.*
21 *Simplicitas quid proprie significet.*
22 *Simplicitas interdum imperitiam significat.*

EX iis quatuor, quibus per vniuersitatem res nobis acquiruntur, hereditate, bonorum possessione, arrogatione, addictione bonorum libertatum conseruandarum caussa, quæ traduntur *in §. vlt. Instit. per quas person. nob. acquir.* Ex iis, inquam, bonorum possessiones expositæ sunt priore loco, quia ita compositoribus Codicis visum erat; sequuntur hereditates, de quibus agitur deinceps. Hereditas † defertur & acquiritur, aut testamento, aut ab intestato lege, *d. §. vlt. per quas person.* Testamenti prior caussa est, intestati posterior, *l. 1. si tab. test. nul. exsta.* Eo de testamentis prius agitur. 1

Testamentorum † genera duo sunt, quædam sunt paganorum, quæ iure communi ciuium Romanorum sunt, quædam sunt militum, quæ ab iure communi recedunt. Itaque in alia atque alia caussa hæc testamenta habentur, ideo separata de iis tractatio est. Ordo † doctrinæ & naturæ postulabat, vt prius de iis testamentis ageretur, quæ iure communi fiunt, deinde de testamento militis. Nam cum in testamento militis priuilegium sit, & priuilegium etiam contra rationem iuris communis tribuatur, cum sit ius singulare, *l. in iis. l. ius singulare. ff. de hered.* Non potest omnino intelligi, vbi sit hoc priuilegium, nisi intelligamus, in quo a iure communi recedatur. Neque id intelligi vllo modo potest, nisi prius iure communi constituto; & ideo hunc ordinem iuris auctores in compositione edicti perpetui secuti sunt, quemadmodum in Pandectis seruari videmus, vt secundo loco ageretur de testamento militis. Sed aliter visum est compositoribus Codicis. Non dubium, quin in eo spectarint dignitatem personarum, vt vulgo recte intellectum est. Sed hoc recte fieret, si hic ageretur de personis: nunc autem agitur de testamentis militum & paganorum, in quibus partim ius singulare, partim ius commune spectatur. Sed ad rem nihil pertinet ordo scripturæ, dummodo de re moneamur, & sciamus, quo quidq; loco secundum naturam rerum statui debeat. 2 3

Testamentum † militis constat priuilegio militibus concesso, quod priuilegium exponitur hoc titulo, & simul in ff. & Inst. Huius priuilegii summa comprehensa est *in l. 1. 3. in pr. h.* & planius *in l. 1. ff.* Est autem comprehensum fere illis verbis: *Quocunq; modo milites de bonis testati sunt, in expeditione occupati, voluntas ita eorum rata est, & pro iure seruatur.* Hinc pendent omnes eæ partes & quæstiones, quæ in iis titulis tractantur; de quibus vt certius iudicari possit, partes superioris definitionis obseruandæ sunt, & vniuscuiusque partis membra, quoniam ad hæc quæstiones hic expositæ intelliguntur. 4

Ergo definitio superior complectitur & priuilegium militum in testamentis faciendis, & quibus id tribuatur, & quando locum habeat, & de quibus bonis. Priuilegium hoc est, vt voluntas militis citra exceptionem rata sit. Hoc priuilegiũ multa continet, quæ facile intelligentur ex partibus priuilegii, & ex iis rebus, in quibus vis & potestas testamenti continetur. In testamento vt constet hæc spectantur: Institutio, & compositio testamenti, tum ea quæ testamento continentur, postremo testamenti infirmatio. Nam initio testamentum fieri oportet, nec est testamentum, nisi de iis rebus, quæ testamento cauentur, & frustra ab initio factum, nisi perseueret vt exitum habeat. Nunc autem certis modis infirmantur testamenta iure communi. Hinc in institutione testamenti, vt testamentum valeat, iure communi hæc spectantur; persona testantis, solemnia testamentorum, liberorum institutiones aut exheredationes, & institutio heredis. Quæ personæ testamentum facere non possint, declaratur *tit. seq. & tit. in Instit. qui test.*
5 *fac. non poss.* Solemnia † testamenti sunt in testibus adhibendis, in numero testium, in signis eorum & subscriptionibus, de quibus *sub tit. de test. ord. in Instit. & tit. de test.* Adhæc si quis liberos habeat, ita ius est commune, vt heredes instituere debeat, aut nominatim exheredare, de quo *sub tit. de exhered. lib. in Instit.* Præter hæc iure communi heredem institui aliquem oportet. Heredis institutio caput est & fundamentum testamenti, *§. ante heredes. in Instit. de leg.*

Hæc omnia in milite contemnuntur. In persona militis, quisquis testamentum facit, voluntas eius rata est, vt si sit mutus aut surdus, *l. 4. ff. h. §. quinimo. Instit. h.* vt si testator de suo dubitet, *l. ex militari. §. 1. ff. h.* dummodo ne sit minor quatuordecim annis, *l. vlt.*
6 *infr. h.* Solemnia testamenti † miles impune contemnit, *l. si a fratre. h. l. 3. in pr. h. & in pr. h. tit. Instit.* Miles si liberos habet, & scit se habere, impune eos præterit, & præteritio eius pro exheredatione est, *l. sicut. & l. si cum. infr. h.* Heredis institutio multo minus desideratur in testamento militis, vt colligi potest *ex l. ex iis, h.* Hæc de institutione testamenti.

7 In † testamentis autem continentur hæc: heredum institutiones, substitutiones, legata seu fidei-
8 commissa. In † heredis institutione vt valeat, spectatur heredis persona, vt sit idonea, neque enim omnes heredes institui possunt, vt non possunt deportati, *l.*
9 *1. de hered. instit.* Et præterea † instituendi modus, in quo iure communi obseruatur hoc, vt heres pro parte institui non possit, neque pro parte temporis neque pro parte bonorum, vt testator pro parte temporis aut bonorum testatus decedat, aut pro parte intestatus, *l. ius nostrum. de reg. iur.* Et ideo heres neque ex die institui potest, neque ad tempus, *l. hereditas ex die, de hered. instit.* Hæc omnia contra in milite: miles quemuis heredem, etiam deportatum, recte instituere potest, *l. idem est. 13. §. 1. ff. eod. l. ex testamento 15. infr. h.* Miles ex parte heredem recte instituit, primo ex parte temporis, id est, ex die & ad diem, *l. certi. h. l. in fraudem. §. miles. l. miles ita hered. ff. h.* Item etiam pro parte bonorum, de quo *in l. 1. 2. h.*

10 In substitutionibus † hoc cauetur, ne quisquam possit heredem substituere in hunc casum, si primus heres erit, & post aliquod tempus decesserit, præterquam pater filio impuberi, & hac conditione, si prius pater sibi testamentum faciat. Miles contra cuiuis heredi a se instituto etiam in hunc casum substituere potest, potest & filio impuberi, quamuis ipse sibi prius testamentum non fecerit, de quo *in l. testamento 6. h. l. in fraudem. §. miles. l. miles ita. §. exheredato. ff. h.*

In † legatis & fideicommissis spectatur rerum 11
modus. Nam vltra dodrantem legare non licet, sed quartam partem hereditatis manere oportet apud heredem ex l. Falcidia, *l. 1. ad l. Falcid. Instit. de leg. Fal.* In testamento militis legatum locum habet, *l. in testam. 12. infr. h.* Testamenta † recte facta perpetuo 12
manent, nisi infirmentur, at infirmantur iure communi ita, vt aut rumpantur, aut irrita fiant. Rumpuntur partim agnatione posthumi, partim alio testamẽto postea rite facto: Irrita fiũt testatore postea capite minuto, hæc *sub tit. quib. mod. test. infir.* Ex quibus intelligimus, sæpe testamentum infirmari etiam volente testatore, vt agnatione, item capitis diminutione, & contra, quamuis testator velit testamentum suum infirmari, non tamen semper infirmabit, quoniam ad infirmandum nuda voluntas non sufficit.

Nihil horum in milite continetur: nam nisi miles aperte a priore voluntate discesserit, testamentum prius non infirmatur. Itaque agnatio liberorum testamentum militis non infirmat, *l. si cum. h. l. qui iure. ff. h.* multo minus capitis diminutio militis *§. pen. Instit. h.* Sed nec si aliud testamentum fecerit, prius infirmabitur, si voluerit etiam prius testamentum valere, licet enim militi facere plura testamenta, *l. quærebatur. ff. h.* E conuerso, si miles prius testamentum valere non vult, nihil opus est, eum nouum testamentum ad prius infirmandum facere, sed ad id infirmandum nuda voluntas sufficit, vt in testamento militis vbique, nuda voluntas satis est *l. 1. ff. h* Quæ omnia si recte dicuntur in singulis partibus, & iis rebus, quæ pertinent ad omnem institutionem, licet iam intelligere, quam vere in vniuersum constituatur, militis voluntatem pro iure seruari. Atque iis rebus continetur priuilegium testandi, quod priuilegium tribuitur militibus.

Militum † genera duo habentur, quidam sunt, 13
qui tuentur Rempub. armis, quidam qui oratione in foro & toga, vt sunt aduocati & patroni, quæ duo genera posita sunt *in l. aduocat. sup. de aduocat. diui. iud.* Hoc priuilegium ad prius genus militum pertinet, non item ad alios qui militant Reipub. in toga. Nam iis conceditur quidem testamentum facere, quamuis sint filiifamilias, de bonis quasi Castrensibus, sed conceditur testari iure communi tantum, *§. vlt. in Instit. eod. l. vlt. sup. de inoff. test.* Adde quod hoc priuilegium, de quo dicimus, tribuitur militibus propter imperitiam iuris, *eod. tit. Instit. in pr.* hi autem, in quibus est aut esse debet peritia iuris, ea est in aduocatis & patronis. Et vero, qui arma gerunt, ii soli proprie dicuntur milites, vt scire licet ex etymologia verbi, quæ traditur *in l. 1. ff. h.* Ceteri qui in toga ciues defendunt, magis abusiue, & per similitudinem dicuntur militare, propter communem cum militibus Reipub. defensionem, vnde quæ peculia illi acquirunt in opera publica, ea non dicuntur Castrensia, sed quasi Castrensia, *d. l. vlt. sup. de inoff. test.* Miles igitur cui hoc beneficium ex constitutionibus tribuitur, vt quocunque modo velit & possit testetur, est is, qui nomine militiæ dato, arma gerit pro Repub. stipendiis publicis, qui idem dicitur sub armata militia, stipendia mereri *l. miles. ff. de re iud.*

Notandum † hunc solum militem esse incipere, 14
cum in numerum militum numeratus est, *l. ex eo ante pen.*

repen. ff. h. & tamdiu miles est, quamdiu manet in numeris, l. 4. ff. h. Tunc miles esse desinit, cum missus est ob eas caussas militia, ob quas milites mitti solent, quarum genera enumerantur *in l. 2. §. ignominiæ, de his qui not. infam.* Tribuitur hoc priuilegium militi, qui testatur, vt indicant illa verba constitutionis. Quocunque modo testati sunt, vere faciunt testamenta milites, quando volunt & possunt, *l. 1. ff. h. l. 3. in pr. h.* Quod eo pertinet, non quamuis voluntatem supremam militis ratam esse, sed ita, si hanc testatus sit, qui miles erat, & tunc decedat, cum miles est. Hinc sumtum est, quod Marcellus ait: Constitutionibus Imperatorum confirmari testamenta non militum, sed a militibus facta, *l. Titius. ff. h.* Non militum sic accipiendum est, non militum tantum: nam vt testamentum priuilegio militis valeat, vtrumque concurrere oportet, vt sit a milite factum, & sit testamentum militis.

15 Ex hoc † tria colligimus. I. Si paganus testamentum fecerit, deinde militare cœperit, testamentum eius ad ius commune pertinere, non ad priuilegium militum, hoc est, ita valere, si iure communi factum sit, nisi miles secunda voluntate id approbauit, *d. l. Titius.* Approbasse autem videtur hoc ipso, si quis in eo testamento aliquid deleuerit, aut adiecerit, *§. penult. Instit. h.* Et hoc est, quod dicitur *in l. in fraudem. §. testamentum. ff. h.* vt testamentum a pagano factum, qui postea miles esse cœpit, ex priuilegio militum valeat, satis esse, si nondum sit contraria voluntas militis. quod sic interpretandum est, si voluntas de eo testamento postea secuta, non sit contraria. Nam voluntatem aliquam sequi oportet, alioqui testamen-

16 tum non confirmaretur, *d. l. Titius.* II. est, si † miles militia missus sit, veluti veteranus, deinceps eum ex priuilegio militis testari non posse, quia eius testamentum nec potest dici a milite fieri, nec dici testamentum militis, *l. idem est 15. in princip. ff. h. §. sed ha-*

17 *ctenus. Instit. hic.* III. est, † si miles testamentum fecerit, deinde miles esse desinat, desinere quoque testamentum ex priuilegio militis valere, cum hac exceptione tamen, nisi miles honeste missus, intra annum post missionem decesserit, *d. §. sed hactenus, & l. si ex testamento. j. h.*

18 Hoc priuilegium † testandi, non semper militibus tribuitur, sed militibus in expeditione occupatis, quod constitutione Iustiniani effectum est, *l. pen. j. h. t.* quam constitutionem commemorat *eod. titul.*

19 *Instit. in pr. & §. 1.* Hoc priuilegium † non de vno genere bonorum castrensium concessum est militibus, sed de omnibus bonis tam castrensibus, quam paganis, vt declaratur *l. 1. hoc tit.* Ceteris quasi militibus, quibus permissum est quasi castrensia peculia habere, licet tantum de quasi castrensibus bonis testamentum facere, & quidem iure communi, *vt j. d. §. vlt. Instit. eod.* Quod in militibus, qui sub armata militia merent, contra est, præterquam in iis militibus, qui ex militari delicto damnati sunt, quibus conceditur tantum de castrensibus bonis testari, *l. & militib. j. h. l. ex militari ff. h.* Castrensia quæ sint, declaratur *in l. castrense. de pec. castrens.* Ceterum quæ castrensia non sunt, quæ hic appellantur paganica: nam qui-

20 cunque † non militant, pagani dicuntur, *§. 1. Inst. eod.* Summa militaris priuilegii exposita est, quod etsi sine exceptione manifesta concedi videtur, quædam tamen ex hac potestate excipiuntur, in quibus voluntas militis non seruatur. Huiusmodi est: Si minor viginti annis miles, manumittat seruum testamento; huius generis est captatoria voluntas militis, *l. 4. & l. captatorias. j. h.* quibus in locis de iis exceptionibus huius priuilegii dicetur. Intelligendum est, caussam & rationem huius priuilegii esse duplicem, fauorem militum quibus premii loco hoc beneficium tribuitur, propter defensionem, quam in Rempub. conferunt, *l. testamenta. ff. h.* & præterea militum imperitiam & ignorantiam iuris, eamque iustam & probabilem in milite, quem magis conuenit arma, quam iura nosse, *tit. eod. Instit. in pr. l. vlt. in pr. j. de iure deliber.* Hæc imperitia est, quæ simpliciter nominatur in constitutionibus veterum Imperatorum, *in l. 1. ff. h. & l. 3. j. h.* Nam † simplicitas proprie est, cum ita quis affectus est, vt quod sentit, nude dicat & simpliciter, & cum dixerit, neque alia verba adiiciat, neque alios canones, quibus sese muniat diligentius, quæ in nostris magna laus est, & in omnibus esse debet. Propter hunc abitum nulli hoc priuilegium cōcedendum est. Sed quoniam huic simplicitati vt plurimum solet adiuncta esse imperitia rerum, imo vero cum hæc simplicitas nascatur ex imperitia, dum homines non norunt, quid curari oporteat, vt se aduersus id muniant, factum est vt Latinis significet simplicitas etiam imperitiam interdum, vt in illis versibus Ouidii: 21

*Fallere credentem non est operosa puellam*
*Gloria, simplicitas digna fauore fuit.*

### *Ad L. 1. Frater tuus.*

Imp. Antoninus A. Floro militi.

*Frater tuus miles sit te specialiter in bonis, quæ in paganico habebat, heredem fecit: bona quæ in castris reliquit, petere non potes, etiamsi is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit: sed ab intestato succedentes veniunt: modo si in eius locum substitutus non es, & liquido probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas militis in expeditione occupati pro iure seruatur. Accepta 5. Id. Sept. Duobus & Aspris Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Miles si fratrem heredem ex bonis paganicis instituit, ad quem castrensia pertinere debeant.*

2 *Quid item si nominatim quempiam instituerit, isque adire noluerit, vel non potuerit.*

3 *Duobus heredibus a milite institutis, vno deficiente, vtrum eius portio ad coheredem pertineat, an vero ad heredes ab intestato succedentes.*

Miles † fratrem heredem instituit, ex bonis paganicis, id est, non castrensibus. Quæsitum est, reliqua bona castrensia militis, ad quem pertinere debeant, vtrum ad fratrem heredem institutum, an vero ad heredes militis ab intestato succedentes? Placet non ad fratrem, sed ad heredes legitimos: idque certa ratione, quia miles nullum heredem in castrensibus bonis instituendo, pro iis bonis intestatus decessit. Proinde in illis intestati ius sequi debemus. Si de testamento pagani ageretur, tunc ius esset, vt qui solus ex vna parte heres est, etiam heres sit ex ceteris omnibus, *l. qui ex duob. in princip. l. si solus, de acquiren. heredit.* Sed hoc eo fit, quia in paganis ius non patitur, vt quis pro parte testatus decedat, pro parte intestatus decedat, *l. ius nostrum. de regul. iur.* Quod ius in militis testamento locum non habet, qui ex priuilegio militum pro parte testatus decedere potest, & pro parte intestatus, *l. si miles vnum 6. figurabatur. ff. eod.* 1

2 Si miles † in reliquis castrensibus bonis alium heredem nominatim instituerit, atque is hereditatem non adierit, vel quia non potuit, vel quia noluit, an non saltem hoc casu bona castrensia ad fratrem coheredem pertinebunt? Mouet dubitationem, quod hoc casu miles ex omnibus bonis testatus, ab initio decessit, cui consequens est, vt hic quoque testati ius sequi debeamus. Est autem ita ius commune, vt pluribus heredibus institutis, si vnus portionem suam adierit, deficientium coheredum partes ei acquirantur etiam inuito, *l. qui ex duobus. §. vlt. de acquir. hered. l. vn. §. ex iis. infr. de cad. toll.* Et placet hoc loco etiam hoc casu deficiente coherede bona castrensia ad heredes peruentura esse, non ad fratrem heredem institutum. Et recte. Nam hic quoque miles pro iis bonis intestatus decessit. Nec ad rem pertinet, quod ab initio in iis bonis heres institutus est, nihil enim interest, vtrum non sit institutus, an institutus hereditatem non adiret. Non is tantum intestatus intelligitur, qui heredem nullum instituit, sed etiam ex cuius voluntate hereditas adita non est, vt est definitio intestati, *sub tit. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. in pr.*

Non obstat, quod iure communi deficientium coheredum partes reliquis accrescant, qui suas acquisiuerunt: hoc enim ius ad testamentum militis non pertinet, ideo enim ius adcrescendi constitutum est inter plures heredes testamento scriptos, ne quis pro parte testatus decedat, pro parte intestatus, quod periculum in milite non metuimus. Et huc pertinet ratio reddita *in d. l. si miles 6. ff. h.* Sed bona castrensia, de quibus quæritur, ita deficiente coherede (*Sic tamen deficiente coherede, reliqua bona deficientis*) placet pertinere ad legitimos heredes, non autem ad fratrem hic institutum, si duo concurrant, quæ hac lege comprehensa sunt. Vnum est, si hic frater coheredi suo substitutus non sit. Nam in hac substitutione manifesta est voluntas militis, volentis castrensia bona ad fratrem redire. Alterum est, si liquido probatur, militem voluisse hæc bona ad fratrem suum pertinere. Ex quo intelligimus, si heredes legitimi in proposito nihil tale probent, bona hæc in re dubia peruentura ad fratrem, non ad heredes legitimos.

Huic sententiæ opponitur *l. seq.* & præcipue *l. si duob. ff. h.* vbi duobus heredibus institutis a milite, si vnus hereditatem non adierit, eius portio pertinet ad heredem ab intestato succedentem, non autem ad coheredem institutum, nisi ipse vltro probauerit militem voluisse portionem deficientem ad se pertinere. Respond. Obseruandum est *in d. l. 2. infr. & in d. l. si duob.* eum heredem, ad quem volumus deficientem portionem peruenire, proponi heredem extraneum, & qui ab intestato successurus non esset. In hac lege contra proponitur is esse frater militis, quem constat etiam ab intestato fratri successurum fuisse, si defunctus neque liberos neque patrem aut matrem habuit, quod in proposito contigisse ex eo coniicere licet, quod in hac lege nominentur indefinite heredes ab intestato succedentes, non autem nominatim pater, mater, liberi defuncti, quod prætermissum non fuisset, si tales heredes habuisset miles, *arg. l. seq.* vbi nominatim mater defuncti militis appellatur.

3 Proinde sic † distinguemus: Cum duobus heredibus a milite institutis, vno deficiente quæritur, vtrum eius portio ad coheredes pertineat, an vero ad heredes ab intestato succedentes? Refert vtrum is coheres, ad quem portionem deficientem redire volumus, sit extraneus, & qui ab intestato non succederet, an vero is, qui etiam intestato militi succederet. Nam si extraneus erit, portio deficiens ad eum non pertinebit, optima ratione, quia pro ea parte miles intestatus decessit. At si etiam coheres intestato militi succederet, portio deficiens ad eum pertinebit, ea ipsa ratione, qua supra vsi sumus. Quia pro ea parte miles decesserit intestatus, etiam consequens sit in caussa intestati militis, eum quoque heredem succedere, qui ab intestato succederet, qualis est frater in proposito, ex parte institutus. Sed hoc cum hac exceptione, nisi alii heredes ab intestato succedentes probent militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum peruenire, quod probabunt, si aut codicillis id declarauerit miles, aut eorum testibus significarit, se hoc velle.

*Ad L. 11. Miles si.*

Imp. Anton. A. Septimio militi.

*Miles si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem: cetera bona eius, vt intestati defuncti, mater eius iure possidebit. Quod si extraneum scripsit heredem, isque adiit hereditatem: bona eius in te transferri non iure desideras. PP. 11. Kal. Mart. Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.*

SVMMARIVM.

1 *Matri præterita in testamento militis an queri liceat de inofficioso testamento filii.*

QVEMADMODVM cum miles pro parte bonorum heredem instituit, pro reliqua parte intestatus decedit, eoque portio reliqua pertinet ad heredes legitimos, vt ad matrem, in specie hic proposita, quod conuenit cum l. præcedenti. Ita si in reliqua parte miles alium coheredem instituerit, & is hereditatem adierit, in totum excluduntur heredes reliqui legitimi, etiamsi sit defuncti mater, vt hic constitutum est. Sed † licetne matri præteritæ saltem queri de inofficioso testamento filii? Respondeo: Liceret, si filius paganus fuisset, *Instit. de inoff. test. in pr. l. 1. ff. eod.* Sed hoc ius ad testamenta militum non pertinet, quorum, vt dixi, voluntas pro iure seruatur, *l. 1. sup.* & ideo placuit de inofficioso testamento militis, nec militem quidem præteritum queri posse, siue sit is defuncti filius, siue pater, *l. si instituta. §. de inoff. test. ff. de inoff. test.* 1

*Ad L. 3. Quanquam.*

Imp. Anton. A. Vindiciano.

*Quanquam militum testamenta iuris vinculis non subiiciantur, cum propter simplicitatem militarem, quomodo velint & quomodo possint, ea facere his concedatur: tamen in Valeriani quondam centurionis testamento institutio etiam iure communi accepit auctoritatem. Nam cum paterfamilias filiam ex duabus vnciis, vxorem ex vncia heredes scripserit, nec de residuis portionibus quicquam significauerit: in tres partes diuisisse eum apparet hereditatem: vt duas habeat, quæ sextantem accepit: tertiam, quæ ex vncia heres est instituta. PP. Kalendis Nouembr. Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Miles si filiam ex duabus, vxorem ex vna vncia insti-*

*institiuerit, ad quos reliquæ nouem vnciæ pertinere debeant, vtrum ad heredes scriptos, an ad heredes legitimos.*

2 *Nomina appellatiua naturalia sunt, ac proinde immutabilia.*

1 Miles † filiam ex duabus vnciis heredem instituit, vxorem ex vna vncia, de reliquis vnciis nihil significauit, quid fieri vellet. Reliquas vncias dicimus nouem. Nam solemnis & vsitata diuisio hereditatis constat vnciis duodecim, *§. hereditas. Instit. de hered. instit.* Ob eam caussam quæsitum est, reliquæ hæ vnciæ nouem, ad quos pertineant, vtrum ad heredes scriptos, an ad heredes legitimos? Quæstio nata est ex ea sententia, quæ constituta est, *l. 1. l. 2. sup.* Quoties enim miles ex parte bonorum heredem instituat, pro reliqua parte intestatus decedere intelligitur, itaque fieri, vt ea pars pertineat ad heredes legitimos. Huic sententiæ conueniens esse videbatur, vt cum hic quoque miles de tribus tantum vnciis cauerit testamento, reliquæ vnciæ nouem tanquam intestati perueniant ad legitimos heredes, non autem ad heredes scriptos tantum.

Hoc loco contra rescriptum est. Placet enim hic totam hereditatem pertinere ad heredes scriptos, eamq; diuidi in tres partes, ex quibus filia duas vncias habeat, mater vnam, quod recte constituitur. Verum est enim eum, qui ex parte testatus est, pro reliqua parte intestatum videri, & quidem multo magis si heredem ex re certa, puta ex fundo instituerit, *l. si miles vnum. ff. h. tit.* Sed qui heredem aut heredes ex certis vnciis instituit, puta ex tribus, vt hic, is non de parte bonorum testatus est, sed de tota hereditate, quia in iis tribus vnciis expressis totam posuit hereditatem. Sciendum est enim, testatorem posse hereditatem diuidere in quotcunque vncias velit, & quemadmodum posuit, ita si pauciores vncias expresserit quam duodecim, in has solas videtur hereditatem diuisisse, *§. hereditas. Inst. de her. inst.* Et quod illic de testatore pagano scriptum est, id hoc loco traditur de milite testatore. Et hoc est quod in principio huius rescripti dicitur, institutionem hoc loco propositam, etiamsi testator miles non est, tamen iure communi auctoritatem accipere, id est, valere, vt hereditas consistat in iis tribus vnciis, de quibus diximus.

Sed cur institutum heredem ex fundo non intelligimus institutum esse ex tota hereditate, quemadmodum institutos ex tribus vnciis, ex tota hereditate institutos interpretamur? Respondeo: Quia fundi significatio refragatur. Nam fundus rem certam natura significat, neque sententia patitur, vt ceteræ res hereditariæ contineantur fundi appellatione. Sed
2 nec contineri possunt etiamsi miles velit, quia † nomina, quæ dicimus appellatiua, id est, nomina imposita ad substantiam rei significandam, naturalia sunt, ac proinde immutabilia, *l. 4. ff. de legat. 1.* At vnciarum appellatio ex arbitrio hominum variatur, modo enim significat partes assis, modo totam hereditatem significat in iis expressis consistentem. Et merito hæc significatio pro voluntate testatoris mutatur. Vnciarum enim nomina ex arbitrio hominum imposita sunt, non ad significandam substantiam rerum sed ad commoditatem diuisionis & partium exprimendarum, proinde etiam non immutabilia, vt nomina rerum propria, *d. l. 4. de legat. 1.*

Sane in vnciis exprimendis inter militem & paganum hoc interest, quod paganus si ex certis vnciis heredem instituit, pro reliquis intestatus decedere non potest, etiamsi velit; miles potest, si significet se id velle. Et hæc est differentia, quæ in hac re significatur in *d. §. hereditas. de her. inst.* Ceterum in obscura voluntate vtriusque hoc conuenit inter vtrumq;, vt qui certis vnciis expressis testatus decessit, in has solas vncias totam hereditatem diuisisse intelligatur, & nulla ex parte decessisse intestatum.

*Ad L. 4. Si Rufinus vir.*

Imp. Alexander A. Iunio.

*Si Rufinus vir clarissimus tribunus laticlauius maior annis lege definitis faciens testamentum, te manumisit: iustam tibi libertatem competisse.*

SVMMARIA.

1 *Miles minor an seruum suum in testamento manumittere posit.*

2 *Constitutiones posteriores prioribus legibus derogant, si contrariæ sint.*

3 *Libertus Orcinus quis.*

Lege Ælia Sentia vetatur minor 20. annis seruum suum manumittere, aliter quam vindicta; neq; vindicta manumittere aliter permittitur, quam si iusta caussa erit manumittendi, eaque fuerit consilio approbata, *§. eadem. Inst. quib. ex caus. man. non. &c.* vbi & caussæ iustæ comprehensæ sunt. Iustinianus pro minore 20. annis substituit plenam pubertatem, id est, 17. annos, qua ætate minorem vetuit seruum suum testamento manumittere, *§. pen. Inst. eod.* Hoc ius † an etiam ad militem pertineat quæsitum est, si 1 miles minor seruum suum testamento manumittat? Mouit dubitationem ius militare, quo iure ex constitutionibus voluntas quæuis militis rata est, *l. 1. ff. eod. l. 1. sup.* De hac re distinguitur hoc rescripto. Aut enim militi nulla caussa iusta manumittendi fuit, aut fuit aliqua ex iis, quæ lege comprehensæ sunt. Si nulla, non magis miles testamento seruum manumittere potest, quam paganus. Lex enim Ælia Sentia prohibet manumissionem, idem confirmatur *l. si a milite. §. ante. ff. eod. l. 3. ff. de manum. test.* id efficitur verbis L. Sentię: nam hæc cauet de omnibus minoribus, proinde & de militibus, & cum vetat seruum manumitti aliter quam vindicta, aperte etiam testamento manumitti vetat.

Sed hoc loco opponuntur constitutiones posteriores Imperatorum, quibus generaliter rata habetur suprema voluntas militis, & non absque re hæ constitutiones opponuntur, quoniam posteriores sunt. Constitutiones † autem posteriores prioribus 2 legibus derogant, si contrariæ sint, *l. sed &. de legib.* Respondeo: Quod dicitur posteriores leges contrarias derogare prioribus, sic intelligendum est, nisi posteriores sint generales: priores autem sint de specie ad id genus pertinente. Nam quoties id accidit, omnium legum interpretatione hoc seruatur, vt semper generi per speciem derogetur, id est, lex specialis ex generali æstimetur quasi quæ contineatur generali constitutione. Atque ita fit, vt specialis valeat, sed nec nude huic contraria, cum generali non contineatur, non quidem ex verbis legis posterioris, sed legis sententia, *l. in toto. de regul. iur. l. sancio. de pœnis.* Hæ tales autem leges sunt, quæ hic proponuntur tanquam contrariæ. Nam constitutiones Imperatorum, quæ liberam potestatem testandi militibus concedunt, generales sunt, de omnibus rebus, quę in testamẽto spectari possunt, vt obseruetur legis

aliæ sententia, de vna minima specie earum rerum; nempe de serui manumissione, proinde ea constitutionibus derogat; vel potius ex constitutionibus exemta est.

Quod si militi vna caussa fuerit manumittendi serui iusta; libertas competet seruo iusta ex testamento militis, id est, ex L. Ælia Sentia, nempe vt per heredem manumittatur vindicta: nam L. Ælia Sentia eam manumissionem exigit. sed cum manumissus seruus erit vindicta, tamen ea libertas competet illi ex testamento militis directo, quasi a milite manumissus esset & non ab herede: atque † ita fiet libertus testatoris, qui appellatur Orcinus, non autem libertus heredis, §. *vlt. in Instit. de sing. reb. per fideic. relict.* In quo notatur discrimen inter paganum & militem in extremo huius rescripti. Nam minor paganus, si iustam caussam manumittendi serui habeat, eum testamento manumittere potest, sed solum per fideicommissum, vt scilicet roget heredem suum, vt seruum eum manumittat vindicta, iuxta L. Æliam, *l. minor. infr. de fideicom. libert.* quo casu seruus manumissus non accipit libertatem ex testamento, id est, recta, sed accipit ob heredem, fitque eius libertus, *d. §. pen. de sing. reb. &c.* Quod in milite contra fieri diximus.

6

*Ad L. 5. Ex testamento.*

Imp. Alexander A. Zozomeno.

*Ex testamento militis, siue adhuc in militia, siue intra annum missus honeste decessit, hereditas & legata omnibus quibus relicta sunt, debentur: quia inter cetera, quæ militibus concessa sunt, liberum arbitrium quibus velint, relinquendi supremis iudiciis suis concessum est: nisi lex specialiter eos prohibuerit. Dat. 17. Kal. Febr. Iuliano II. & Crispino CC. Coss. 225.*

SVMMARIA.

1 *Miles honeste militia missus, si post intra annum decedat; an intra eum annum iure militari testari valeat.*
2 *Serui pœnæ heredes institui a milite non possunt.*
3 *Mulier, stupro cognita a milite; heres institui non potest.*

1 HIc duo notanda sunt. I. Si † miles non tantum in militia decedat, sed & postquam honeste militia missus est, si intra annum decedat, testamentum eius tempore militiæ factum, etiam post missionem intra eum annum iure militari valere, *l. quod dicitur. l. quod constitutum est. ff. h. § sed hactenus. Instit. eod.* Ex quibus verbis apparet, hoc beneficium intra annum tribui iis, qui missi sunt. Proinde non pertinet ad eos, qui non mittuntur, scilicet tribunos, duces, qui successores accipiunt, *d. l. quod constit.* Tribuitur præterea honeste misso, vt hic expressum est. Proinde ad eos non pertinet, qui ignominiæ caussa mittuntur, *l. testamenta. ff. h.* Notandum præterea, quicunque † heredes a milite instituantur, recte institutos videri, nisi sint serui pœnæ, quia serui pœnæ nulli sunt, nulli per se, *l. quod attinet. de reg. iur.* per dominum nulli, quia dominus ius habet, *l. idem est 13. §. 1. ff. h.*
2

Hoc rescripto excipitur, nisi quis lege specialiter prohibeatur, quod sic accipiendum est, prohibeatur institui, aut testamento capere, quo in genere est mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, vt verba sunt, *l. miles ita heredem. §. mulier. ff. h.* Ea autem mulier intelligenda est, quæ stupro cognita a milite, postea in eius contubernio fuit, vt explicatur *in l. mulierem. ff. de iis, quæ vt indignis, &c.*

*Ad L. 6. In testamento.*

Imp. Alexander A. Valentino.

*In testamento quidem eius, qui non miles fuit, si duobus heredibus institutis, altero cui potuit vsque ad tempus pubertatis parens facere testamentum, altero cui posteaquam heres exstitit substituere non potuit, inuicem substitutio eisdem verbis facta est: In eum solum casum eam locum habere sententiis prudentium virorum, & constitutionibus diuorum parentum meorum placet, quo vtrique pari ratione potuit substitui. Sed cum ex testamento militis controuersiam esse proponas, defuncta paruula eius filia, posteaquam heres exstitit patri, cum qua simul æquis partibus heres institutus eras, substitutione inuicem facta: & mater quidem intestatæ filiæ sibi successionem defendat, tu autem ex substitutione ad te pertinere contendas: iuris quidem ratio manifesta est, licere militibus proprio priuilegio etiam heredibus extraneis, posteaquam heredes exstiterint mortuis substituere: sed tibi probandum est an ita frater tuus senserit. PP. 11. Kal. Maii. Fusco II. & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Quandiu quis ex testamento hereditatem adire potest, siue ex substitutione siue ex institutione, tandiu legitimis heredibus locus non est.*
2 *Verbis substitutionis, eosque inuicem substituo, vtrum quis substitutus videatur pupillæ etiam in hunc casum, si pupilla heres erit, & intra pubertatem decesserit.*
3 *Verbum Substitutio generale est, & ad omnem substitutionem pertinet. & nu. 7.*
4 *Substitutio pupillaris quæ.*
5 *Substitutio vulgaris quæ.*
6 *Substitutio reciproca a milite interposita inter eos heredes, quibus in vtrumque casum substitui potuit; an videatur in vtrumque casum facta esse ex priuilegio militum.*
8 *Verbum, eosque inuicem substituo, commune est, & ad vtrumque heredem substitutum pertinet.*

MIles testamento duos heredes instituit, filiam impuberem, quam habebat, & Valentinum fratrem suum, ambos ex æquis partibus institutos, deinde inuicem substituit iisdem verbis, nempe iis, *eosque inuicem substituo.* Mortuo milite filia impubes, per tutores hereditatem adiit, & ita heres exstitit patri, deinde impubes moritur. De huius successione oritur controuersia inter matrem pupillæ, & Valentinum defuncti fratrem patruum pupillæ. Nam mater cum hereditatem pupillæ possideret, eam sibi defendebat tanquam ab intestato, quod diceret, pupillam intestatam decessisse, id est, nullum ei ex testamento patris heredem datum esse. Valentinus contra hanc hereditatem sibi vindicat, iure suprascriptæ substitutionis, quod diceret, se pupillæ substitutum esse in omnem casum, id est, siue pupilla heres non erit, siue heres erit, & intra pubertatem decesserit. Et certe si Valentinus ita pupillæ substitutus est, hereditas ex substitutione ad eum pertinebit. Nam quádiu † potest ex testamento adire hereditatem, siue ex substitutione siue institutione, tamdiu legitimis heredibus non est locus, in quo numero est mater, *l. quamdiu potest. l. in plurium. de acquir. her.* Hæc species controuersiæ sic describitur in hoc rescripto illis verbis, *Sed cum ex testamento.* 1

Quæ-

2 Quæstio † igitur in eo est, vtrum iis verbis substitutionis, *eosque inuicem substituo*, Valentinus substitutus sit pupillæ etiam in hunc casum, si pupilla heres erit, & intra pubertatem decesserit? Secundum verba videtur Valentinus etiam in hunc casum substitu-
3 tus: nam verbum † *substituo* generale est, & ad omnem substitutioné pertinet, *arg. l. si seruitus, de seru. vrb. præd.* Itaque nisi mater aliquid ad defensionem hereditatis habeat, eam secundum verba vinci necesse est. Proinde mater allegat id ius, quod traditur *in l. 4. de vulg. & pupill.* & quod hic aliis verbis, idem tamen significantibus refertur *in pr. rescripti*. Ius autem tale est.

Quoties testator duos heredes instituit, quorum vni iure communi substituere non potuit, in hunc casum si heres erit, & postea decesserit, si eosdem heredes inuicem substituat, substitutionem reciprocam in vtriusque heredis personam in vulgarem casum tantum factam videri, id est, in hunc casum, *Si vnus heres non erit, alter heres esto*, non autem etiam in hunc secundum. *Si heres erit & postea decesserit*, vt scil. substitutio facta intelligatur in eū casum, quo vtriq; substitui potuit. Hoc ius in proposita specie locum habet, vbi filia pupilla heres instituta est, & institutus Valentinus frater defuncti. Nam pupillæ substituere pater potuit in vtrumque casum siue heres non erit,
4 siue erit & inter pubertatem decesserit, quæ † substitutio appellatur pupillaris, & conceditur etiam iure communi paganis, *toto tit. Instit. de pup. subst.* At Valentino testator non potuit substituere iure communi in hunc casum: *Si Valentinus heres erit, & postea decesserit*, quoniam hoc modo potest substituere tantum pater liberis impuberibus, quos in potestate habet. Hic autem Valentinus non est in potestate, non est ex liberis, non est impubes. Quare ex eo iure Valentinus non intelligetur substitutus pupillæ, si pupilla heres erit & decesserit, substitutus est tantum in hunc casum, *Si pupilla heres non erit*, qui casus voca-
5 tur † vulgaris, sed hic casus non exsistit.

Valentinus contra ostendit ius superius sibi non obstare, sed potius pro se facere: nam agitur de militis testamento, in quo miles potuit tam Valentino, quam pupillæ substituere in hunc casum, *Si vnus heres erit & postea decesserit*. Proinde consequens est superioris iuris, vt quod testator facere potuerit, heredes inuicem substituendo, etiam facere voluerit.
6 Quæstio an † reciproca substitutio a milite interposita inter eos heredes, quibus in vtrumque casum substituere potuerit, videatur in vtrumque casum facta esse ex priuilegio militum? Consultus Alexander rescribit ad hunc modum: Si hic agitur de pagano, certi iuris esse substitutionem reciprocam non esse factam in hunc casum, *Si vnus ex heredibus heres erit, & postea decesserit*, ac proinde Valentinum ex proposito exclusum iri. Sed quoniam agitur de testamento militis, dubitari posse ait, an substitutio etiam in hunc casum esse videatur facta, quia miles etiam Valentinum substituere potuerit pupillæ, veruntamen etiam in testamento militis idem ius probandum esse. Proinde in proposito Valentinum ex substitutione non admitti, eoq; matri fore locum ab intestato: non obstare quod miles etiam Valentino substituere potuerit in hunc casum, *Si heres erit & postea decesserit*, quod etiam eodem modo potuit pupillæ. Non potuit quidem vtrumque facere, sed Valentino probandum est, an id voluerit, quia ex verbis substitutionis hoc intelligitur.

Hic opponuntur tria. Primùm obstat *l. 4. vers. 2. ff. de vulg.* vbi traditur his verbis: *Si pater duos filios impuberes institutos inuicem substituat in vtrumque casum, substitutio facta videtur*, id est, ita vnum alteri substitutum, non tantum si alter heres non erit, sed etiam si heres erit & inter pubertaté decesserit, & hoc ideo, quia pater impuberibus filiis a se institutis, potuerit in vtrumque casum pupillariter substituere. Ex quo colligitur, si testator heredibus inuicem substitutis poterit in vtrumque casum substituere, hoc ipso etiam in vtrumq; casum substitutionem fecisse videatur. At in proposito, vt iam dictum, potuit miles & pupillæ, & Valentino etiam in hunc casum substituere, *si alter heres erit, & post decesserit*. Ergo iis inuicem substitutis etiam intelligitur testator voluisse substituere in vtrumque casum vt potuit.

Respondeo: Quod dicitur substitutionem reciprocam in vtrumque casum videri, cum heredes substituti sunt, quibus testator in vtrumq; casum substituere potuit, tunc locum habet, cum testator potuit vtriq; substituere in secundum casum, pari ratione vt hic expressum est, in primo responso, in illis verbis: *Quod vtrique pari ratione potuit substitui*, pari ratione, id est, pari substitui ratione & pari iure, quod accidit in eo, quod retulimus *ex d. l. 4.* Cum videtur pater duos filios impuberes institutos inuicem substituere: nam iis potuit pari ratione vtrique substituere in pupillarem casum, quia ambo sint impuberes, ambo filii, ambo in potestate, & potest ita iis substituere iure communi. Hoc in proposita specie non idem fieri potuit: nam si velimus intelligere pupillam, & Valentinum inuicem substitutos esse in hunc secundum casum, *Si alteruter heres erit & post decesserit*; substituentur dispari ratione inter se, dispari substitutione & iure dispari. Nam hoc casu in pupilla intelligetur substitutio pupillaris, quam iure communi pater facere potuit. In Valentino autem non potest intelligi substitutio pupillaris, quia est pubes; sed intelligitur militaris, quam facere potest miles solum ex priuilegio militis. Proinde in hunc casum non intelligitur militem substitutionem fecisse, quia noluit.

Secundo loco opponuntur verba substitutionis. Nam hoc verbum † *substituo* generale est, proinde vt 7
supra dictum, omnem substitutionem continet. Respondeo: Vi ipsa & significatione verbi verum est, omnem substitutionem hoc verbo contineri, sed in suprascripta substitutione non continetur, ex sententia testatoris. Restringitur enim significatio ex conditione personarum, quibus substitutio fit, idq; hac ratione intellectum est: nam hoc verbum, † *Eosq; in-* 8
*uicem substituo*, verbum commune est, vt scribitur *in d. l. 4. ff. de vul.* id est, verbum communiter ad vtrumque heredem substitutum refertur, vnde absurdum esse visum est, vt cum sit vnum verbum semel prolatum, contineat in vna persona heredis vnam substitutionem, & in alterius persona heredis contineat aliam, vt dicitur *in d. l. 4. §. 1.* Ex quo consequens est, iis verbis ex voluntate testatoris heredes substitutos esse solum in eum casum, in quem vtrique pariter potuit substitui, quod & in milite locum habeat necesse est, propter voluntatem, quæ ex eodem absurdo intelligitur eadem fuisse in milite, quæ in pagano.

Postremo obiicit aliquis priuilegium militare, vt militis voluntas citra expeditionem seruetur. Re-

ſpondeo: Id ad hunc locum nihil pertinet, non enim quæritur id, an voluntas militis ſeruanda ſit? conſtat ſeruandam eſſe, & Valentinum pupillæ bona ex ſubſtitutione vindicare poſſe, ſi miles eum ſubſtituere voluerit pupillæ, quo caſu pupilla heres eſt & poſtea deceſſit; Sed hoc quæritur, an hoc miles ſenſerit? & negat Imperator militem ſenſiſſe, & quam recte neget, intellectum eſt.

Quid ergo, quærat aliquis, intereſt inter paganum & militem? Reſpondeo: In obſcura voluntate vtriuſque nihil intereſt, quia in hac ſubſtitutione vterque dicitur ſenſiſſe idem. At in aperta voluntate multum intereſt: nam paganus pupillam Valentino ſubſtituere non potuit in hunc caſum, ſi Valentinus heres erit & poſtea deceſſerit. Miles poteſt, in eoque eſt priuilegium militis, *l. miles 5. ff. h. tit.* idque priuilegium naſcitur ex eo, quia miles heredem ſubſtituere poteſt vſque ad tempus, & poſt id tempus alium ſubſtituere, *l. miles ita. ff. h. tit.*

*Ad L. 7. Ex his verbis.*

Imp. Alexander A. Fortunato.

*Ex his verbis, Fortunato liberto meo do lego, vindicare tibi libertatem non potes, ſi pagani teſtamentum proponatur. At enim cum teſtatorem militem fuiſſe proponas: ſi non errore ductus libertum te crediderit, ſed dandæ libertatis animum habuerit: libertatem equidem directam competere tibi, ſed & legati vindicationem habere te prærogatiua militaris priuilegii præſtat. Dat. 12. Kal. Ian. Alexandro A. II. & Marcello Coſſ. 227.*

SVMMARIA.

1 *Paganus, ſi ſeruo ſuo aliquid relinquat teſtamento, non data prius libertate, cur nihil agat.*

2 *Heredi a ſe ipſo legari neq; ius, neq; natura patitur.*

3 *Paganus ſi dum legat ſeruo ſuo, eum appellauerit libertum ſuum, an iis verbis videatur teſtator libertatem dediſſe ſeruo.*

4 *Demonſtratio falſa ſubſtantiam naturæ & veritatis non mutat.*

5 *Miles an dum legat ſeruo ſuo, eum appellando libertum ſuum, videatur ſeruo libertatem dediſſe: & an ei legatum debeatur. nu. 6.*

6 *Errantis nulla voluntas eſt, nullus conſenſus in ea re, qua errat.*

PAGANVS ſi ſeruo ſuo aliquid relinquat teſtamento, non data ſeruo libertate, nihil agit, id eſt, neque libertas, neque legatum, neque fideicommiſſum valet, *l. ſeruis. ʒ. de legat. & hic. in pr.* Legatum ideo
1 non † valet, quia ſi valeret hoc legatum, præſtaretur ab herede defuncti, & ſimul per ſeruum heredi ac-
2 quireretur legatum, ita fieret vt heredi † a ſeipſo legaretur, quod neque ius, neque natura patitur, *l. legatum. §. 1. de legat. 1.* Prius ergo oportet ſeruo libertatem dare. At hic data non eſt: aliud enim eſt legatum ſeruo dare, aliud libertatem: nihil ex teſtamento competere poteſt, quod teſtamento ſcriptum non
3 eſt, *l. 4. ff. de reg. iur.* Quod † ſi paganus dum legat ſeruo ſuo, eum appellauerit libertum ſuum, & ita leget: *Fortunato liberto meo, fundum Tuſculanum do, lego,* an iis verbis videtur teſtator libertatem dediſſe ſeruo? Negat Alexander hoc loco, & recte, quia hoc verbo, *Fortunato*, non continetur ſententia vlla teſtatoris, qua declaret ſe velle libertatem ſeruo dare, ſed continetur tantum demonſtratio, ſeu affirmatio eius quod non eſt. Teſtator enim appellat eum libertum,
4 qui eſt ſeruus. Falſa † demonſtratio ſubſtantiam naturæ & veritatis non mutat, *l. cum falſa. ʒ. de iur. & fac. ignor.* Ita fit, vt quibuſcunque verbis vſus ſit paganus, dum ſeruo ſuo legat non data libertate; nihil agat.

Quid ſi miles idem faciat? Hic diſtinguitur. Nam ſi † miles putauit libertum eſſe, quia reuera erat ſeruus, huic etiam ex teſtamento militis neque libertas, neque legatum, neque fideicommiſſum competet, quia neutrum miles voluit. Quod attinet ad libertatem, apparet militem eam dare noluiſſe, quia in ea errabat. Errantis † nulla voluntas eſt, nullus conſenſus in ea re, qua errat, *l. cum teſtamentum. ſup. de iur. & facti ignor.* De legato dubitari poteſt, an velit miles id ſeruo dare, quia aperte legauit; ſed dicendum eſt, etiam militem nec legatum voluiſſe, quoniam legauit quidem ſeruo, ſed legauit vt liberto, quoniam talem eſſe putauit. Seruo igitur legatum voluit, idque etiam hac ratione magis intelligitur, quia non voluit eum liberum eſſe, quem liberum putabat. Porro ei qui ſeruus teſtatoris manet, nec natura quidem legari poteſt vtiliter, ſiquidem legatum per ſeruum defuncti heredi acquireretur, iam dicto heredi autem a ſeipſo inutiliter relinquitur. 5 6

Quod ſi miles eum ſeruum, cui legabat, ſeruum eſſe non ignorabat, & ei legauit, vt ſupra ſcriptum eſt; & libertas directa ſeruo competet & legati vindicatio ei dabitur, vt hic ſcriptum eſt. Sed hic occurritur ex iis ipſis quæ ſupra dixi. Nam huic ſeruo libertas data non eſt: legatum autem ſine libertate inutile eſt. Si dicimus, militem colligi voluiſſe libertatem dari ex eo, quod libertatem appellauit, occurretur rurſus ex eo, quod de demonſtratione falſa diximus, nimirum in hoc incerto liberto demonſtrationem falſam obtinere, falſam demonſtrationem ſubſtantiam veritatis non mutare. Reſpondeo: Voluntas militis de libertate danda non intelligitur ex eo, quod miles ſeruum libertum appellauit. Nam & ſi ſimpliciter ſeruo ſuo legatum dediſſet, tamen & libertas & legatum competeret, *l. Lucius. §. 1 ff. h.* Sed voluntas ex eo ipſo de libertate colligitur, quod miles legatum dedit. Quoniam legatum ſine libertate haberi non poteſt, eo fit, vt legatum dando ea omnia etiam voluiſſe intelligatur miles, ſine quibus ad legatum perueniri non poteſt, *argum. leg. 12. de iuriſdict.*

*Ad L. 8. Certi iuris.*

Vide quæ diximus in ſumma huius tituli.

*Ad L. 9. Sicut. & L. 10. Si cum.*

Imp. Gordianus A. Valerio.

*Sicut certi iuris eſt, militem qui ſcit ſe filium habere, alioſque ſcripſit heredes, tacite eum exheredare intelligi: ita ſi ignorans ſe filium habere, alios ſcribat heredes, non obeſſe filio ademtam hereditatem, ſed minime valente teſtamento, ſi ſit in poteſtate, eum ad ſucceſſionem venire in dubiis non habetur. PP. 5. Non. Octob. Pio & Pontiano Coſſ. 239.*

Impp. Philippus A. & Philippus C. Iuſtino militi.

*Si cum vel in vtero haberetur filia inſcio patre milite, ab eo præterita ſit: vel cum in rebus humanis eam non eſſe falſo rumore perlato pater putauit, nullam eius in teſtamento fecit mentionem: ſilentium huiuſmodi exheredationis notam nequaquam infligit. Is autem miles, qui teſtamento filiam ſuam appellauit, eique legatum dedit: non inſtituendo eam heredem exheredauit. PP. 12. Kal. Iun. Præſente & Albino Coſſ. 247.*

SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Miles sciens se vxorem habere pragnantem, aut se habere filium. si testamento facto, aliisq; heredibus institutis, nullam liberorum mentionem faciat; an prætereundo exheredare intelligatur?*
2 *Vnde hæc exheredatio colligatur.*
3 *Miles vnum tantum heredem instituendo ex fundo; pro reliqua hereditate intestatus decessisse videtur.*
4 *Duo heredes vni testatori in solidum esse natura non possunt.*
5 *Liberis militis præteritis an detur possessio contra tabulas.*
6 *Filii militis an eius testamento præteriti de inofficioso testamento querelari possent.*
7 *Constit. Iustin. de præteritione & exheredatione parentum an ad milites referenda etiam sit.*

1 SI miles † sciens se vxorem habere prægnantem; aut se habere filium, & testamento aliis heredibus institutis, nullam liberorum mentionem fecit, hoc ipso quod prætereat exheredare intelligitur, *vt h.l. sicut, & l. seq. in fin. & §. sed si in exped. Instit. de exher. lib.*
2 Sed † vnde hæc exheredatio colligitur, cum de filiis exheredandis nullum verbum fecit pater? Videtur id fieri, inquit Accursius, fictione, *in gloss. vlt. l. si cum:* Quod non ita est: nam si miles prætereundo noluit filios exheredare, non fingitur voluisse. Finguntur enim ea, quæ non sunt: si voluit exheredare, id fingere non debemus nec possumus aduersus voluntatem. Denique vt quid in testamento militis valeat, voluntatem militis esse oportet, *l. 1. sup. h.* nec satis est voluntatem esse, sed de ea etiam oportet constare, *l. diuus. ff. h.* Merito igitur iterum quærimus, vnde hæc voluntas exheredationis colligatur? Nam profecto ex sola præteritione liberorum non colligitur, quoniam aliud est exheredare, aliud præterire: sunt enim in voluntate patris hæc tria distincta: institutio liberorum, & huic contraria exheredatio, & tertium genus inter vtrumque interiectum, præteritio, cum pater neque instituit neque exheredat, *§. eadem. in Inst. t. de hered. quæ ab intestat.*

Vt igitur ex præteritione liberorum non colligitur institutio; sic etiam ex præteritione non colligitur exheredatio, quoniam pariter vtrumque a præteritione distat, eiusque rei argumentum est, quod si
3 miles † vnum tantum heredem instituerit ex fundo, pro reliqua hereditate intestatus decessisse videbitur, *l. 2. ff. h.* Proinde hereditas pertinebit ad liberos, quorum primus locus est in caussa intestati, *§. 1. Instit. de hered. quæ ab intest.*

Respondeo: Nihil est verius, quam exheredationem ex sola præteritione non colligi: colligitur vero ex eo, quod miles aliis heredibus institutis filias silentio præteriit, quosdam heredes instituendo, vt ipse ceteros omnes hereditate excludat, quia non iu-
4 re tantum, sed etiam † natura duo heredes vni testatori, in solidum esse non possunt, *l. quod contra. §. vlt. de reg. iur.* Ita cum vnum vult miles, etiam cetera voluisse intelligitur, sine quibus id quod voluit esse
5 non potest. Sed † an præteritis liberis dabitur possessio contra tabulas? Minime, quia bonorum possessio contra tabulas exheredatis non datur: hic autem liberi exheredati sunt. Idem expressum est *in l. num ad bon. ff. eod.* Sed exheredatis etiam supremum remedium superest, querela inofficiosi testamenti, *l. 1. de in-*
6 *offic. test. & in Instit. tit. eod.* Num igitur filiis † testamento militis præteritis, de inofficioso testamento queri licebit? Respondeo: Aduersus testamentum militis querela inofficiosi testam. non datur, vt militis voluntas seruetur, *l. si instituta. §. de inofficioso ff. de inoff. test. l. vlt. sup. de inoff. test.*

Sed hæc quoniam ex iure veteri dicuntur, quæsitum est, num mutentur constitutione Iustiniani, cuius fragmentum refertur *in Auth. licet. infr. de liber. præter. vel exhered.* Nam constitutio † Iustiniani citra 7
controuersiam posterior est: ea autem cauetur generaliter, ne liceat parenti liberos præterire aut exheredare, nisi ingrati probentur, & præterea caussa ingratitudinis nominatim inseratur testamento. Respondemus: Constitutionem illam Iustiniani quamuis verbis generalibus vtatur, tamen ad milites non pertinere, sed manere nihilominus ius vetus de exheredatione militum & præteritione constitutum. Idque demonstratur duabus rationibus. Primum; quod posteriores leges ad priores trahantur, nisi sint aperte contrariæ, *l. sed & poster. ff. de leg. b.* Dicuntur posteriores trahi ad priores, cum referuntur ad easdem res & easdem personas, quæ prioribus comprehensæ sunt vt intelligitur *ex l. ideo præced. de legib.* Itaque Iustiniani constitutio posterior de præteritione & exheredatione parentum loquens, referri debet ad eas leges priores, quæ de exheredatione & præteritione constitutæ sunt: leges autem priores, quæ de exheredandis liberis cauent, ad paganos solum pertinent, non ad milites, vt iis legibus duabus declaratur. Proinde nec constitutio Iustiniani ad milites pertinere putanda est.

Altera ratio est, quod in toto iure generi per speciem derogatur, & id potius habetur, quod ad speciem directum est, *l. in toto. de reg. iur.* Lex autem Iustiniani generalis est, de parentibus loquens indefinite. Quod autem constitutum est de exheredatione militis, ad speciem parentum pertinet. Nam ex parentibus quidam sunt pagani, quidam milites Quod igitur de hac specie cōstitutum est, potius habebitur.

Hæc dicta sunt de eo milite, qui sciuit se vxorem prægnantem aut filium habere.

Quod si ignorauit, placet eum, qui liberos præteriit, non ideo exheredasse videri, contraria scilicet de caussa, quia noluit. Nemo enim intelligitur quicquam velle de ea re statuere, quam se habere ignorauit. prius enim est, vt cogitemus de ea re, quam vt velimus quicquam de ea re statuere. De re autem ignota cogitare non possumus. Huc referri debet *l. mater. versicul. ceterum. ff. de inoffic. l. qui cum tutoribus. in fin. ff. h.*

*Ad L. 11. Captatorias institutiones.*

Impp. Philippus A. & Philippus C. Æmiliano militi.

*Captatoriæ institutiones etiam in militis testamento nullius esse momenti, manifestum est. PP. 7. Kal. Iul. Præsente & Albino Coss. 247.*

SVMMARIA.

1 *Institutiones, legata & fideicommissa captatoria nullius sunt momenti.*
2 *Captatoria institutio quæ sit. & nu. 5.*
3 *Captatoriæ institutionis requisita.*
4 *An quæuis cōditio captatoriam institutionem faciat.*
6 *Hereditas heredis quomodo captetur.*
7 *Hereditas alterius quomodo captetur.*
8 *Captatoriæ institutiones cur sint improbatæ.*

1 IVs † ita est; Captatorias institutiones nullius esse momenti *l. captator. ff. de her. inst.* nec tantum institutiones, sed & legata & fideicommissa captatoria, *l. captatoriæ. ff. de legat. 1.* idq; adeo ius in testamento militis valet, vt hic cautum est. Quæ hoc verbo improbetur institutio, & quam ob caussam improbetur etiam in milite, non tantum in pagano, sic intelligemus, si cognouerimus, quid sit captatoria institutio, idē intellecturi de captatorio legato & fideicōmisso.

2 Captatoria † institutio est, qua alienam hereditatem captamus, id est, venamur seu facimus vt ad nos perueniat. Captatoria fit, non animo tantum & proposito instituentis, sed verbis, quoties institutio verbis inclusam in se habet captationem alienæ hereditatis. Et breuiter captatoria institutio est, cum heredem aliquem instituimus sub conditione *Si nos here-*
3 *des instituet vel ipse vel alius.* Hæc definitio † nos admonet, captatoriam institutionem tria habere debere. I. Conditionem. II. Conditionem de hereditate aliena obtinenda. III. Conditionem in futurum conceptam, non in præteritum. Conditionem principio esse oportet, quod declarant illa verba Papiniani, *Quorum conditio confertur in secretum alienæ voluntatis, l. captatorias, de hered. instit.* Ex quo colligimus, si quis aliquem heredem instituat pure, quamuis apud se hoc animo, vt simulato officio & simulata liberalitate prouocet heredem institutum ad se mutuo heredem instituendum, tamen captatoriam institutionem non esse, & nihilominus valere, quia verbis expressam captationem non habet, seu non habet expressam conditionem de aliena hereditate deferenda. Et ideo si testator vicissim instituatur ab eo, quem heredem instituerat prius, vtraque institutio valebit, quia neutra sit captatoria. Et hoc est, quod Papinianus ait *in l. captatorias,* captatorias non eas senatusconsultum improbauit, quæ mutuis affectionibus indicia prouocauerunt, id est, mutua liberalitate & mutuis officiis, si modo præter liberalitatem & officium nihil interuenerit in institutione.

4 Non † quæuis conditio captatoriam institutionem facit, sed cum ita heredem instituimus, *Si vicissim ipse nos heredem instituat,* aut alius, in quo diligenter nobis cauendus est error vulgarium interpretum, qui prope ad nostra vsque tempora inualuit; hi enim magno consensu definiunt captatoriam institutionem eam esse, cum conditio institutionis confertur in expressam alterius voluntatem, hoc modo: *Titius heres esto, si Mæuius voluerit,* decepti sunt verbis, *d. l. captator.* cum ita scribit Papinianus: Captatorias eas dici, *quarum conditio confertur in secretum alienæ voluntatis.* Quæ verba sic interpretati sunt: Quarum conditio confertur in alienam voluntatem, quæ voluntas secreta est. Accedit ad confirmationem huius erroris, quod constabat ita ius constitutum esse, vt institutio sit nullius momenti, quæ confertur in voluntatem alterius expressam, puta: Titius heres esto, si Mæuius voluerit, *l. illa institutio. ff. de hered. instit.*

Sed hic error recte notatus est ab Ant. August. *lib. 4. emendat. cap. 15.* Et certe hæc definitio aperte refellitur & verbo captatoriæ institutionis, & eo loco, in quo hanc definitionem tradiderunt, nempe *l. illa autem. ff. de hered. instit.* Verbum satis eos monere debuerat, eum qui Titium ita heredem instituat, *Si Mæuius voluerit,* nihil captare alieni, atque adeo ne voluntatem quidem alienam captare: nam is captat, qui aliquid confert in alium, vt eius voluntatem prouocet & prouocando capiat, nihil tale facit, qui conditionem confert in alienam voluntatem. Nam is in quem confertur, nulla re prouocatur, vt velit aut nolit. Deinde quemadmodum si ita heredem instituo: *Titius heres esto, si Mæuius in capitolium ascenderit,* iis verbis non capto factum alienum, eaque omnium consensu captatoria institutio non est, sed valet, *l. si quis semper. ff. de hered. instit.* Ita hac conditione, *Si Mæuius voluerit,* non capto Mæuii voluntatem, eoque nec captatoria institutio est, quæ hanc conditionem habet.

Quod attinet ad *l. illa autem. ff. de hered. instit.* in ea duo sunt, ex quibus manifeste superior sententia conuincitur. Primum est, quod illic scriptum est, *Captatoriam institutionem esse, quæ refertur ad alicuius captionem.* At cum ego aliquem sic instituo, *Si Mæuius voluerit,* non pertinet neque institutio neque conditio ad quenquam decipiendum. Igitur hæc conditio institutionem captatoriam non facit. Deinde in eadem lege scriptum est, hanc institutionem esse captatoriam & senatusconsulto improbari: *Titius heres esto, si Mæuius me heredem tabulis testamenti recitarit.* Hinc licet ita argumentari, estque ratio in promtu. Si institutio captatoria est ea solum, quæ confertur in expressam voluntatem alterius, consequens est, quæ in tacitam alterius voluntatem confertur captatoriam non esse, sed iure valere, *l. si quis Sempron. ff. de hered. instit.* Consequens est falsum. Ergo & id quod sequitur. Nam iis verbis institutionis, *Si Mæuius me heredem recitauerit,* conditio non confertur aperte in voluntatem Mæuii, non enim dico, *Si Mæuius voluerit;* sed confertur in eius factum, quod tamen non impleuit, nisi prius voluerit. Atqui hanc institutionem captatoriam & nullius momenti esse dictum lege institutionis.

Non obstat, quod Papinianus dicit, eam esse captatoriam, *cuius conditio confertur in secretum alienæ voluntatis.* Nam hæc verba: *Secretum alienæ voluntatis,* proprie ad supremam voluntatem referri debent. Nam voluntas, quæ declaratur inter viuos, antequam declaretur secreta est. At declarata aperta esse incipit. Voluntas vero suprema, quæ testamento declaratur, etiam declarata secreta est, quoniam testatores testamenta sua vtplurimum clausa & secreta esse volunt, *l. hac consultissima. infr. de testam.* Itaque cum verba Papiniani magis exprimant supremam voluntatem, nihil caussæ est, cur non ad hanc potius referantur, etiamsi sola essent. Vtcunque est, verba ambigua sunt, ambiguitas ex loco subiecto explicari debuit. Agitur autem de captatoria institutione, nihil captat conditio, quæ confertur in alterius voluntatem, sed ea sola, quæ confertur in eius secretum, quod præcipue secretum esse solet, id est, in voluntatem eius testamento declaratam, id est, in summa, in institutionem ab eo factam, aut legatum ab eo relictum.

Est igitur, vt dixi, † captatoria institutio, cuius 5
conditio confertur ad captandam hereditatem vel heredis instituti, vel alterius, & ad captandū vel sibi vel alii. Captatur † hereditas heredis hoc modo: *Ti-* 6
*tius heres esto, si ipse me heredem instituerit.* Et ideo hanc institutionē captatoriā esse certum est, vt significatur *in l. illa autem.* in illis verbis, *Sed illud quæri.* Similis est illa institutio: *Qua me ex parte Titius heredem instituit, heres mihi esto.* Nam iis verbis, qua me ex parte heredem instituit, continetur hæc conditio, si qua

ex parte

ex parte me heredem instituet, *l. 2. ff. de her. instit. argument. in legem 6. ff. de legat. 1.* Et hac de caussa improbatur hæc institutio *in l. 1. in fin. ff. de his quæ pro non script. hab.*

7 Captatur † alterius hereditas hoc modo: *Titius heres esto, si Mænius me heredem instituet*, idque colligitur *ex d. l. illa autem. in prin.* Nam illic scriptum est hanc institutionem valere; *Titius heres esto, qua ex parte Mænius me heredem instituit*, & adiicitur ratio, quia conditio in præteritum concepta est, vnde intelligimus, si conditio ita concepta est: *Qua ex parte Mænius me instituet*, in futurum, captatoriam esse institutionem secundum verba senatusconsulti, quo captatoriæ institutiones improbantur: illæ solum improbantur, quibus testator captat hereditatem heredis instituti, vel alterius, & captat sibi: sed placuit ex sententia senatusconsulti etiam captatoriam videri institutionem, si quis institutione captet hereditatem alteri, quam sibi, hoc modo: *Titius heres esto, si Mænium heredem tabulis suis recitauerit.* Et hoc est quod significatur *in dicta l. illa autem. in fin. de hered. instit.*

Non est satis, conditionem esse adiectam de aliena hereditate obtinenda, vt sit captatoria institutio, sed conditionem oportet etiam in futurum concipi. Quod si in præteritum concipitur, valet institutio, vt *Titius heres esto si vere me heredem instituit, vel qua ex parte me heredem instituit, d. l. illa autem. in pr.* Et merito valet institutio ita concepta, non est enim captatoria. Nam si captare, est facere vt capiamus, captamus tantum futura, præterita quæ facta & capta sunt, neque captamus neque adeo capimus. Adde quod in iis, quæ sua sponte quis fecit, non potest dici fuisse captus.

8 Hoc † intellecto de captatoria institutione, facile intelligi potest iam, cur improbatæ sint? ideo nimirum, quia pertinent ad captionem alterius, in iis autem improbatis nemo decipietur. Nam si institutio captatoria valet, facile futurum est, vt heres institutus sub conditione, si testatorem heredem instituat, spe allectus potiundæ hereditatis illum heredem instituat, vt parendo eius conditioni perueniat ad eius hereditatem. Quod si intelliget heres se nihil ex ea institutione consequi posse, non erit tam stultus, vt velit conditioni parere, qua impleta nihil consequitur.

Hæc captio non tantum pertinet ad eum heredem, quem instituimus sub conditione, si nos heredem instituat, sed etiam ad extraneum, si Titium heredem instituat sub conditione & Mæuius me heredem instituat, etsi hic Mæuio nulla spes defertur hereditatis meæ, fieri vt moueatur amore Titii, quem heredem instituit, fieri etiam potest, vt Titii fraudibus inducatur Mæuius, vt me heredem instituat. Proinde hic quoque eadem captio metuitur, & ob eam caussam merito improbatur vt captatoria.

Sed quæritur, quomodo placet etiam ius hoc ad captatorias institutiones militis pertinere, cum constitutiones generaliter velint omnem supremam voluntatem militis ratam esse, *l. 1. ff. h. & l. 1. 3. sup. h.* Auget dubitationem, quod constitutiones de testamento militis posteriores videntur: posteriores autem leges derogant prioribus. Deinde lex contra, quæ cauet de captatoriis institutionibus, generalis est, pertinens ad omnium testatorum institutiones captatorias: constitutiones autem, quæ cauent de testamento militis speciales sunt: referuntur enim ad speciem personarum scilicet milites, supra autem dictum, in toto iure generi per speciem derogari, *l. in toto. de reg. iur.*

Respondeo: Hoc ipsum quod dicimus, captatorias institutiones in testamento militis non valere, comprehensum esse aperte iis ipsis constitutionibus, quæ sunt de testamento militis. Ex quo apparet, has constitutiones hac in parte veteribus legibus non derogare. Nam hæ constitutiones comparatæ sunt, vt simplicitati militum consulerent, vt expressum est *in l. 1. ff. h.* Hoc verbo satis excluditur calliditas militum, & in summa, etiamsi caussa priuilegii in constitutionibus adiecta non esset, generaliter tamen tenendum, hoc loco est, in omnibus legibus & constitutionibus lege concessis, iura deceptis, non decipientibus opem ferre, simplicitatem & infirmitatem, non calliditatem auxilium mereri, *l. 2. §. 1. ff. ad Sen. Velleian.*

*Ad L. In testamento 12.*

Impp. Philippus A. & Philippus A. & C. Domitiæ.

*In testamento militis legem Falcidiam, & in legatis & fideicommissis cessare, explorati iuris est. Sane si quid vltra vires patrimonii postulatur, competenti defensione tueri te potes. PP. 6. Non. Iul. Præsente & Albino Coss. 247.*

SVMMARIA.

1 *Falcidia in testamento militis locum non habet.*

2 *Legis Falcidiæ summa.*

3 *Heres militis hereditatem adiens non facto inuentario in solidum obligatur creditoribus hereditariis, etiamsi hereditas soluẽdo non sit. Et cur idem in legatis. nu. 4.*

5 *Heres militis, qua defensione se tueri possit, ne præstet legata vltra vires patrimonii defuncti.*

QVOD dicitur † in testamento militis, Falcidiam locum non habere, hanc sententiam habet, 1
quantumcunque legauerit miles, etiamsi totum patrimonium legatis exhausisset, nihilominus solida legata præstanda esse. Nam lex Falcidia † legata minuit, dum cauet ne supra dodrantem patrimonii legetur, & si legatum sit, iubet quartam partem manere penes heredem in omnibus rebus, quę legata sunt; 2
*l. 1. ad leg. Falcid. Instit. ad leg. Falcid.* Hæc non nocet voluntati militis, & voluntas in solidum leganti seruatur ex priuilegio militibus concesso. Sed hoc ita accipiendum est, cum re legata præstentur vltra vires patrimonii militis, & hoc est, quod dicitur hic: *Heredem posse se tueri competenti defensione, si quid vltra vires patrimonii postuletur.* Id enim sic interpretandum, si postuletur legatorum aut fideicommissorum nomine. Idque intelligitur ex præcedentibus, in quibus institutus est sermo, de legatis & fideicommissis in solidum præstandis. Ceterum quod hic dicitur, *hoc ad heredem militis referri non debet.* Nam si heres † militis 3
non inuentario facto, hereditatem adierit, in solidum obligatur creditoribus hereditariis, etiamsi hereditas soluendo non sit, *l. mora. ff. de acq. her. l. vlt. §. 1. & § etsi, j. de iur. delib.* Sed † cur non idem dicimus in 4
legatis, heredem scilicet militis, qui sponte hereditatem adierit, in solidum legatariis teneri, cum dicamus heredem hereditatem adeundo contrahere videri & cum creditoribus & cum legatariis, *§. heres quoq. Inst. de obl. quæ ex quasi contr. l. 3. in fin. ff. ex quib. caussis in poss.* Resp. Hoc efficitur ipsis constitutionibus Imperatorum, quæ sunt de testamento militum,

Nam in ea constitutione, quæ refertur *in l. 1. ff. h.* in extremo ita scriptum est; & vt in diuisione bonorum suorum sufficiat nuda voluntas testatoris, quibus verbis declaratur, militem posse quomodo velit testari, dummodo testetur de bonis suis. Proinde vltra bona sua testari non potest: non potest enim alienum minuere, quod expressum est *in l. cum filiusf. ff. h.*

5 Quæritur † quid sit hoc loco competens defensio, qua heres se tueri potest, ne præstet legata vltra vires patrimonii defuncti? Respondeo: Defensio vt plurimum exceptionem significat, cum quis fatetur, se summo iure teneri, sed exceptionem opponit: nunc autem defensio hic intelligitur, vt heres neget, se vltra vires teneri ipso iure, sed hac ratione, quia vltra bona sua miles testatus sit, & hanc rationem defendat illis verbis constitutionis, quæ supra dixi.

*Ad L. 13. Et militibus.*

Impp. Valer. & Galien. AA. Claudiæ.

*Et militibus nostris, centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam castrensium rerum testamentum facere permittitur, & intestatis iure proprio succeditur a fisco. Prop. Non. August. Valeriano & Galieno AA. 3. Coss. 256.*

SVMMARIA.

1 *Miles capite damnatus ob crimen an testamentum facere possit: & si intestatus decedat, ad quem intestati bona pertineant, & num. 3. & 5. & si potest, de quibus rebus possit. num. 4. & quo iure possit facere testamentum.*

2 *Capitale iudicium seu capitis damnatio quæ?*

6 *Commune delictum quod dicatur.*

7 *Militare delictum quod.*

HVIC rescripto multa desunt, quę supplenda sunt ex aliis locis ad eandem quæstionem pertinentibus, sed & illis locis desunt pleraque, quæ ex hoc rescripto interpretanda sunt. Recte igitur faciemus, si ex coniunctione horum locorum hanc quæstionem
1 explicabimus. Quæstio hæc est: Si † miles capite damnatus sit ob crimen: Primum an ei testamentum facere permittatur vt ei qui adhuc miles sit: Deinde, si intestatus decedat, ad quem intestati bona pertineant? Est autem posita quæstio de eo milite, qui ob crimen capite damnatus sit, idque consulto: nam si miles ex quouis delicto non capitali iudicio damnatus sit, is in totum testamenti faciendi ius retinet. Nam retinent & pagani eodem modo damnati, multo magis milites, ne sint deteriori caussa, quam pagani, *l. eius. §. 1. ff. de iniust. rupt.* Et ideo quod hic scriptum est permitti testamentum facere militibus ob flagitium militare damnatis, sic intelligendum est, dummodo damnatis capite, vt expressum est *in l. ex militari. ff. h.*

2 Est † autem capitale iudicium, siue capitis damnatio, cuius pœna, mors aut seruitus, aut exsilium est, id est, deportatio, *l. 2. ff. de pub. iud.* Exempla sunt *in d. l. si quis filio. §. irritum.*

3 Primum ergo quæritur, † an miles capite damnatus testamentum facere possit? In eoque tria requiruntur, an possit facere testamentum? de quibus rebus possit? & quo iure possit facere testamentum? Et militi ita damnato permitti testamentum facere hic scriptum est: dummodo damnatus ex militari delicto, idem *in l. ex militari. ff. h.* Si ex communi delicto capite damnatus sit miles, non idem ei conceditur, sed in eo vtitur iure communi, *l. 1. ff. de veteran. & milit. succeß.* Quod dicitur militi permitti damnato testamentum facere, hic simpliciter dicitur, idem *in l. ex militari.* Sed ex manifestis locis ita temperandum est, si modo ei permittatur in sententia ab eo qui damnauit, *l. si quis, in pr. §. 1. ff. de legat. 3. l. cum hic status. §. si miles ff. de donat. inter vir. & vxor.* permittit autem iudex petenti militi, vnde *in d. l. cum hic status. §. si miles,* dicitur, militi permitti testamentum facere si impetrauerit sententia iudicis: impetrant, qui petentes impetrant. Quid si petat miles, & iudex sententia non concedat? Resp. Iure cautum est, concedi id oportere, *l. 1. de vetera. & mil. succ.* Quid si nihilominus deneget iudex? Resp. Denegādo iniuriam facit. Proinde miles appellare potest ad Principē, *l. 1. ff. de appel.*

Hæc † potestas militi permissa definita est, vt militi liceat non de quibuslibet bonis testamentum facere, sed solum de castrensibus, *vt h. & d. l. ex militari. ff. h.* Reliqua ergo bona paganica, quo iure habentur? Respondeo: Ad fiscum pertinent: nam iure communi bona damnatorum publicantur, si capitali iudicio damnati sint, *l. 1. ff. de bon. damnat.* Et ideo quod scriptum est *in d. l. si quis. in pr. §. 1. de legat. 3.* eum militem, cui permissum est sententia iudicis facere testamentum, consequi facultatem testamenti faciendi, ex iis locis temperandum est, vt consequatur hanc potestatem de rebus castrensibus, non de ceteris. Hanc potestatem ita consequitur miles, vt testamentum facere possit, non tantum iure communi, sed etiam militari iure, prout velit & possit, contemtis obseruationibus & diligentia iuris communis, in testamentis faciendis, *d. l. ex militari. ff. h. l. si quis filio. §. irritum. ff. de iniust. rupt.* nempe ideo, quia hoc beneficium conceditur militi, vt militi. 4

Sed hic hæc exceptio adiecta est, *ex d. l. ex militari.* vt scilicet miles capite damnatus possit de castrensibus bonis testari iure militari, nisi fides sacramenti testanti rupta sit. Quibus verbis excipitur, vt si fides sacramenti rupta sit, non ideo miles facere testamentum non possit de bonis castrensibus, sed vt non possit iure militari, veruntamen iure communi. Nam ad hanc partem tantum, in qua quæritur, quo iure testamentum facere possit miles, refertur Vlpiani exceptio, vt legenti apparebit. Hæc verba *Si non fides Sacramenti rupta sit,* Accursius sic interpretatur, nisi miles damnatus sit de fide rupta. Male, duabus de caussis. Nam ista ratione miles ex omni delicto damnaretur ex fide rupta: semper enim miles in militari delicto facit contra fidem sacramenti, quoniam promisit sacramento, se neque contra Imperatorem, neque contra Rempub. aliquid admissurum, & præterea se strenue & fortiter in officio versaturum. Deinde, etiamsi ex quouis delictum admittat miles, & ex eo damnetur, non tamen fides sacramenti rumpitur, nihilominus sacramento militari obstrictus manet, quo non soluitur nisi certis modis, *l. 2. §. ignomin. ff. de iis qui not. infam.*

Est igitur hic sensus, militem posse de castrensibus bonis testari, idque iure militari, nisi sacramento siue sacramenti fide solutus sit, ignominiæ caussa: quod ita fit, si sit exauctoratus, *d. l. 2. §. ignominia.* hoc cum fit, miles desinit esse miles, & ignominiæ caussa soluto non tribuitur priuilegium militis, *l. testamenta. ff. h.* Sed nihilominus ius testamenti iure communi faciendi habebit de castrensibus bonis, vt habent ii, qui aliquando milites fuerunt, vt veterani, quibus

bus permissum est facere testamentum de bonis castrensibus etsi sint filiifamilias, §. *sed hactenus, Inst. h.*

5 Hęc † dicta sunt de eo, qui sibi permitti velit testamentũ facere. Quod si nihilominus miles, qui hanc facultatẽ impetrauerit, intestatus decesserit, hic scriptum, intestato proprio iure succedi a fisco. Cõtrarium videtur scriptum *in l. 1. D. de veteran. success.* Sic enim verba sunt: Militi ob crimẽ capitale damnato, testamentum facere concedendum est, eiusq; intestati bona ad agnatos pertinẽt. Rursus iis duobus locis quidquam contrarium tradi videtur, *in l. 2. D. de vetter. succes.* Illic enim scribitur intestati militis bona castrensia ad agnatos quidem deferri vsq; ad quartum gradum. Hæc omnia ita concilianda sunt.

Militis capite damnati, cui testamentũ facere permissum est, intestati bona paganica ad fiscum pertinent citra exceptionem. Id colligitur *ex l. 2. D. de vet. succeß.* vbi nominatim castrensia tantũ cognatis permittuntur. Idem hoc certissimo argumento colligitur. Nã quæ ratio facit, vt miles capite damnatus non possit facere testamentũ de bonis paganicis, quoties ei sententia permittatur, ea ratio multo magis facit, ne ea bona ad cognatos intestati perueniant. Quod miles capite damnatus de paganicis testamentum facere non potest, hæc caussa est, quia eius esse desierunt, propter damnationem, nam damnatorũ bona, vt dictum publicantur. Huc pertinet *l. eius. §. 1. D. qui test. fac poss.* Quod si hęc bona militis manerent, citra dubitationem de iis testari posset *ex l. 12. tab. vti quisque legasset, l. verbis, leg. D. de verb. sig.* Si bona paganica milite capite damnato, militis esse desierunt, & cœperunt fisci esse, perspicuum est, ea ad heredes legitimos pertinere non posse. Nam ad heredes nihil pertinet nisi defuncti hereditas, quæ nihil aliud continet, nisi quod defunctus habuit in bonis, *l. nihil aliud, de verb. sig. l. hereditas, de reg. iur.*

Sed huic parti aduersantur verba, *d. l. 1. de vet. & milit. success.* Generaliter enim illic scribitur bona intestati militis ad cognatos pertinere. Respõdeo verba hæc: *Eiusque bona intestati*, manifeste referuntur ad eum militem, & ad ea bona, de quibus prius sermo erat. Fuit autem sermo de milite damnato, & de iis bonis, de quibus conceditur illi testamentum facere. Proinde hæc verba subiecta, *Eiusq; bona intestati*, sic interpretanda sunt, *Eiusque*, supple *militis*, & militis bona intellige, de quibus cõceditur illi testamentum facere. Hæc inquam bona ad agnatos pertinent ea autem sunt sola castrẽsia, hæc enim sola sunt militis, vt militis, & sola ea, de quibus testamentũ facere militi conceditur. Quod ad castrensia bona attinet, hæc sunt, quæ *in d. l.* intelliguntur ad cognatos pertinere. Necesse enim est illis verbis aut omnia bona militis intelligi, tam paganica quam castrensia, aut saltem vnum genus bonorum. Effectum est, non contineri illis verbis bona paganica. Proinde saltem bona castrensia intelligentur, quamuis ea sint militis capite damnati, tamen ad cognatos pertinent.

Hoc idẽ significatur *in l. 2. eo. tit.* Sed ibi infirmior probatio est: Nam illic quidem scriptum militis castrẽsia bona intestati ad cognatos pertinere, sed non id dicitur, *militis capite damnati.* Hoc quidem sensit Papinianus sine dubio, sed quoniam non expressit, certior probatio adiicienda fuit, ex qua intelligeremus castrẽsia bona militis quamuis damnati, tamen ad cognatos pertinere. Sed rursus huic parti aduersatur hoc rescriptũ, cuius in extremo hæc verba sunt: *Et intestatis militibus iure proprio succeditur a fisco*, quæ verba, si ad præcedentia referri debent, vt referri necesse est, non intelliguntur solum de paganicis, sed potius de solis bonis castrensibus: Nam prius scriptum erat, militibus damnatis licere solũ testamentum facere de rebus castrensibus.

Respondeo, hæc verba, proprio iure, rem expediunt, significant enim intestatis militib. qui damnati sunt, fiscũ succedere quidem, sed non iure cõmuni, verum iure quodã proprio, & quod ab omni alio iure successionis remotum sit. Nam si ius commune sequemur, bona militis capite dãnati, aut omnia sunt fisci, ex iure communi damnatorum, *l. 1. D. de bon. dam.* aut nulla sunt fisci, vt proinde intestato militi damnato, fiscus aut in totum succedere debeat, aut in totum non debeat. Nũc autem id non fit, sed proprium & singulare ius in hac re est, vt bona paganica ad fiscũ pertineant, *vt supra dixi.* Castrensia quidem ad cognatos, sed vsque ad quartum gradum, *d. l. 2. de vet. success.* intra quem gradum, si nullus cognatus exstat, tunc suo ordine in iis bonis succeditur a fisco.

Hæc omnia dicta sunt de eo milite, qui damnatus est ex militari delicto, non communi, vt est *in dict. leg. 1. D. de vet. & mil. success.* Et hic † commune delictum dicimus, quod cõmuniter admitti potest, tum a pagano, tum a militibus, vt furtum, homicidium. 6
Militare † autem est, quod a nullo nisi a milite admitti potest, vt desertorem esse, & transfugam, seditionem excitare in exercitu, & similia, de quibus *in l. 2. & l. omne. D. de militar.* 7

### *Ad L. 14. Si a fratre.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. heredibus Maximi.

*Si a fratre suo militante mater vestra scripta heres successionem eius sibi quæsiuit: quamuis testamẽti scriptura non contineat iuris obseruationẽ: hanc tamen hereditatem fratrem testatoris, vel eius filios ab intestato euincere non potuisse, iure constitit. PP. V. Non. Maii ipsis AA. & Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Miles poterit testari sine vllis solemnitatibus.*

AD testandum nuda voluntas militis sufficit vt est *in Instit. & l. 1. D. eod.* Ergo sine vllis solemnitatibus, quod hic cautum est, & *in Inst. eo. tit. in prin.*

### *Ad L. 15. Milites.*

Imp. Constantinus A. ad populum.

*Milites in expeditione degentes, si vxores, aut filios, aut amicos, aut commilitones suos, postremo cuiuslibet generis homines amplecti voluerint suprema voluntatis affectu: quomodo poßint ac velint testentur: nec vxorum, aut filiorum eorum, cum voluntatem patris reportauerint, meritum aut libertas dignitasue quæratur. Proinde sicut iuris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotauerint, aut in puluere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in prælio vitã forte derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet. Datum III. Idus Aug. Nicomediæ, Optato & Paulino Coss. 334.*

SVMMARIVM.

1 *Miles quocunque modo voluntatem suam declaret, rata est.*

MIles quemuis heredem recte instituit, de quo dictum in summa. Miles quocunque † modo 1
voluntatem suam declararit, hæc rata est, siue dicat,

quod sentit siue scribat, siue dictet, nec interest dum scribit vsitato scribendi modo, vtrũ sanguine suo in clypeo, aut vagina, aut galea, vt hic scriptum est in extremo. Huc pertinet *l. Lucius. D. h.* Obstat *l. Diuus, D. h.* vbi placet ad testation ẽ supremæ voluntatis militis nõ sufficere, si dicat: *Ego Lucium Titiũ heredem instituo*, etiam si maxime hoc dixisse probetur: sed tũc hanc testationem ratam fore, cum miles hoc dixerit, conuocatis ad hoc hominibus, vt de ea re testaretur, Quod hic nõ exigitur, vt ex verbis apparet, neque enim moribundus conuocare homines poterat, de quo tamen hic agitur.

Dicendum est id, in quod omnes consentiunt, interesse plurimum, vtrum miles non prematur vlla necessitate testamentum faciendi, quia viuit & valet, & non versatur in conflictu inter hostes, an vero necessitate testandi astringatur, vt qui in prælio vulnere accepto sit propinquus morti. Qui a nulla necessitate premitur testandi. Ad hoc recte exigitur, vt testes habeat, vt deuitetur suspicio falsi, & quia facile potest testes ad eam rem vocare, & quia nihil extrinsecus occurrit cur velit testamentum facere. At vero, qui in extremis versatur, ab hoc exigi non potest, vt testes conuocet nisi frustra; deinde necessitas satis ostendit, illum qui testatus est, primo testatum esse.

*Ad L. 16. Scriniarios.*

Imp. Anastasius A. Hierio. PP.

*Scriniarios vel apparitores qui virorũ magnificorum magistrorum militum iussionib. vel actibus obtemperãt, & si nomina eorum matriculis militaribus referri videantur, nullatenus tamen in vltimis a se conficiendis voluntatibus iuris militaris habere facultatem decernimus. Dat. Idibus. Feb. Constatinop. Paulo. V. C. Coss. 496.*

SVMMARIA.

1 *Ius testandi, quo modo quis velit, soli milites habent.*
2 *In militum numero qui sint.*
3 *Apparitores & scriniarii an militũ numero contineantur & iure militari testari possint.*
4 *Hosticum quid.*
5 *In hostico deprehendi qui dicantur.*
6 *Miles ab hostibus captus fit seruus, nec testamentum facere potest, & quod ante fecit fit irritum.*

1 IVs † testandi, quo modo quis velit, solis militibus tribuitur ex constitutionibus, *l. 1. 3. supr. eod.* Non
2 sunt † autem milites, qui non militant, seu qui in numeros militum relati non sunt, etiamsi maxime sint in comitatu & officio ducum & magistratuum militarium, & proinde cogantur exercitum sequi, quales sunt apparitores, † quales ii, quibus commissa sunt
3 magistratuũ scrinia, quibus continentur scripta memoriæ caussa, Epistolæ, libelli supplices, qui hoc loco dicuntur scriniarii. Proinde hi iure militari testari non possunt, vt hic, in quo continetur interpretatio verbi *Militis* Hoc cum hac exceptione accipiendum est, nisi si qui ex iis, qui non militant, in hostico deprehenduntur & illic decedunt, quibus, cuiuscunque generis sunt, permittitur testari, quocunq; modo velint, & possint, similiter militi vt militi, *l. vlt. D. eod. l. vn. D. de bon. poss. ex test. mil.*

4 Hosticũ † iis in locis ita dicitur, vt a Latinis dicitur posticum, vt Horat. epist. 1. *Postico falle clientem.* Vt ergo posticum Latinis dicitur posterior pars domus, aut potius hostium in posteriore parte domus, sic hosticum dicitur hostium siue locus ab hostibus occupatus. In hostico † dicitur deprehendi, qui in 5
conflictu ita circumuentus est ab hostibus, vt effugere non possit; ibi si quis testamentum facit, priusquam ab hostibus capiatur, & ibi decedat, eius testamentum iure militari valet. Adieci, *Si nondum ab hostibus captus est.* Nam ab hostibus captus, fit † seruus 6
hostium, quo tempore non solum testamentum facere non potest; sed etiam id, quod prius fecit, irritum fit. *l. eius, D. qui testam. fac. poss.*

*Ad L. 17. Ne quidam.*

Imper. Iustinianus A. Mennæ præfecto prætorio.

*Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus testamenta, quoquo modo voluerint, componere: Sancimus his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa vltimas voluntates conficiendas beneficium. Dat. 4. Idus April. Decio. V. C. Coss. 529.*

SVMMARIA.

1 *Priuilegium testamenti militaris tum demum valet, si sint in expeditione occupati.*
2 *Expeditio quid, & vnde dicta.*

QVod tribuitur militibus, vt testari possint, quo 1
modo velint, tribuitur hac constitutione ita, *Si sint in expeditione occupati.* Expeditio † est neque con- 2
flictus ipse, neque rursum tempus belli, sed totum illud tempus, quo milites in armis procedũt, aut stant aduersus hostem, siue eum persequantur, siue eum imminentem exspectent, vel vt inuadant intenti ad opportunitates omnes rei gerendæ, vel inuadentem sustineant & propulsent. Dicta expeditio, quod milites sint expediti ad confligẽdum cum hoste, quandocunque casus ingruit.

*Ad L. Vltim.*

Imperat. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, vltimum elogium conficere posse: attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum qui stabilem mentem nondum adeptus est, propter priuilegia militũ, sapientium hominum iura pertractare, & in tam tenera ætate ex tali licentia parentibus forte suis vel aliis propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendo. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. Dat. Kalend. Nouemb. post consulatum Lampadii & Orestis, VV. & CC. anno secundo 532.*

Dictum est satis in summa.

## AD TITVLVM XXII. COD. Qui testamentum facere possunt, vel non.

SVMMARIA.

1 *Testamentum vt sit iustum, quibus in rebus positum sit.*
2 *Testamenti faciendi ius qui habeant, & qui non.*
3 *Tres ordines eorum qui testamenta facere non possunt, num. 7. & 9.*
4 *Ciues Romani qui sint.*
5 *Obsides an testari possint.*
6 *Deportati cur testari nequeant.*
8 *Quot desiderentur ad testamentum faciendum.*

10 *In*

10 *In testamẽto quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non potest conualescere.*

11 *In quæstione, an is, qui testamentũ fecerit ius testandi habuerit, spectandum est tempus, quo testamentum facit.*

SVMMA.

HInc initium fit iuris communis ciuiũ Romanorum, quod seruatur in testamẽtis faciendis. Quid autem deinceps sequentibus titulis agatur, & quam recte collocati sint, intelligemus, si res reuocetur ad id, quod in hac tractatione propositũ est. Initio dixi agi de hereditate acquirenda, ac primum de ea quæ testamẽto deferatur. Hic ante omnia cõstituendum est, quomodo hereditas testamẽto deferatur: sic aũt defertur, si duo concurrant, si videlicet testamentum erit, & si erit iustum, id est, secũdum regulas iuris. An sit testamentũ, intelligetur ex definitione testamenti, in quibus enim scripturis & nuncupationibus erit definitio testamenti, iis & nomen testamenti tribui necesse est. Quid sit testamentum traditur *in leg. 1. D. qui test. fac. poss.* de qua definitione dicetur cõmodius, 1 *ad tit. de testam. seq.* Vt † autem testamentum iustum sit, tribus in rebus positum est; in persona testantis, vt sit is, qui testamenti faciendi ius habeat, in solemnibus testamentorum, & in iis institutionibus & exheredationibus, quas leges in testamento requirunt.

Sed prima quæstio est de persona testantis: frustra enim quæruntur cetera in testamento, si is qui testamentum facit, ius testandi non habet *l. 3. D. qui test. fac. poss.* Merito igitur hinc initium factum est hoc titulo. Huic titulo multa desunt, sed quærimus eos omnes, qui testamenta facere non possunt. Recte igitur faciemus si omnes cõplectemur initio. Summa autẽ hæc est: Hi † testamenti faciendi ius habent, 2 qui ciues Romani sunt, qui itẽ capaces sunt earũ rerũ, quas desiderat testamẽti ordinatio, neq; lege iubentur esse intestabiles. In quib. contra hæc nõ sunt, hi testamentũ facere non possunt. Itaq; eorum, quib. nõ est concesũ facere testamentũ, tres sunt ordines.

3 Primus † est eorũ, qui ciues Romani non sunt, sic enim statui debet ius testandi proprium tantum esse ciuium Romanorum, vt declaratur *c. 1. & 2. l. falc. l. 1. D. ad l. falcid.* Ciues † Romani sunt, qui in orbe Ro-4 mano liberi sunt, *l. in orbem. D. de stat. hom. §. vlt. Inst. de libert. in fi.* Non sunt igitur ciues Romani, qui aut serui sunt, aut ex ciuibus Romanis libertate salua, ciuitatem amiserunt. Proinde totidem genera eorum, qui testari nõ possunt. Sunt ergo in hoc numero serui nostri *l. si filiusfam. D. qui test. fac.* Itẽ qui ab hostib. capti sunt, *l. eius. D. eo §. vlt. Inst. eo. quib. non est permis.* &c. Nã & hi efficiuntur serui hostium, *leg. adeo. D. de* 5 *acq. rer. dom.* In † eadẽ caussa sunt obsides nobis dati ab hostib. *l. obsides, D. eo.* Nam & ii habentur captiuorum nostrorũ loco, quippe qui ita dantur, vt nisi hostes stent promissis, sit ius & potestas in obsides statuendi *l. diuus, D. de iur. fisc.* Et hoc nisi pmittatur eis testari, *d. l. obsides.* Quod fit, cum accepto vsu togę Romanæ, vt erat mos Romanorũ, cõceditur illis a principe, se pro ciuib. gerere, *l. sed id accepto, D. de iur. fisci.* Eiusdem generis erant, qui olim serui pœnæ efficiebantur, quo in numero erant, qui ad forum, hoc est, qui ad ludum gladiatorium, aut ad bestias, aut in metallum damnabantur, *§. 1. Insti. de cap. min.* Quam ob caussam etiam testamentum facere non poterant, *l. eius, §. vlt. D. eod.*

Hodie ex cõstitutione Iustiniani nemo fit damnatione seruus, *Nouell. de nupt. §. qui autem prius, & §. seq.* Sed nihilominus ii, quos diximus, libertate salua ciuitatem amittunt. Itaq; pertinent ad id genus, cum qui ciues Romani erant, ciues Romani esse desierũt: In hac caussa habentur omnes, qui capite damnati sunt, quo in numero sunt præter superiores deportati, *l. 2. D. de publ. iud. §. cum autem, Instit. quib. mod. pot.* Ob hanc caussam hi testamentũ facere non possunt, vt est *in l. eius, in §. 1. D. h.* Est quidem † & alia caussa, 6 cur hi non possint, quæ superiori loco expressa est, ꝙ videlicet bona habere desinant, vt quæ publicentur, sed hæc præcipua caussa est, cur non possint, ꝙ desierunt esse in numero ciuium Romanorũ, nam nec, si bona haberent, possunt tamen facere testamentum.

Secundus † ordo eorum, qui testamentum facere 7 non possunt, est ciuium Romanorum, id est liberorum, & eorũ qui sunt in orbe Romano, qui destituũtur rebus ad testamentum faciendum necessariis, vt etiamsi velint, nec nominatim lege prohibeãtur testamentum facere, tamen nõ possint, prohibente rei natura, de qua agitur. Tria sunt aũt, † quæ desiderantur ad testamentum faciendum. 8 I. Vt quis bona habeat, & habere possit iure, nam ius testãdi ideo constitutum est, vt quis legare possit suæ rei, id est, de re sua statuere, vt cautũ est verbis, *l. 12. tab. & l. verbis legis. D. de verb. sig.* II. Vt qui testatur, iudicio præditus sit, & iudicio possit testari, nam testamentum est voluntatis nostræ sentẽtia. *l. 1. D. h.* III. Vt ꝙ quis sentit, possit testari vel scripto, vel lingua. Hæc in quib. non sunt, hi natura satis ipsa testamẽta facere prohibentur. Itaq; eorum tria sunt genera in hoc ordine. Primum, si quis in bonis quid nõ habet, nec habere potest iure, quo in genere est filiusfa. *l. qui in potest. D. eo. Inst. eo. pr. l. 3. in fi. h.* Alterum genus est eorũ, qui mente aut iudicio certo destituũtur, vel propter ætatem, vel propter animi morbũ, vel propter errorẽ ignorantiamue status sui. Ad hoc genus referri debẽt hæ quinque personæ, impubes, furiosus, mente captus, prodigus, & qui de statu suo dubitant, sintne liberi an serui, filiifamilias, an sui iuris, de trib. prioribus est *in §. præterea. Inst. h. de prodig. est in §. prodig. eo. tit.* De iis qui de statu suo dubitant est *in l. qui in test. & l. de statu seq. D. h.* De impubere est *in l. 4. h.* de furioso est *in l. furios. h.* Tertium genus in hoc ordine est eorum, qui ꝙ sentiunt testari non possunt, aũt nõ possunt cõmode impediente corporis vitio, quo in genere est cæcus, de quo *in l. consultiss. C. h.* Item mutus & surdus, de quibus *in l. discretis, h.*

Tertius ordo eorũ, † qui testamentum facere non 9 possunt, est ciuium Rom. qui quidem præstare possunt omnia, quæ testamenti factio desiderat, sed lege prohibentur testamentũ facere. In quo genere sunt, qui iubentur esse intestabiles. Iubentur aũt, qui ob crimẽ famosum damnati sunt *l. 15. cum lege, §. vlt. D. h.* Iis cognitis, de generib. eorum, qui testamentũ facere non possunt admonendi sumus, quoties quæritur, an is, † qui testamentũ fecerit, ius testandi habuerit, 10 in eo esse spectandũ id tẽpus, quo testamentũ facit. Et ideo si eo tempore in ea caussa fuit, vt testamentũ facere nõ possit, testamentũ nullũ erit, quandocunque statu mutato decesserit, vt puta filiusfamil. impubes, seruus testamentũ facit, quandocunq; hi decesserint, testamentũ nõ valebit, etiamsi filiusfam sui iuris, pupillus pubes, seruus liber fact⁹ decesserit, *l. si filiusf. D. h. §. præt. Inst. h.* Idq; efficitur regula Catoniana, q̃ dictat, ꝙ in testamento † ab initio vitiosum est, tractu 11

temporis non posse cõualescere, *l. 1. de reg. Caton. leg. quod initio, de reg. iur.*

Econuerso si quis quo tempore testamentum fecit, ius testandi habuerit, valet testamentum, neque infirmatur postea, quamuis in vnam aliquam earum caussarum, de quibus dixi, inciderit. Vt si pubes sanæ mentis testamento facto, postea in furorem inciderit, aut prodigus esse cœperit, *§ furiosi, & §. item prodigus, Inst. h.* Quod tamen ad eos non pertinet, qui post testamentum factum ciues Romani esse desierunt, vtputa si is, qui testamentum fecit, postea sit deportatus, testamentum eius, quod antea fecerat, irritum fit, *l. eius, §. 1. D. eod.* Vel verius ad superius ius non pertinent ii omnes, qui postea bona habere desierunt, siue ciues Romani sint, siue non. Nam etsi paterfamilias pubes testamentum fecerit, deinde se arrogandum dederit, atque ita decesserit, eius testamentum fit irritum, quamuis ciuem Romanum manere constet, *§ non tamen, Instit. quib. mod. testam. infir.* Et hæc caussa est, quia se arrogandum dando, bona habere desiit, quę transtulit in familiam patris arrogatoris, *l. pen. §. 1. D. de bon. poss. sec. tab.*

Sed & eius, qui sibi mortem consciuit, testamentum irritum fit, quamuis in ciuitate decedat, id est, ius habens ciuitatis, seu decessit in numero ciuium Romanorum, *leg. si quis filio, §. eius qui, vers. nam eorum, D. de iniust. rupt.* Consequens iis erat, vt eius quoque testamentum irritum fieret, qui testamento facto ab hostibus captus esset, quia vt seruus fieret hostium, ita bona quoque amitteret. Sed huic subuentum est duabus legibus, nempe iure postliminii, & lege Cornelia testamentaria. Nam si captus redeat ab hostibus, eius testamentum valet iure postliminii, quasi captus non esset; sin decedat apud hostes, eius testamentum confirmatur lege Cornelia, quasi tum decessisset, cum captus esset *d. l. si quis filio, §. irritum, in prin. & § quatenus, D. de iniusto rupto, §. vlt. Insti. quib. non est permiss. fac. test.*

*Ad L. 1. Quamquam.*

Imp. Gordianus A. Petronio militi.

*Quanquam omnium bonorum socer tuus, itemque frater eius, socii fuerint: tamen non eo minus idem frater eius, si facti munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere quem vellet. Item, non idirco minus is testamenti factionem habet, quod indiuisam successionem cum sorore sua dicatur habuisse. PP. 12. Kal. Aug. Ariano & Pappo Coss. 244.*

Svmmaria.

1 *Socius omnium bonorum an testamentum facere & heredem instituere possit.*

1 Qværitur † an is testamentum facere & heredem instituere possit, qui omnia bona habet cum alio communia, quod accidit iis, qui societatem omnium bonorum contraxerunt, aut qui sine societate inciderunt in communionem, vt liberi patri heredes facti, cum prius nihil haberent, nec postea quicquam priuatim sibi quæsierunt, *leg. prima, de commun. diuid.*

Quæstio recte existimatur hinc videri nata esse, quod ita demum voluntas suprema rata est, ex lege duodecim tab. si quis legasset suæ rei, id est, de sua re statuerit, *l. verbis legis, de verb. sign.* Dubitatur autem an is quicquam proprium habuerit, & quod suum possit dicere, qui non habet quicquam nisi cum alio commune? Sed facilis solutio est ex verbi significatione. Nam & quod commune est, meum est, non quidem meum in solidum, sed pro parte indiuisa, quam in re communi vnusquisque sociorum habet, *l. pupillus. §. vltim. D. de verb. signific.* Lex iubet vnumquemque legare suæ rei: qui parti suæ legat, is est, qui de parte sua statuit. Nam appellatione rei, pars etiam continetur, *leg. appellatione, D. de verborum significat.*

*Ad L. 2. Si is.*

Impp. Diocletia. & Maximia. AA. & CC. Viatori & Pontiæ.

*Si is, qui te cum vxore tua heredem scripsit, quando testamentum ordinauit, sanæ mentis fuit, nec postea alicuius sceleris conscientia obstrictus, sed aut impatiens doloris, aut aliqua furoris rabie constrictus, se præcipitem dedit, eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te: adscitæ mortis obtentu postremum iudicium conuelli non debet. Quod si futuræ pœnæ metu, voluntaria morte supplicium anteuerterit: ratã voluntatẽ eius conseruari leges vetant. PP. Kalend. Decemb. ipsis AA. & Coss.*

Svmmaria.

1 *Mortem sibi consciscentium bona quibus modis publicentur, & eorum testamentum fiat irritum.*

2 *In quæstione nata inter fiscum & heredes vtrum is qui sibi mortem consciuit id fecerit doli impatientia, aut aliis de causis, an vero metu pœnæ imminentis, vtri, fisco an heredi, onus probandi quod dicunt, incumbat.*

Qvi mortem sibi consciuerunt, eorum bona publicantur, & ob eam caussam etiam si quod testamentum antea fecerint, irritum fit, quia heredem habere non possunt, *l. si quis filio, §. nam eorum, D. de iniusto rupt.* Sed hoc ita est, si hæc concurrant, quæ explicantur pluribus, *in l. 3. D. de bon. eor. qui sib. mor.* Ex quibus hoc rescriptum interpretandum est. Sunt autem † hæ conditiones; si hi qui sibi mortem con- 1
sciuerunt, postulati sint rei criminis capitalis, aut in eo crimine deprehensi, & metu supplicii imminentis, mortem sibi consciuerunt. Quibus conditionibus admonemur, tria hic spectanda esse, vt bona publicentur & testamentum irritum fiat eius, qui sibi manus attulit. Tria hæc inquam, Accusationem, Genus criminis, & caussam conscitæ mortis.

Prius accusationem esse oportet, aut id quod pro accusatione habeatur, nempe aut reum postulatum esse, aut in crimine deprehensum, *d. l. 3. in prin.* Crimen quo reus postulatus est, capitale esse debet, id est id, ex quo si reus damnaretur, afficiendus esset aut morte, aut deportatione, *dict. l. 3. vers. vt aut. l. eius, §. idem.* Quæ duo cum hoc rescripto satis expressa non sint, inde huc assumi debent. Postremo quæritur caussa hæc conscitæ mortis, vt reus supplicium metu pœnæ anteuerterit, alioqui nihil constituetur noui in eo, qui quamuis reus & vere criminis capitalis reus mortem sibi consciuerit aut impatientia doloris, aut furore adactus, aut tædio vitæ, *d. l. 3. §. 1. versi. si quis autem, & d. l. si quis filio, §. eius qui, vers. nam eorum, D. de iniust. rupt.* Ex quo colligimus, si mortui heredes aut actores aliquid eorũ, quæ dixi, accidisse probent, non esse necesse quicquã docere de mortui innocentia, vt superiorib. locis euidenter declaratur. Et ideo quod in hoc rescripto exigitur, vt mortuus pro-

mortuus probetur impatientia doloris aut furore sibi mortem intulisse, eiusque innocentia etiam commendetur. Hęc verba, *eiusque*, aut ita restituẽda sunt, vt legamus *eiusque*, aut coniunctiua oratio pro distinctiua accipienda est, vt sit *eiusue*, vt in vsu iuris fieri solet, quoties sententia exigit, *l. sæpe, D. de verborum significatione.*

1 Hinc † quæritur, si controuersia nata sit inter fiscum & heredes, vtrum is, qui sibi mortem consciuit, id fecerit, doloris impatientia, aut aliis de caussis, an vero metu pœnę imminentis, vtri id quod dicunt probare debeant, fiscus an heredes defuncti, de quo hic? Et dicitur heredes probare debere impatiẽtiam doloris, aut furorem, aut alias caussas, quas allegant. Et recte, nam cum prius reus fuerit sanæ mentis, & ita constitutus, vt nulla impatientia appareret, necesse est eundem semper videri, nisi dicatur fuisse mutatus. Heredes mutatum dicunt, proinde probare debent, iuxta regulam iuris communis, ei qui dicit, incumbit probatio, *l. 2. de probat. arg. l. siue possidetis, supra, de probat.* Quod si heredes probare volent, non alia de caussa reum sibi manus attulisse, quam tædio vitæ, non aliter id probare poterunt, quam si docuerint de defuncti innocentia, ad cuius defensionem admittuntur, si modo antea de crimine probatum non sit, quæ sententia est *l. 3. §. vlt. D. de bon. eor. qui sib. mort.* Et hic casus, in quo exigitur ab heredibus defuncti, vt probent eius innocẽtiam, ne bona illius publicentur. Ceterum si alias probare volunt ipsum sibi mortem consciuisse, vel impatientia doloris, vel furore correptum, nihil necesse est de innocentia eius docere: alterum probare sufficit, vt supra dictum.

*Ad L. 3. Senium.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Licinio.

*Senium quidem ætatis, vel ægritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus, testamenti factionem certum est non auferre. Filium autem, qui in potestate est testamentum facere non posse indubitati iuris est. Datum IIII. Non. Apr. Sirmii CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Senium & ægritudo testamenti factionem non auferunt.*
2 *Filiusfam. cur ius testandi non habeat: & in quibus bonis habeat nu. 7.*
3 *Testamentum an sit factio iuris publici.*
4 *Peculium filiifam. duplex, militare & paganum.*
5 *Militare item duplex, castrense & quasi castrense, & quid vtrumque.*
6 *Paganum quid: estque itidem duplex profectitium & aduentitium: & vtriusque definitio.*
8 *Filiusfam. an possit patre consentiente de bonis aduentitiis & profectitiis testari, legare, & donare.*

1 PAterfamilias † pubes, qui mente & iudicio præditus est, testamentum iure facere potest, secundum ea, qnæ initio diximus. Hoc iudicium † neque senilis ætas neq; ægritudo sola corporis auferũt, proinde nec testamenti faciendi facultatẽ auferunt, vt hic dicitur. Huc facit, *l. in eo, D. h.*

2 *Filium autẽ qui in potestate est.*] Filiusfamilias † testandi ius non habet, *Instit. h. in prin. l. qui in pot. D. h.* quod efficitur satis iis verbis legum, quibus fit potestas legandi rei suæ, siue testandi de pecunia sua, quæ lex indicatur, *in l. testandi prox. tit. & l. verbis leg. D. de verb. signific.* Nam vt ius antiquum fuit, filiusfamilias nihil habuit suum *l. 1. D. si a parente quis fuerit manum. §. 1. Instit. per quas pers. nob.* At filiusfamilias inter viuos quiduis gerere potest. Nam præterquam quod potest ex omnibus caussis acquirere, *d. §. 1. per quas pers.* etiam ex omnibus caussis obligari potest, & conueniri non secus ac paterfamilias, *l. filiusfamil. D. de oblig. & act. l. tam ex contractib. D. de indeb.* Cur non igitur & testamentum facere potest itidem vt paterfam. vt si testamentum nõ valet, quamdiu bona non habebit, at tunc certe exitum habeat, cum bona habere cœperit? Respondeo: Hæc caussa est, quia filiusfamilias habet, in quo contractus exerceat, in quo autem testetur, non habet. Nam vt acquirat non est necesse, vt quicquam ante in bonis habeat, vt autem obligetur, satis est ipsius persona. Nam contrahendo persona eius contrahit, non bona. At sine pecunia testari non potest, nullam autem habet iure veteri, vt supra dictum.

Sed hic obiicitur, filiusfamilias † in iis, quæ sunt publici iuris, pro patrefamilias habetur. Nam quod ad ius publicum attinet, non sequitur ius potestatis, *l. nam, quod. D. ad Trebell.* Testamenti autem factio videtur esse huius generis, nam dicitur esse iuris publici, non priuati *l. 3. D. h.* Ergo in testamenti factione pro patrefamilias habetur, vt proinde tanquam paterfamilias liceat ei testari. Respondeo: Non recte colligitur: fallacia enim est, ex ambiguo. Nã cum dicimus filiumfamilias nõ sequi ius potestatis, quod ad ius publicum attinet, hic verbo *iuris publici*, intelligitur ius, quod ad statum reipublicæ spectat, quod consistit in sacris, sacerdotibus, magistratibus, *l. 1. §. huius studii, de iustit. & iur.* In iis filiusfamilias non sequitur ius potestatis, id quod significari *in d. l. namque*, liquido apparet ex fine legis præcedentis, vbi traditur, *filiumfamilias magistratum constitutũ omnia statuere posse etiam aduersus patrem pro iure magistratus.* Hoc sensu testamenti factio non est iuris publici, nemo enim testatur de re ad rempublicam pertinente, sed de priuata & sua re, *d. l. verbis legis.* 3

Non obstat, quod dicitur testamenti factio est iuris publici non priuati. Hic enim ius non significat legem & ius constitutum, sed significat facultatem & arbitrium testantis. Estque hic sensus, testamenti factio non est iuris & arbitrii priuatorum, vt possit quiuis testamentum facere cum velit, sed est res posita in auctoritate legis & iuris publici seu communis, quoniam iis tantum licet testamentum facere, quibus lex concedit, iis non licet, quibus lex vetat testamentum facere, eamque formam nulli priuato mutare licet, *l. testandi, infr. prox. tit.* Hac sola ratione efficitur, filiumfamilias ius testandi non habere, quoniam testamentum facere lege prohibetur.

Hoc ius olim perpetuũ fuit, cum nihil proprium haberent filiifamilias, postquam autem distinctio peculiorum introducta est constitutionibus, cœpit hæc facultas testandi mutari in filiisfamilias. Peculium † filiifamilias cœpit duplex esse ex constitutionibus, quoddam paganum, quoddam militare. Militare duplex, † castrense & quasi castrense. Castrense est id quod definitur *in leg. castrense, Dig. de castrens. pecul.* Quasi castrense est id, quod extra armatam militiam ex administratione & opera publica quęsitum est. Tribuitur iis, de quib. comprehensum, *leg. vlt. supr. de inoffi. test.* Hæc genera duo propria es- 4 5

fecta sunt filiorum familias, vt in his pro patribusfamilias habeantur, *l. 2. D. de Senatusconf. Maced. l. 1. §. nec castrense, D. de collat. §. 1. Instit. per quas person.*

6 Paganum † est, quod neque castrense est, neque quasi castrense, quod per occasionem militiæ acquiritur. Estque idem duplex: Profectitium & Aduentitium. Illud dicitur, quod proficiscitur a patre in filiū, *l. 5. D. de iur. dot.* hoc, quod obuenit aliunde quam a patre, *d. l. 5 §. 5 pater, de iur. dot.* Quod a patre profectum est, id etiam nunc ex constitutionibus totum est patris: quod aliunde obuenit huius proprietas filii est in solidum, vsusfructus solus relictus est patri. *Instit. per quas pers. l. cum op. infr. de bon. quæ lib.* Quanquam & in quibusdam caussis etiam aduentitiorum vsusfructus, vna cū proprietate, filiofamilias tribuitur, quæ caussæ notantur *in Auth. insertis, in d. l. cum oportet, etiam infr. de bon. quæ lib.* Vna est etiam comprehensio *in l. vlt. in pr. eod. tit.*

7 Hac distinctione † peculiorum introducta, facultas testandi etiam mutata est, ad hunc modum, vt filiifamilias de bonis castrensibus & quasi, suo iure testari possint, *tit. quib. non est permiss. in prin. & l. vlt. infr. h.* Contra vero de ceteris bonis ius antiquum manet, vt in iis filiifamilias testandi ius non magis habeant quam ante *leg. penult. infr. h.* Qui locus diligenter nobis expendendus est. Ex ea enim constitutione intelligimus filiumfamilias non tantum testari non posse de bonis profectitiis, de quibus nulla dubitatio est, cum non sint eius, & oporteat vnumquemque de sua pecunia testari: sed etiam non posse de aduentitiis, non tantum si vsusfructus in iis acquisitus sit patri, sed etiam si non sit, vt intelligamus, quamuis bona aduētitia filiofamilias in solidum acquisita sint, tamen eum de iis bonis testari non posse. Id autem colligitur ex iis verbis eius constitutionis cum Iustinianus vetat filiumfamilias de iis testari, etiamsi sine consensu patris ea possideat secundum distinctionem nostræ constitutionis: iis enim verbis significat eam hereditatem, quam filius adit recusante patre, in qua specie constitutum est nominatim a Iustiniano, vt ea hereditas in solidum filio acquiratur, nihil patri, *in l. vlt. infr. de bon. quæ lib.* quam constitutionem designat.

Sed hic requiritur ratio huius cōstitutionis. Nam cum bona aduentitia in solidū sint filiifamilias, consequens esse videbitur superioribus, vt & de iis testari possit. Dictum enim, non alia de caussa filiumfamilias prohiberi testamentum facere, quam quod nihil habet in bonis, de quo testetur. Hæc ratio cessat in hoc genere bonorum aduentitiorum, proinde consentaneum erat, vt prohibitio quoque testandi cessaret. *argumentum in l. quod dictum, de pact.* Respondeo: Si bona aduētitia etiam ea, in quibus vsusfructus acquiritur filiofamilias, in totum, & pleno iure tribuerentur filiofamilias, cōsequens esset, quod diximus, vt & de iis testamentū facere possit, quemadmodum potest de castrensibus & quasi castrensibus. Et ideo si nihil cautum esset de hac re posterioribus constitutionibus, officium nostrum, id est, interpretum esset hanc quoque consequentiam admittere, *iuxta d. l. quod dictum. D. de pact.* Nūc autem aduentitia bona non sunt in totum attributa filiisfamilias, quamuis vsusfructus iis acquiratur. Nam constitutiones hoc exceperunt, ne iis liceret testamentum facere de iis bonis, *d. l. pen. infr. h.* Ex quo manifestum est, hactenus ea bona non esse filiisfamilias Nam cum testamentum de iis facere non possit filiusfamilias, eueniet, vt eo intestato mortuo, bona eius patri deferantur, quæ pater occupabit, non tanquam hereditatem, sed tanquam peculium, id est, rem suam. Nam idem fieret etiā in peculio castrensi si filiusfamilias miles intestatus decessisset, *l. 2. D. de castr. peculio.*

Sed obstat vehementer *l. vltim. §. filiis autem, infra, de bon. quæ lib.* vbi ita scriptum est. Filiisfamilias in iis dictis casibus, in quibus vsusfructus patri constitutus est, non permittimus, id est, vetamus testamentum de iis facere, ea alienare aut pignori obligare. Cum Iustinianus hoc vetat in iis bonis, in quibus patri vsusfructus constitutus est, & vetat in iis solis, aperte intelligitur in omnibus reliquis bonis, in quibus vsusfructus patri non acquiritur, hoc non vetari. Ergo non prohibetur filiisfamilias de iis testamentum etiam facere. Respondeo: Non recte colligitur: Nam Iustinianus de iis bonis, quorum vsusfructus acquiritur patri, vetat tria, sed simul & coniunctim, ex quo recte colligitur in ceteris omnibus hæc tria simul non vetari, quod & verum est: Nam in bonis aduentitiis quorum vsusfructus acquiritur filiofamilias, non vetantur simul hæc tria. Potest enim filiusfamilias dum viuit ea alienare, potest pignori obligare, quia alibi non prohibetur, sed quædam ex iis non permittuntur ei facere, nempe non permittitur ei testamentum facere, id enim exceptum *in l. eo, pen. infr. h.* quæ est post constit. Lampadii & Orestis, id est, ex postremis constitutionibus Iustiniani.

Quæsitum est, an † quod filiusfamilias per se facere non potest, vt testamentum faciat de bonis aduentitiis & profectitiis, id possit facere consentiente patre? Et placuit, quamuis pater ei permittat, nihilomagis iure testari posse, *l. qui in potestate, D. h. Instit. quibus non est permiss. fac. test. in pr.* Sed cum liceat vnicuique consentiente deteriorem suam conditionem facere, *l. pactum, D. de pact.* cur patri ita permittendo, conditionem suam deteriorem facere non licebit? Respondeo: Non vetatur pater conditionem suam deteriorem facere, sed vetatur filiusfamilias testamentum facere. Cum filiusfamilias prohibeatur testamentum facere legibus, consensus priuati patris non faciet, vt filiofamilias testari liceat. Ius enim publicum consensu priuatorum mutari non potest, *l. testandi, tit. prox.* generaliter autem. *leg. ius publ. D. de pact.* 8

Sed obstat exemplum donationis mortis caussa. Nam filiusfamilias donare mortis caussa potest. *leg. tam is, §. 1. D. de donat. caus. mort.* Par igitur esse videbatur, vt & filio licere deberet testamentum facere, permittente patre, idque sic recte colligi videtur. Si filiusfamilias permittente patre donare potest caussa mortis, poterit & legare. Nam donationes caussa mortis legatis comparantur per omnia, *l. illud, D. de mort. caus. don.* Si legare permittente patre potest, poterit & patre permittente testamentum facere, quia is solus legare potest, qui & testamentum facere potest *leg. 1. de legat. 3.* Ergo filiusfamilias permittente patre testamentum facere potest, vti & donare caussa mortis.

Respondeo: Primum illud non recte hac argumentatione colligitur, si filiusfamilias permittente patre donare potest, poterit & permittente patre legare. Non recte inquam colligitur, quia diuersa est caussa legati & donationis caussa mortis in ea parte, quæ

quæ nunc proponitur. Nam certis legibus prohibetur filiusfamilias testamentũ facere, non prohibetur vlla lege donare caussa mortis, si modo habeat aliqd quod donet, vel de suo vel de cõsensu eius, ad quem res pertinet, vt patris. Non obstat, donationes caussa mortis legatis comparatas. Nam adiiciendum est fere, vt adiectum est *in prin. de dona. Instit.* Et ita res habet: Effectu per omnia comparantur legatis, quoniam neutrum confirmatur, nisi morte donantis. At initio ex substantia rei manifestum est aliud esse legatum, aliud donationem caussa mortis. Nam in legato testator nihil donat in præsentia, sed post mortem donare vult, *§. legatum, Instit. de legat.* In donatione caussa mortis præsens præsenti dat, *l. inter. D. de mort. caus. don.* In legato testator cum legatario nihil gerit, eoque nihil contrahit, *l. hac verba gesserunt, de verb. sig.* At in donatione caussa mortis, qui donat, quia dat sub conditione tacita, vt sibi repetere liceat, contrahere hinc intelligitur, & condictio ob caussam competit, *l. senatus, §. donatio. D. de mort. cau. don.* Quibus consequens est, vt filiusfamilias non possit legare permittente patre, & quantumuis permittat, ipse tamen nõ legat sed filius. At cum pater permittit filio donare caussa mortis, ipse potius donare intelligitur. Donat enim & dominium transfert dominus, qui alii transferenti cõsentit, vel potius, qui per alium transfert.

*Ad L. 4. Si frater.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Radoni.

*Si frater patruelis tuus ante decimumquartum ætatis suæ annum decessit, cum facere non potuit testamentum: nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur. Nã si hanc ætatem egressus, licet vigoris nõdum emersissent vestigia, suum solemniter ordinauit iudicium, hoc euellere frustra conaris. S. 6. Idus Nouemb. Pantichi CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Impubes testamentum facere non potest.*
2 *Pubes quis?*
3 *Minor ante 14. annum non incœptum, sed completum testamentum facere nequit.*
4 *Annus statutus quibus in rebus pro completo, quibus pro cœpto habeatur.*
5 *Annum postremum ad res agendas præstitutum quis compleuisse videatur.*

1 Impubes † testamentum facere non potest, vt est in *§. præterea, Institu. quibus non est permis. test.* Solus 2 igitur pubes potest. Puberem † eum definimus in masculis, qui annum 14. non ingressus est, sed impleuit, in fœminis quæ cõpleuit 12. *l. qua ætat. D. h. Inst. in* 3 *pr. quib. mod. tut. fin.* Ex quo intelligendum est, † quod in hoc rescripto dicitur, minorẽ non posse testamentum facere ante 14 annum, sic accipiendum esse, ante 14. annum, non inceptum, sed completum. Tametsi prima ratione videri potest, non facere testamẽtum ante annum 14. qui 14. anno facit, Is annum compleuisse intelligitur, qui ad vltimum eius anni diem peruenit, etiamsi attigerit eum diem, non autem supergressus. Vt natus quis est Calendis Ianuar. hora 6. noctis, vt Romani numerabant, vt nos, hora prima noctis & prima eius diei. Si post annũ 14. peruenerit ad easdem Calendas, egressus est 14. Eoq; citra controuersiam recte tum testamentum facit, sed non est necesse, vt ad eundem diem Calend. perueniat, si peruenerit ad eum diẽ, qui est pridie Calend. Is eo die recte testamentum facit, quia annum compleuit, *dict. leg. qua ætate. D. h. l. 1. D. de manum. ss. seu vsucap. & l. seq. D. de vsucap. l. anniculus, de verb. sign.*

Quod ergo hic in extremo scriptum est, defuncti testamentum non conuelli, *Si egressus annum 14. testatus sit*, non pro regula accipiendum est, quasi testamentum non valeat, nisi hac conditione, *Si egressus ætatem eam, testamentum facit*, sed accipiendũ est tanquam ad consultationem. Nam proponebatur Imperatoribus aliquis egressus annum 14. testamentum fecisse, qui tamen pleno iudicio præditus non erat. Rescribunt Imperatores secundum ea, quæ proponuntur, *Si ita egressus hanc ætatem, testamentum fecit, testamentum eius conuelli non posse.* Sed nihilominus intelligendum est, etsi minor non egressus eum annum, testamentum fecisset, tamẽ nihilominus testamentum valiturum fuisse, dummodo postremo die anni 14. testatus esset. Ex iis duo colliguntur: Primo, cum de anno 14. hic agitur, annum completum accipi debere, non cœptum. Deinde cum de completo quæritur, quis compleuisse videatur annum. Hac distinctionem seu definitionem esse, vt is intelligatur compleuisse, qui vltimum eius anni diem attigit. Vtraque hæc pars nõnullam difficultatem habet huic rescripto contrariam, Proinde de vtraque parte pauca dicenda.

De priore sic statuendum est: Quoties † in lege aut testamento, aut conuentione ad aliquid faciendum habendumue statuitur certus annus ætatis, cum id fieri, haberi debeat, aut ad aliquid acquirendum statuitur tot annorum possessio siue vsus: in iis omnibus generaliter tenendum est, postremum annum completum accipi debere: annum autem cœptum nunquam proprie, & non nisi contraria sententia manifesta postulet pro completo haberi videri. Vt puta fundum vsucapit, qui possidet decem annos inter præsentes. *Instit. de vsucap.* Decem annos completos intelligimus, *l. in vsucap. & l. seq. D. de vsucap.* Item minor annis 16. ne manumittat. Minor est, qui annum vigesimum non compleuit, *l. 1. de manum.* Item, ante annum 14. nemo testari potest: hoc sic accipimus ante annum 14. completum, non cœptum, vt hic. Item, Titio fundum do lego, cum ad 20. annum peruenerit: non debebitur fundus si annum 20. ingressus sit tantum, sed ita, si compleuerit, *l. computabam. D. de cond. & demonst.* 4

Sed cum is non dicatur esse ante ædes, qui est in ædibus, quomodo dicitur is ante annum 14. testari, qui est in 14. anno? Item, cum is dicatur peruenisse ad ædes, qui primum limen est ingressus, quomodo dicitur is nõ peruenisse ad annum, qui eius anni initium ingressus est? Respondeo: Hæc ratio est, quia non est annus, nisi constans suis partibus, quemadmodum non sunt ædes, nisi sint perfectæ. Annus suis partibus cõstans, est annus completus. Annus autem cœptus non potest dici annus, nisi improprie per anaphoram sequentis temporis, id est, relatione facta, non ad id quod non est, sed ad id quod futurum est. Nam annus cœptus postea futurus est, cum præterierint 365. dies. Nunc autem non est annus, vbi tot dies non sunt, *l. anniculus non statim, D. de verb. sign.* Non est simile exemplum ædium, cum dico aliquid fieri ante ædes, aut aliquem peruenisse ad ædes: de ædibus non perfectis & consummatis loquor. Cum autem dicitur aliquid fieri ante annum, aut aliquem

peruenire ad annum, non possum intelligi loqui de anno nisi sit completus.

Secundum hanc rationem & proprietatem verbi recte placet nunquam annum, de quo loquimur aliter accipiendum esse, nisi annum completum. Proinde cœptum non debere haberi pro pleno, sed hoc nisi manifesta sit loquentis sentētia, vt appareat eum de anno cœpto sensisse. Et certe verisimilius est eum ita sensisse, quod in duab. caussis admissum esse legimus: Primum, in lege quæ constituta est de iis, qui ad honores admitti debent. Ea lex ita scripta erat: *Ad rempublicam administrandā ante vigesimum quintum annum, ne quis admittitor.* Hic improprie dici potest non admitti ante 25. annum is, qui annum 25. ingressus est. Placuit igitur hanc admitti interpretationem, *leg. ad rempublicam. D. de muner. & honor.* Sed iis de caussis: Primo, quia id nominatim constitutū est. Secundo, quia fauor reipublicæ hanc interpretationē exigit, quo plures ad rempublicam administrandam adhibeantur *dict. leg. ad rempublicam.* Tertio, quia verba *hæc ante annum 25.* sunt ambigua, & ex vsu loquendi, non male dicitur esse ante annum vigesimumquintum, qui est in anno vigesimoquinto. Quod si aliis verbis lex scripta esset, puta qui 25. annos nati sunt soli ad Rempublicā admittuntur, sine dubio hanc interpretationem non reciperemus, quantumuis esset hic idem ferme, scilicet quia verba refragarentur.

Eadem interpretatio recepta est in ea specie fideicommissi, de qua agitur *in l. qui filium, §. vltim. D. ad Trebellian.* vbi pater rogauerat filiam suam, vt portionem hereditatis restitueret fratri suo, cum is ad annum 20. ætatis peruenisset. Nam cum filia prius decessisset, deinde frater eius annum 20. ingressus, nondum anno completo decessisset: placuit nihilominus fideicommissum filiæ defunctæ fratri deberi. Quod non est superioribus contrarium: nam illic nominatim scriptum est, placuisse fideicommissum deberi, non tantum propter significationem verborum, sed etiam quia æquitatis ratio in ea specie, id exigere videretur. Erat autem hæc æquitas atque hæc circumstantia: nam pater relinquebat fideicommissum filio suo. Filius autem decesserat pupilla egente relicta: nō est verisimile eum voluisse hoc fideicommissum ad neptem non peruenire, vt illa egestate laboraret. Tolle has circumstantias, relinquetur verissimum esse, quod idem auctor Paulus scripsit, iis verbis cum ad 20. annū peruenerit, non videri eum peruenisse ad annum, nisi quem cōpleuerit, *d. l. computabam, D. de condit. & demonstr.* Vt appareat istos duos locos non esse pugnātes, qui sunt eiusdem auctoris Pauli, *d. l. computabam, & d. l. qui filium, §. vlt. D. ad Trebell.*

5 Cum constitutum † erit, annum postremū compleri debere, & quæretur, quis videatur compleuisse? hæc definitio est certa, quā supra posuimus, eum videri compleuisse, non qui ab hora natiuitatis ad eandem horam peruenerit, vt sic computentur anni a momento incipiente, ad momentū finiens, sed eum, qui vltimum diem anni postremi attingat, attigerit, inquam, non cōplerit, *l. anniculus amittitur, l. anniculus non statim. de verb. sign. l. in vsucap. & seq. D. de vsuc. l. 5. D. h. l. 1. D. de manum.* Sed cum extremi anni sint duæ horæ: Prima incipiens & postrema, qua annus desinit. Cur non ita annum computamus ab hora incipiente, ad alteram horam finiētem, vt totum illud spatium, quod sic interiectum, sit annus? Huic dubitationi occurritur, *in d. l. anniculus non statim, de verb. sign.* Quia inquit ciuiliter annum non ad momenta temporum, sed ad dies annumeramus. Ciuiliter, id est, more loquendi inter Romanos ciues recepto.

Idque ex consuetudine loquendi intelligitur, hoc modo. Nam interrogati quot partibus annus constet, non dicimus illum constare tot horis, sed inusitate dicimus eum constare 365. diebus *dict. leg. anniculus non statim.* Vnde apparet anni statui duo extrema, diem primū, a quo annus currere incipit, & postremū diem, in quem annus desinit. Proinde, qui ad eum diem peruenit annum compleuit, quia attigit extremum anni. Hæc sententia nunquam mutatur nisi ex verbis legis liquido appareat annum sic accipiendum esse, vt quis non compleuerit tantum, sed sit egressus, quod quibusdam edictis & legibus accidit. Vt si quis roget, an illi loci superiori definitioni contrarii sint? respondendum sit non esse, quia verba legis aperte dubitationem sustulerunt. Pręterea si roget, quamobrem illæ leges & edicta sic interpretemur, vt oporteat aliquem egressum esse annum? non respondebimus id fieri fauore & odio, cum Accursio, sed ideo quia faciendum hoc esse verba legis docent.

Hoc autem accidit in edicto de minoribus: Prætor pollicetur in integrū restituens, si quid gestū erit cum minori quam 25. annos nato. Minorē sic interpretatur Vlpianus, si hora qua natus est, peruenerit ad eandem horā 25. annū finientem, vt sic anni a momento natiuitatis, ad momentū finiens computentur, *l. 3. § minorem, D. de min.* Nō fit hoc fauore ætatis, vt Accursius putat: Nam si prætor polliceretur se restituturum, ꝙ cum minore 25. annis gestū esset, non restitueretur, si gestū esset vltimo die 25. anni, quia non est minor 25. annis, qui eos annos cōpleuit. Cōpleuit aūt qui vltimū diem attigit, vt diserte scriptum est ab eodem Vlp. *l. 1. D. de manum.* Sed prætor in edicto de minorib. ita locutus est. Quod gestū erit cum minore 25. annis, & addidit nato, quo verbo significatur momentum nascendi. Et ideo minor est natu, quia minor est ea hora, qua natus est. Vnde liquido apparet, prætorem illic retulisse cogitationē, non ad dies annorum, sed ad momentum nascendi.

Idem accidit in vacatione munerū, quæ tribuitur 75. annos natis, qua non vtitur nisi is, qui egressus est 75 annum, *l. 3. D. de iur. immunit.* Et hoc rursum non vllo fauore Reipub. sed quia lex ita scripta est, vt tribuatur vacatio maioribus 75. annis, vt expressum est *dict. leg. 3.* Non est autem maior, nisi qui excessit. Ita etiam iis ipsis locis confirmatur, nisi lex aut scriptum euidenter hoc exigat: vt annus excedatur, semper completum annum haberi debere, cum vltimum eius anni diem ingressi sumus. Neq; aduersatur huic sententiæ, quod dicitur de temporalibus actionibus, *l. in omnibus 6. D. de actio. & obligat.* Illic ita traditur: In omnibus temporalibus actionibus, nisi totus postremus compleatur, non finit obligationem. Temporales actiones, sunt actiones psonales, quippe quæ inter certum tempus cōstitutæ sunt legibus. Quædam intra sex menses, vt rerum; quædā intra annum, vt prætoriæ pœnales, *l. in honorariis, D. de oblig. & act.* Quædam intra biennium, vt de dolo, *l. vlt. supra, de dolo.* Quædam intra quadriennium, vt restitutiones in integrum, *leg. vlt. de tempor. in integ. restit.* Ceteræ etiamsi antea perpetuæ fuerint, tamen placuit eas

cuit eas non vltra triginta annos competere, atq; ita competere intra 30. annos tantum *l. sicut, de præscrip. 30. vel 40. annor.*

Si qua actio intra annũ competit, exempli gratia, creditor si vltimo eius anni die agat, quauis diei parte recte agit, secundum supra dictam regulam, quia postremus dies nondum finitus est, eoque nondum finita obligatio: similiter & si qua intra 30. annos competit, creditor vltimo die anni 30. agendo, recte agit, ex eadem regula. Hinc colligi videtur non videri annum postremum, vel 30. compleri, nisi totus postremus dies cõpletus sit: sed nihil tale colligitur ex ea regula. Nam diligenter obseruandum est, actiones temporales in personam non dari, donec annus vnus cõpletus sit, aut donec 30. anni completi sint, alioqui postremo die anni veniente, cõpleretur annus, & ita finiretur actio, sed dantur intra 30. annos, & dantur etiam vltimo anni eius die. Etsi enim is compleuit annum, qui attigit vltimum diem, tamen quantum in eo die est, est etiam intra annum, quia is dies est pars eius anni. Vt igitur idcirco qui a carceribus peruenit ad metam, & intra metam consistit, is perfecit curriculũ, & nihilominus in eodem circo est, quia meta circi pars est: Sic qui a primo die anni peruenit ad diem anni vltimum, is confecit annum, & nihilominus intra annum manet, quia is dies anni quoque pars est, *dict. l. in omnibus, l. in vsucapionibus. D. de vsucap.*

Sed non est huius loci, vt hanc quæstionem attingamus. Ex iis licet iam intelligere vtrumque nos recte constituisse de anno 14. quo quis testari potest, scilicet & hunc compleri debere, & completum recte definiri, cuius vltimum diem quis ingressus sit, nec alterutri parti aduersari quicquam eorum, quæ supra dixi.

*Ad L. 5. Eunuchis.*

Imp. Constantinus A. ad Rufinum præfectum prætorio.

*Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salua testamentorum obseruantia. Datum V. Kalen. Mart. Sirmii. Constantio. A. V. & Constante Cæsar. Coss. 339.*

SVMMARIVM.

1 *Eunuchi an possint testari.*

1 EVnuchi sunt castrati, *tot. tit. de Eunuch. supr.* iis licet testamentum facere, *hic*, quia castratione non desinunt esse ciues Romani, vt prius erant, præditi facultate testandi necessaria. Nec propter vicium videntur esse intestabiles, nihil enim hi deliquerunt, qui inuiti castrati sunt. Hæc autem omnia in quo sunt, is ius testandi habet, vt initio dictum.

*Ad L. 6. Si quis Imperatorem.*

Imper. Constantinus A. ad Volusium præfectum vrbi.

*Si quis imperatorem forte heredem instituerit: habeat mutandi iudicii facultatem & quemcunque voluerit secundum leges in testamento suo heredem scribendi. Datum XII. Kalend. Mart. Mediolani, Arbitione & Lolliano Coss. 355.*

SVMMARIVM.

1 *Imperator institutus heres testamento priuati, iure communi priuatorum vtitur.*

IMperator † testamento priuati institutus heres, iure communi priuatorum vtitur, etsi enim princeps legibus solutus dicitur, legibus tamen viuit, *l. 3. infr. prox. tit.* Hinc hæc nata sunt. I. Si imperator heres institutus sit, nihilominus testator mutandi iudicium facultatem habet: potest igitur repudiato priore testamento aliud facere, quo instituat alios, imperatore excluso, vt scriptum est *in l. si quis.* Nam testator alio herede priuato instituto, hoc iure vteretur §. *1. Instit. quib. mod. test. infirm.* Præterea si Imperator sit testamenti priuati heres cum aliis eo datis institutus, ius commune sequitur in partibus hereditatis, vt scilicet si ex certa parte institutus est, hãc solam habeat, etiamsi sit minima; si omnes instituti sunt sine partibus, Imperator æquam partem cum ceteris obtinebit. Idem iuris foret aliis heredibus pluribus institutis, *l. quoties 9. § heredes, D. de hered. Instit* Hinc apparet hæc rescripta ad tit. hunc nihil pertinere. 1

*Ad L. 8. Hac consultißima.*

Imperator Iustinus A. Demostheni præfecto prætor.

*Hac consultißima lege sancimus, vt carentes oculis, seu morbo vitioue, seu ita nati per nuncupationẽ suæ condant moderamina voluntatis: scilicet præsentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: vt cunctis ibidem collectis, primum ad se conuocatos omnes; vt sine scriptis testentur, edoceant, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Cæcus quibus modis testamentum faciat, & in eius testamenti factione singularia quædam.*

QVæ in testamento cæci cum ceterorum testamentis communia sint, cognoscentur oportune suo loco, vt *ad leg. hac consultiß. tit. proxim.* Solum in hac constitutione obseruanda sunt ea, quæ singulariter constituta sunt in cæci testamento. Hæc autem fere sunt quatuor. Nam primum licet aliis voluntatem scripto clausam complecti, & ita testamentum facere, *leg. hac consultiß. in princ. titul. prox.* Cæcus † hic iubetur volũtatem omnem suam nuncupare coram testibus vocatis ad eam rem. Secundum singulare est, quod ceteri per nuncupationem testamentum faciunt, non habent necesse voluntatem suam scripto comprehendere, *dict. leg. hac consultiß. §. per nuncupationem.* A cæco vtrumque exigitur, & vt nuncupet palam coram testibus, & præterea sit tabellarius, qui eam excipiat sub obtentu (melius sub obtutu) testamenti, excipiat ea scriptura, cui deinde omnes testes & tabularius subscribat, eamque obsignet, vt fit in testamentis scriptis. Quod si cæcus prius voluntatem suam scribendam curauit, necesse est, vt tabularius corã testibus eam scripturam palam legat, & lecta, cæcus testetur hãc suam voluntatem esse, cui deinde subscribetur atque obsignabitur, ita vt supra dictum. 1

Tertium est, quod in ceterorum testamentis requiruntur tantum septem testes, hic præterea octauus requiritur, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet, vt dictum.

Quartum singulare est, quod hunc octauum placet esse tabellarium publicum; si in illis locis tabellarii sit copia, si non sit, alius octauus.

*Ad L. 9. Furiosum.*

Imper. Iustinianus Augustus Iuliano præfecto prætorio.

*Furiosum in suis induciis vltimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen & retro principibus & nobis placuit. Nunc autē hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos mouit, si cœpto testamento furor eum inuasit, &c.*

SVMMARIA.

1 *Testamentum furiosi per interualla an valeat.*
2 *Testamentum vno contextu fieri debet.*

1 FVriosus † si per id tempus, quo furor remissus est, testamentum facere cœpit & perfecit, testamentū valet. Si cœpit nec perfecit, furore suo correptus, nihil actū est, etiamsi postea remisso furore id, quod 2 cœpit, perficiat. Quoniam † testamentum vno contextu actionis fieri debet, *l. heredes palam, §. vltim. D. eod.*

*Ad L. 10. Discretis.*

Imp. Iustinianus Augustus A. Ioanni PP.

*Discretis surdo & muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt: Sancimus, si quis vtroque morbo simul laboret, id est, vt neque audire, neque loqui possit, & hoc ex ipsa natura habeat, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Surdus & mutus quando testamentum facere possint.*

1 QVi mutus & surdus simul, siquidem natura, testamentum facere non potest: si morbo, potest, si modo ante literas didicit, & testetur scripto. Qui autem tantum mutus est, aut surdus tantum, huic nihil impedimēto est, quo minus iure testetur eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare potest aut scripto aut lingua.

*Ad L. Vltim.*

Imp. Iustinianus Augustus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Omnes omnino, quibus quasi castrensia peculia habere ex legibus concessum est, habeant licentiam in ea tantummodo vltimas voluntates condere secundum nostræ constitutionis tenorem, quæ talibus testamentis de inofficiosi querela immunitatem præstitit. Datum III. Nonas Decemb. Constantinopoli, post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

Dixi ad *l. 3. in fin. supr.*

## AD TITVLVM XXIII. COD. De testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur.

SVMMARIA

1 *Testamenti etymologia vulgaris reprehenditur, & vera inquiritur.*
2 *Testamenti definitio: & definitionis vberior explicatio.*
4 *Sententia quid.*
5 *Codicilli & testamentum quid differant, & num. seqq.*
6 *Iustum quot modis dicatur quid.*
7 *Testamentum quando effectum suum nanciscatur.*
8 *Error quorundam interpretum in leg. qui duos. ff. de manum. test.*
9 *Testamenti factio sit ne iuris gentium & ciuilis.*

TEstamentum † Iustinianus ab eo describit, quia sit testatio mentis. *Instit. de test. ord. in prin.* Recte Iustinianus. Cōstat enim testamentum dictum esse a testando. Reuera autem non potest esse testatio nisi mentis. Reprehenditur tamen hæc etymologia a Valla *lib. 6. Eleg. cap. 31.* Quod in testamento nihil sit mentum, nisi productio vocabuli, nec magis in cōpositione huius verbi, insit mens, quam in illis similibus, in quibus est eadem analogia, *tegumentum, ornamentum, additamentum, &c.* in quibus omnibus mentem non inesse constat. Et recte reprehenderetur Iustinianus, si diceret testamentum verbū compositum esse ex testatione & mente. Itaque recte notatus est Seruius Sulpitius ab A. Gellio, *lib. 6. c. 12.* qui ex his duobus verbis cōpositum esse dicebat. Nunc autem Iustinianus hoc non dicit, sed tātum dicit testamētum appellatum esse a testatione, addit *mentis*, non quod mens in verbo esset, seu in compositione verbi, sed quod est in re, quoniā vt iam dixi: Si est testatio, non potest esse testatio nisi mētis, vt mentem intelligi oporteret, etiamsi nō exprimeretur. Adiecit igitur vt magis ostenderet, qualis esset hæc testatio. 1

Sed cum infinitæ testationes mentis sint, cur proprie ea testatio mentis, quę est de eo, quod post mortem fieri volumus, dicitur testamentum? Respond. Hoc verbum testamenti & supremæ voluntatis factum esse propter testationis excellentiā, quia & hæc testatio suprema esset, & multā præter ceteras testationes exigeret ad testandam supremā voluntatem. Sic & monumentū, cum a monendo dictum sit, proprie tamen vsurpatur de sepulcris, *l. moniment. D. de reliq. & sumt. fun.* Sed hæc etymologia ostendit, cur ita dictum sit testamentū, non autē quid sit. Multæ enim testationes esse possunt, quæ nō sunt testamenta. Videndum est ergo aliunde, quid sit.

Definitio traditur *in l. 1. de test. & qui test. fac. poss.* Est autem hæc: Testamentum † est nostræ voluntatis iusta sententia, de eo quod quis post mortē suam fieri velit. Dicitur † sententia. Est autem † sententia, quod quis re cognita & deliberata iudicio statuit, vnde *sententia iudicum.* Hoc verbum optime testamento tribuitur: nullum enim est testamentum sine iudicio. Vnde supremæ voluntates proprio nomine suprema iudicia appellantur, *l. 4. sup. tit. præced. l. vel negare, D. quemadmodū test. aper. l. 1. ī. de sacros. eccles.* Id eo spectat, vt intelligamus nullum testamentū esse posse, quorum de re certum iudicium non est, *§. præterea. Instit. quib. mod. non est per fac. test. l. qui testamento, D. h. de test. qui test. fac. possunt.* 2 3 4

Adiicitur *voluntatis nostræ*, otiose vt videtur, quia non sit sententia, nisi in qua voluntas sit, nec sit voluntas, nisi de eo quod sentimus. Vnde videntur sæpe hæc vsurpari pro eodem in testamentis, iudicium & voluntas suprema, *l. captatorias, D. de hered. instit. d. l. 1. supr. de sacrosanct. eccles.* Sed hic nihil otiosum: Nam sententia duplex est, quædam solius iudicii nostri, quædam voluntatis nostræ. Iudicii nostri sententia est, cum dicimus quid existimemus fieri debere, nec longius progredimur, vt etiam iubeamus aut fieri velimus. Hæc sententia testamentum non est, Vt puta: Testator testamento ita scripsit: *Municeps recte faciet, si in eo loco ædes publicas ædificauerit.*

Hic nihil debetur municipibus ex eo testamento, quia sit hæc tantum sententia iudicii testatoris, non non autem voluntatis testatoris.

Sententia volũtatis nostræ est, cum dicimus quid fieri velimus, vt *Lucius Titius heres esto: Stychus seruus meus liber esto: Fundum Tusculanũ Stycho do lego: Heres meus Titio 100. dato.* Hæ solæ sententiæ voluntatis nostræ testamenta sunt, non aliæ, in quibus testator iudicium suum tantum exponit, nihil autem fieri iubet aut vult. Idque ita demonstratur. Nam testamentariæ voluntates solæ ratæ sunt, quæ lege confirmantur, *l. lege obuenire 13. de verborum signific.* Solum autem illæ confirmãtur, quibus quis legassit suæ rei, *l. verbis legis, de verborum signific.* legassit pro legauerit antiquo verbo, id est, reliquerit legis modo, siue imperatiue, vt ostenderet se fieri velle, auctore Vlpiano, *infra g. Institut. titul. de legat. in prin.* Nullæ igitur voluntates testamentariæ aliæ confirmantur, quam quibus testator voluit. Hinc intelligimus testamentum duabus iis rebus constare debere, sententia nimirum seu iudicio, & præterea voluntate.

Sed multis in rebus sententia voluntatis nostræ esse potest, in quibus non est testamentum, additur igitur *Iusta*, quod differentiæ caussa additum est, vt

5 separarentur codicilli a testamentis. Nam † codicilli sunt voluntatis nostræ sententia, & de eo quidem, quod post mortem fieri volumus; attamẽ testamentum non sunt, *l. si idem codicilli, infr. de codicill.* Qua igitur nota id intelligimus? Hac nota, quia iusta sententia non sunt, vt iustam nunc intelligimus: Testamentum autem est sententia voluntatis nostræ, de eo quod post mortem nostram fieri volumus, & hoc amplius iusta. At vero codicilli, an non suo genere iusti sunt? nam non minus iure valent, quam testamentum, *titul. de codicill. Instit. in princip. l. vltim. in fin. infr. de codicill.* Respondeo: Non ideo iusti sunt codicilli, vt iustam sententiam hic intelligere debemus.

6 Iustum † dicitur maxime tribus modis. Primo, Iustum est, quod ex lege est, vt iusta actio, quæ lege datur *titul. de except. in prin. in Instit.* Iusta hereditas, quæ defertur lege, *leg. tertia, §. primo, D. pro socio.* Secundo, Iustum etiam est vsitate in actionibus hominum, quod fit secundum leges & præscriptum earum, vt iustæ nuptiæ, *Instit. de nupt. in princ.* quo sensu dicta est iusta vxor, quæ ducta est solemni & iusto ritu; iniusta, quæ eo modo ducta non est, *leg. si vxor, D. ad leg. Iuliam. de adult.* Tertio, Dicitur etiam iustum quod plenum est & perfectum, vt iusta ætas, iusta magnitudo, *leg. cum filiofamilias. §. vltim. de legat. 3.* Significatio ex priore ducta per translationem: ea enim in suo genere perfecta sunt, quæ constant iis rebus omnibus, quas lex earum rerum desiderat.

Quid ex iis conueniat huic loco videndum est. Nam in ambiguo sermone non omnia dicimus, quæ verbo significantur, *leg. in ambiguo, D. de rebus dub.* Sed id solum, quod volumus, & velle quisque scriptor intelligitur, id quod rei & instituto conuenit, id est, quod vitio caret, *leg. in ambigua, D. de legibus.* Ergo hic iustam sententiam non intelligimus, quæ ex lege est, testamentum enim proficiscitur a testatore, non a lege. Non intelligimus etiam sententiam plenam, quia fieri potest, vt codicilli sint de rebus omnibus, de quibus testari volumus, quia nihil amplius velimus, quam quod iis cautum sit: fieri etiam potest, vt in codicillis caueamus de rebus nostris omnibus, puta heredem instituendo, & tamen non erit iusta sententia, nec valebit, quia est contra leges, quæ vetant codicillis heredem institui, §. *penult. Instit. de codicill.* Restat igitur, vt iustam interpretemur hic dici vsitate eam, quæ est secundum præcepta, & præscriptum legum, quæ sunt de supremis voluntatibus.

Hęc præcepta inter cetera duo desiderantur in testamento, quibus maxime distinguitur a codicillis. I. Desiderantur solemnia iuris, sine quibus iniustum testamentũ est, *l. 1. ff. de iniust. rupt.* At codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant, §. *vlt. Instit. de codicill.* Præterea in his, quæ cauentur testamento a testatore, primum exigitur, vt testator heredẽ instituat. Heredis institutio caput est & fundamẽtum, §. *ante heredis, Instit. de legat.* ideo sine institutione heredis testamentum non valet *l. vlt. D. de iur. codic. l. 3. vers. Calpurnius, D. de iis, quæ in test. cont. §. in primis, Instit. de fideicom. her.* At codicilli, vt iam dixi, non admittunt heredis institutionẽ. Hoc sensu non tantũ distinguitur testamentũ a codicillis, sed etiam id statuitur quod maxime est proprium testamenti, scilicet heredis institutio. Quamobrem hac definitione nõ adiiciemus cum Accursio, cum heredis institutione: Nam qui iustam sententiam dixit, is heredis institutionem satis quoque dixit.

Sed adhuc manet prior obiectio, dixerit aliquis: *Nam & codicilli secundum præcepta legum fiunt.* Iam respondi non fieri, quod ex supra dictis apparet. At iusti sunt, qui a iure admittuntur, vt est *in prin. de codicill. in Insti.* Respondeo, aliud est iure codicillos admitti, aliud est iustos esse secundũ pręcepta iuris. Re uera secundum ius non sunt, si quis ius ciuile spectat, quod est de supremis voluntatibus, sed nihilominus pro iustis habentur vtilitatis caussa, vt dicitur *in dict. titul. de codicill.* Et ob hanc caussam pro iustis admittuntur.

Sed nondũ satis, vt efficiatur id quod sit proprium testamenti. Nam iusta sententia voluntatis nostræ multis aliis rebus conuenit quam testamento; conuenit donationibus inter viuos propter nuptias, & omnibus omnino contractibus, quæ tamen omnia omnino non sunt testamenta, neque pars testamenti *l. hæc verba contraxerunt, D. de verb. signifi.* Ob hanc caussam additum est in definitione quod sequitur, de eo ꝙ post mortem suam fieri velit, quibus verbis distinguuntur superiora a testamentis. Nam donationes sunt voluntatis nostræ sententia, de eo quod nobis viuẽtibus fieri volumus. Similiter & donationes caussa mortis. Nam in hoc genere præsens præsenti dat, *leg. inter. D. de donatio. caus. mort.* Eodem modo & contractus maxima ex parte. Sed hic occurritur, quasi iis verbis multi contractus etiam contineantur, qui tamen non sunt testamenta. Nam recte stipulor aliquid mihi dari post mortẽ meam, recte tu promittis dari post mortem tuam, vtrobique enim stipulatio valet, & actio ab heredibus & contra heredes incipit, §. *post mortem Instit. de inut. stip. l. vn. supr. vt act. de hered. & contr. hered. incip.* Et tamen in iis stipulationib. est voluntatis nostræ iusta sententia dẽ eo, quod post mortem fieri volumus, quare videbitur hæc definitio iis conuenire.

Sed non ita est. Non enim dixit Modestinus: *Testamentum esse iustam sentẽtiam de eo quod post mortem*

*nostram fieri volumus*, sed *de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Quis ἐμφατικῶς, vt sit, *quis nostrum, & solus fieri velit*, quo verbo satis testamentum a superioribus stipulationibus separatur. Nam superiores stipulationes habent sententiam voluntatis nostræ, sed de eo, quod duo pluresue post mortē suam fieri volunt, quia nullus est contractus sine conuentione, *leg. prima, §. primo, D. de pact.* Conuentio autem omnis est duorum pluriumue consensus, *d. l. 1.* At testamentum est voluntatis nostræ sententia, de eo quod vnus tantum nostrum post mortem suam fieri velit. Et ideo cum recte potuisset Modestinus dicere: *Sententia voluntatis nostræ de eo quod post mortem nostram fieri volumus*, vt in eodem numero plurali perseueraret, magno ingenio a plurali ad singularem transit, vt id significaret quod diximus. Atq; vtrumque recte fit salua proprietate sermonis. Nihil enim interest vtrum dicam, *de eo quod singuli volumus*, an vero, *de eo, quod quisque nostrum velit*.

Ex iis autem verbis postremis colligimus, etiamsi testamentum a viuente fit, & ab initio recte ordinatur, non tamen prius cōfirmari, quam testator mor-
7 tuus sit. Vnde dicitur † testamentum tempore mortis testatoris effectum habere, *l. si alienum, §. 1. D. de hered. instit. §. in extraneis, de hered. qual. & diff.* Ex quo est illud Apostoli, cap. 9 ad Hebr. *vt testamentum valeat, necesse est interuenire mortem testatoris.* Iis consequens, quicquid testator dat legat testamento suo, eo viuo deberi nō posse. Et ideo errant qui contra interpretantur *legem qui duos, D. de manum. test.*
8 Testator duobus heredibus institutis iussit Stychum seruum suum liberum esse post mortem vnius certi ex heredibus. Is heres mortuus est viuo adhuc testatore, & ita conditio libertatis exstitit, illic ita scriptum est: Sabinus ait, liberum futurum. Hoc quidem sic accipiendum liberum futurum statim, & viuo testatore, fauore libertatis Non recte: Nam vt dixi, non est testamentum, nisi de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, & quod dicitur, simpliciter liberum futurum, sic accipiendum est sub tempore & cum conditio testamenti exstiterit. In omni autem testamento hæc tacita conditio inest, *Si testator mortuus erit.*

Iisdem verbis consequens est, quæ a defuncto capitur hereditas, eam tunc capi, cum defunctus do-
9 minus esse desiit. Vnde quæsitum est, an † testamenti factio, seu relinquere aliquid licere post mortem nostram, sitne iurisgentium, an iuris ciuilis? Neque inutiliter id quæritur propter deportatos, quib. tribuuntur ea, quæ sunt iuris gentiū, non etiam ea, quæ sunt iuris ciuilis, *l. sunt quidam, D. de pœn.* Et prima ratione occurrit, cur non videatur testamenti factio esse iuris gentium, sed tantum auctoritatem & confirmationem habere a iure ciuili. Primum vt dixi, testator post mortem suam dominus esse definit, non enim potest esse eius, qui omnino dominus non est. Porro secundum regulam iurisgentium & naturæ, nemo plus iuris in alium trāsferre potest, quam ipse habet *l. nemo plus, D. de reg. iur. l. traditio. D. de acqui. rer. dom.* Nec ad rem pertinet quod testator moriens adhuc dominus est rerum suarum, nam confert alienationem in id tempus cum mortuus erit. Nihil aūt interest vtrum quid non fiat, idoneo tēpore an vero conferatur in tempus non idoneum, *leg. 4. supra, de donat. ant. nupt.* Deinde hereditas mortuo testatore nondum adita nullius est in bonis, *leg. 1. D. de rer. diuis.* Secundum autem regulam iurisgentium, quod antea nullius est, occupanti concedi debet, *l. 3. D. de acquir. rer. dom.* Hinc factum videri potest, vt testamentariæ hereditates confirmarentur lege, *d. l. lege obuenire, de verb. sign.*

Sed exempla omnium gentium & populorum, apud quos testamenta recepta sunt, a principio rationem naturalem habere probant. Et vero hæc certa est ratio naturæ, qua supremę voluntates nitantur, quod nihil tam naturale sit quam voluntatem domini rem suam transferentis in alium, ratam habere, *§. per traditionem, Instit. de rer. diuis.* Et si in ceteris voluntatibus inter viuos hoc recipitur, multo magis supremæ voluntati tribui debuit, postquam aliud velle non possumus. vt bene scriptum, *in l. 1. supr. de sacrosanct. eccles.* Ad hæc testator moriens adhuc dominus est. Recte igitur eo tempore habendi potestatem in alium transfert. Non obstat quod dicitur: neminem plus iuris in alium transferre posse, &c. Non enim potest tradendo. At testator de suis rebus testamento cauens, eas non tradit heredi, sed relinquit: recte relinquit, qui eo tempore dominus fuit, nec hoc relictum confertur in tempus idoneum.

Quod autem dicitur, quod antea nullius est, occupanti concedi, de iis rebus dicitur, quæ plane nullius sunt, idest quæ nec re ipsa sunt cuiusquā, nec destinatione alterius, quales sunt feræ, bestiæ, volucres, pisces, & omnia, quę cœlo, terra mari capiuntur *l. 1. 2. & 3. de acqui. rer. dom.* In hoc autem numero non est hereditas. Hæc dicitur esse nullius in bonis, quia in præsentia re & commodo nullius adhuc in bonis est, sed destinatione est heredum. Destinata est enim aut heredibus scriptis a defuncto, qui destinandi ius habuit, aut heredibus legitimis a lege, quæ non minus rerum nostrarū domina est, vt declarant definitiones legis *in l. 2. D. de legib.* Et quod dicitur testamentarias hereditates lege confirmari, potius argumentum debet esse, ius transferendæ hereditatis alius iuris esse quam ciuilis. Nam quæ nascuntur ex iure ciuili, dicuntur iure ciuili introduci. *l. ex hoc iure, D. de iust. & iur.* Quæ autem confirmantur, ea etiam necesse est prius fuisse. Sic etiam iuris gentium conuentiones iuregentiū obligationem pariunt, *d. l. ex hoc iure.* Et tamen nihilominus eædem ex iure ciuili confirmantur, vnde etiam ciuiles & legitimæ dicuntur, *§. 1. Inst. de oblig. §. sed istæ, Instit. de act.* Quare potestas de rebus suis post mortem statuendi maxime iurisgentium est, eoque & ad deportatos etiam pertinet.

Plane in hac facultate testandi sunt quędam ex iure ciuili nata, vt sunt testes septem, subscriptiones testium & signa, sine quibus etiam placuit heredum institui nō posse in testamento scripto. Quę res facit, vt nec deportati heredem instituere non possint, vt nec testamentum facere possunt. Sed si pater deportatus testamētum faciet inter liberos, aut si codicillis fideicommissum relinquit, vtraque voluntas admittenda est, nam imperfectum testamentum admissum est inter liberos, *l. hac consultiss. §. ex imperfecto infr. h.* codicilli nullam ordinationis solemnitatem desiderant, *§. vlt. Instit. de codicill.*

Hac definitione exposita, vt intelligatur & quis sit vsus eius definitionis & quid deinde agatur hoc titulo toto, meminisse oportet eius quod dictum initio tituli superioris. Id autem est: Testamento vt hereditatem nobis acquiri, si prius testamento de-

lata sit, ita deferri, si & testamentum erit, & id iure valebit. An sit testamentum, ex definitione intelligi potest, huc superior definitio referri debet, an valeat ex tribus rebus spectandum est: persona testantis, testandi modo, & iis, quæ testamento continentur. De personis superiori titulo dictum, sequens locus est huius tituli proprius, quomodo testamenta ordinentur. De hoc modo testamentorum ordinandorum comprehensum est diligenter *in l. hac consultissima. infr. hoc tit.* vbi dicetur.

*Ad L. 1. Testes serui.*

Imp. Hadrianus A. Catonio Vero.

*Testes serui an liberi fuerint, non in hac caussa tractari oportet: cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis vsque adhuc status controuersiam mouerit. Sine die & consule.*

SVMMARIA.

1 *Seruus quando in testamento testis esse possit.*
2 *Cur, si seruus pro libero habeatur, non tamen sit, testis esse possit in testamento: alias non.*

1 SERVVS † testamento testis adhiberi non potest, *l. qui testam. §. seruus ff. h. §. testes. Instit. h.* Sed hoc ita, si constet seruum fuisse tempore testamenti. Quod si tunc pro libero omnium consensu habitus est, constitutum est, eum tam recte adhiberi, quam si liber fuisset, *§. sed cum aliquis. in Instit. h.* Hinc est, quod hoc rescripto dicitur, in hac caussa quærendum non esse, vtrum testes liberi sint an serui. Sensus est: In hac caussa, id est, cum quæritur in conditione testis an recte adhibitus sit nec ne, non est quærendum, vtrum liber sit an seruus, quoniam siue liber sit, siue seruus, adhiberi potest, si modo omnium consensu pro libero habeatur. Et ideo hoc quærendum est, an talis habeatur, nec ne?

2 Quæsitum est, † quamobrem hoc ita sit constitutum de seruo, cum aliorum consensus eum liberum non faciat. Primum est, quia nolunt liberum esse: qui errant. Error enim non habet consensum, *l. si per errorem. ff. de iurisdict. l. 2. de indic.* Deinde, quin etsi liberum esse vellent, tamen liberum facere non possunt, quia domini non fuerunt. Vulgo redditur hæc ratio huius iuris, quia error communis ius faciat, sumta *ex l. 3. ff. de suppell. leg.* Sed nihil ad hunc locum pertinet. Nam error communis populi ius facit, cum vniuersus populus vult, in quo errat. Et præterea cum admonitus populus id vellet & posset statuere, in quo errat, vt cum populus creat prætorem seruum, quem liberum putabat, in exemplo, *l. Borbon. ff. de off. prætor.* Item cum populus habeat in numero supellectilis vasa argentea & aurea, quod est exemplum *d. l. 3. de supell. leg.* Nihil horum est, cum seruus testis adhibitus omnium aliorum testium consensu habetur liber: non enim habetur ideo liber ab vniuerso populo. Et præterea si hi, qui putant eum liberum admoniti essent seruum esse, non ideo propter testamentum alterius liberum eum esse vellent, nec si vellent possent facere liberum. Non ergo ceterorum consensus hoc ius facit. Idque ex eo apparet, quod hoc ius introductum est constitutionibus Imperatorum, vt constat *ex d. § sed cum aliquis. Instit. h.*

Sed quæ est huius iuris constituti ratio? Est in promtu, ne videlicet iusta ignorantia testatori noceat, cui in aliis caussis omnibus & subuenire solet, ac proinde multo magis subueniendum fuit in testamento. Huc pertinet *lex de ætate. §. ex caussa. ff. de interrogat. l. 3. in pr. ff. de Senatusconsult. Maced. §. recte. Instit. mandat.* Sed frustra dixerit aliquis, seruum testamento inutiliter adhiberi, quoniam si de testamento ambigitur, hic seruus pro testamento testimonium dicere non potest, si probetur nunc seruum esse: serui enim in iudicio testimonii dictionem non habent, *l. quoniam. sup. de testib.* Respondeo: Si de testimonio huius serui quæritur, nihil prodest eum testimonio adhibitum fuisse: si quæritur de testamento, vtiliter est adhibitus, & nihilominus testamentum valet, si tempore testamenti pro libero omnium consensu sit habitus. Et ideo, si heredes legitimi oppugnantes testamentum, in quo seruus hic testis adhibitus fuit, dicant, nullum testamentum factum esse, a defuncto, aut hunc seruum testem omnino adhibitum non fuisse, & id probandum sit testibus, sine dubio ad eam rem probandam, non dicet testimonium hic seruus, & perinde erit in hoc testimonio, quasi adhibitus non fuisset.

Sed si iidem heredes legitimi fateantur hunc seruum fuisse adhibitum, sed dicant eum non potuisse adhiberi, quia seruus esset, hic testamentum citra controuersiam valebit. Non obstat, quod seruus testimonium dicere non potest. Nam hæc quæstio, an testamentum hoc casu valeat, non deciditur serui aut cuiuscunque alterius testimonio, sed deciditur iure certo, quo constitutum est; nihil nocere, talem testem testamento adhiberi, atque de eo solo in hoc rescripto quæritur. Tantum abest itaque vt cum ita rescriptum interpretamur diuinemus, vt id dicamus, quod est solum huius rescripti proprium. Quærebatur enim, an testis, de quo agebatur, liber esset, an seruus. Apparet ex eo, quod Adrianus respondit, id quærendum non esse, non respondet, nisi de quo quærebatur.

*Ad L. 11. Publicati semel.*

Imp. Alexander A. Expedito.

*Publicati semel testamenti fides, quamuis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu qui probatur intercidit: nihilominus valet. PP. Kalen. Ianuar. Fusco II & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Publicare testamentum quid: est idem insinuare.*
2 *Insinuatio apud quem fiat.*
3 *Idoneus insinuationis iudex quis.*
4 *Publicationis testamenti forma.*
5 *Acta quæ dicantur.*
6 *Insinuare actis quid.*
7 *Acta cur dicantur publica monumenta.*
8 *Testamentum publicatum quod dicatur.*
9 *Describi testamentum & in acta referri quid necesse sit.*
10 *Testamentum publicatum an fidem faciat.*

PVBLICARE, † testamentum, est insinuare actis. 1
Nam publicare & insinuare pro eodem vsurpantur, *l. in hoc. infr. de donat.* Et quod illic dicitur absolute insinuare, id dicitur insinuare actis *in l. in donationib. eod. tit. de donat.* Id † autem fit apud idoneum magistratum aut iudicem. Idoneus fuit † Romæ temporibus posterorum Imperatorum, magister census, apud quem res insinuabantur, *l. testamento. l. consulta. infr. h. l. in hac. & l. secundum. infr. de donatio.* 2 3

Si nulli erunt certi magistratus huic muneri propositi in aliqua regione, sufficiet quiuis iudex etiam delegatus, vt significatur *in l. omnium. infr. h. & bene expressum est in c. vlt. extra de fid. instrum.*

4 Publicatur † autem testamentum hac forma: Magistratus, cui testamentum publicandum oblatum est ab heredibus scriptis, quia testamentum legere debet, ante omnia curandum est testamentum vt aperiat, si ante clausum fuit. Aperietur autem ea forma, quæ præscribitur *in l. 4. ff. quemadm. test. aper. & l. 2. infr. quemad. test. aper.* Deinde apertum testamentum legetur publice, & priuatim cognoscet ipse, an integrum sit, an nulla sui parte vitiatum, vt fideliter sic describatur, *d. c. vlt. extra de fid. instrum.* Si integrum esse cognouit, iubebit describi per officium, seu officiales seu actuarios suos. Quod cum factum erit, tum erit explicatum testamentum publicum, id
5 est, tale, quod sit actis insinuatum. Nam † acta per excellentiam nominis dicuntur scripturæ, quæ apud iudicem publice actæ sunt, & dicitur res his actis insinuari, cum accipitur & comprehenditur res his scripturis, quæ *acta* appellantur, vt nihil aliud sit insi-
6 nuare † actis, quam referre in acta, vt veteres locuti sunt.

7 Hæc † acta sunt publica monumenta, *l. in donationib. infr. de donat.* quo fit, vt quæ in acta hæc relata sunt publica esse incipiant. Dicuntur autem publica duabus de caussis. Primo, quia per magistratum confecta sunt. Deinde, quia fidem habent auctoritatemque publicam, in eamque rem & publice asseruantur, vt inde fidem rei gestæ petere liceat, cum libet & opus est.

Obseruandum est autem, cum publicatum est ita testamentum, vt supra diximus, incipiunt testamenti duæ tabulæ, seu duæ scripturæ esse. Vna vetus, eius materiæ, in qua primum testamentum a testatore scriptum est. Altera noua, quæ eius testamenti exemplum continet, quam actis insinuatam & publicatam diximus. Prior materia priuata manet, & prius explicatum & descriptum in actis est id, quod hoc
8 loco appellatur † testamentum publicatum. Dicitur testamentum, quia continet sententiam voluntatis defuncti, quæ priori materia scripta est. Hæc autem sententia est testamentum defuncti, non autem materia, in qua sententia hæc scripta est. Quod ita esse ex hoc rescripto liquido apparet. Nam aperte hic distinguitur publicatum testamentum a materia, in qua testamentum prius scriptum fuit. Oportet igitur testamentum id publicatum diuersum esse: non potest diuersum esse, nisi sit a priore descriptum. Sed
9 quid † necesse est ita testamentum describi, cum prius testamentum ad fidem sufficiat? Respondeo: Eo fit, quia plura exemplaria testamenti exstare vtile est, vt si vnum pereat, liceat ex alio fidem sumere, quod superest, *l. vlt. sup. h. l. vnum. ff. h.*

Hoc intellecto, de fide testamenti huius publicati
10 quæsitum est hoc loco. Primum, † an fidem faciat. Deinde, quantum faciat, & quando. Quod dubitatur an fidem faciat, dubitatio ex eo est, quod constitutum est, cum ex aliis instrumento authentico descriptum est explicatum, non ex explicato agi debere, sed ex authentico. Et videtur fidem explicato haberi non oportere. *l. 2 ff. de fid. instrum. Auth. si quis in aliquo, sup. de edend.* Et placuit hoc testamentum publicatum fidem facere, & recte. Nam quod supra diximus de explicato, de explicato priuato dictum est. Alia caussa est explicati publicati vt h. Nam instrumentum publicatum fidem publicam habet, *d. l. in donato.* Sed adiicitur hoc rescripto ita demum hoc explicatum, quamuis publicatum fidem facere, si prior materia testamenti, quæ intercidit, interciderit casu qui probetur.

Ex quo hæc colligimus, etiam testamentum explicatum quamuis publicatum, ad fidem testamenti non sufficere, si adhuc exstet prior materia testamenti, sed hanc quoque consulendam esse, iuxta *d. Auth. Si quis in aliquo.* Nam si non creditur explicato publicato, vbi prior materia periit, nisi necessitas suadeat; multo minus ei credetur, si materia prior adhuc exstet, quam liceat adhuc consulere. Deinde colligimus, si prior materia testamenti intercidit dolo heredum scriptorum, quia illam consulto ruperint, aut aliquid aliud in eo statuerint, iis testamenti publicati fidem nihil prodesse, quia rescriptum exigat, vt testamentum casu intercidat. Postremo ex iisdem verbis intelligimus, quamuis casu interciderit exemplum publicatum, tamen non esse satis id dici ab heredibus scriptis, sed etiam id probari debere. Proinde eo non probato, exemplum publicatum illis non prodesse. Et recte ab illis exigitur hæc probatio: nam ipsi sunt, qui casum allegant, & debent allegare ex hoc rescripto. Regula autem iuris est, incumbere probationem ei, qui dicit, *l. 2. ff. de probat.*

Sed iis conditionibus opponitur *d. l. in hac. & d. l. de donat. infr. de donat.* Quibus in locis de donationibus insinuatis, & de actis & monumentis publicis dicitur, hæc habere inconcussam fidem, ita vt nec aliæ probationes, aut vlla adminicula desiderentur, secundum quæ dicitur dici debuisse, exemplum testamenti publicatum, quod actis insinuatum est, omnimodo fidem facere debere, siue prior materia testamenti exstet, siue non, quia actorum fides aliunde non dependeat. Respondeo: Quæ de fide actorum superioribus in locis dicta sunt, ea de Authenticis & principalibus scriptis dicta sunt, nempe de iis, in quæ primum referuntur donationes factæ; non eodem iure haberi exempla quantumuis publicata, in quam rem hic locus sufficiat. Differentiæ ratio est, quia omnia exempla genere ipso suspecta sunt, quia facile est in describendo errare, vnde hoc genus totum appellatur calumniosa scriptura *in d. l. 2. ff. de probat.* Proinde non temere exemplo credendum est, priuato quidem nunquam; publico autem ita demum, si quæ necessitas vrgeat, quia fides sumi aliunde non potest, consulendum est enim necessitati, *arg. in l. 2. §. secundo. ff. si quis cautionib.* sed ita demum succurri debet, nisi si quis eam necessitatem sibi imposuerit, *l. si fideiussor. § si necessaria. ff. qui satisdare cog. d. l. 2 §. pen. & id. ff. si quis caut.* Et hoc est quod hic exigitur, vt prior materia testamenti interciderit casu, non heredum facto.

*Ad L. 3. Ex imperfecto.*

Imp. Alexander A. Antigono.

*Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe constitutum est. Licet enim lex imperii solemnibus iuris Imperatorem soluerit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus viuere. PP. 11. Kal. Ian. Lupo & Maximo Coss. 233.*

S V M M A R I A.

1 *Imperfectum & perfectum testamentum quando sit.*

2 *Im-*

2 *Imperfectum testamentum non valet, etiamsi Princeps heres institutus sit.*

3 *Princeps, an quod in imperfecto testamento ipsi relictum est, capere posit.*

1 PERFICITVR † testamētum solemnibus iuris adhibitis, de quibus *in l. hac consultissima. infr.* & præterea herede instituto, item adiectis iis, quæ in ordinatione testamenti desiderantur. Si quid horum deest, imperfectum est testamentum. Si ad vim testamenti superiora omnia requiruntur, consequens est, imperfectum testamentum esse nullius momenti, quod scriptum est §. *pen. quib. mod. test.* Docemur hoc loco id adeo verum esse, vt quamuis imperfecto testamento Princeps heres † institutus sit, tamen nihilo magis testamentum valeat. Idem *in* §. *vlt. Inst. quib. mod. test. infirm.* & *l. ex imperfecto. ff. de legat.* 1. Et † ceteris quidem personis, quibus in eo testamento quid relictum est, testamentum non valere constat. Sed num Princeps ipse hereditatem, aut si quid aliud ei relictum est, ex testamento capere non poterit? Et iisdem locis cautum est, nec Principem ex eo testamento capere posse, ne contra leges faciat.

Sed pro Principe hoc dicitur: Principem solutum esse legibus, quod lege Regia, quæ de imperio eius lata est, effectum est, de qua *in l. 1. ff. de constit. pr.* & §. *sed & quod princip. Instit. de iur. nat.* Respondent boni Principes, hoc ius sibi placere, ne quid ex imperfecto testamento capiant, non quod pro sua potestate capere non possint, si ea vti velint, sed quia soluti legibus, nihilominus legibus viuere volunt, & submittere legibus principatum, *d.* §. *vlt. quib. mod. test. infir. l. digna vox. sup. de legib.* Dixerit aliquis, quod de assentatoribus Principum nimis, quam sæpe audiri solet, Principem facere infra dignitatem & magistratus imperium, si non faciat quæ libet, cum hoc eius imperio tributum sit, vt sit solutus legibus ceterorum. Hic egregie responderunt boni Principes, quod in hoc rescripto legimus, tantum abesse, vt dum Principes se subiiciunt legibus, aliquid imminuant de maiestate imperii & sua, vt nihil sit tam proprium imperii, quam legibus viuere. Et recte. Nam proprium imperii est Rempub. & imperium ornare moribus, bonorum morum pars magna est, obtemperare bonis legibus. Proprium imperii est eas res constituere maxime, quibus imperium consistit: stat autem omne imperium bonis legibus, hæ stabiliuntur a Principe, non verbis, & eius iussu, sed maxime exemplo: dum enim iis paret, probat eas iustas & veras esse, & exemplo suo adfert subditis iis parendi non tam necessitatem, quam voluntatem. Amplius etiam dicitur, maius imperio esse legibus submittere principatum, *d. l. digna vox. sup. de legib.* Recte hoc quoq;. Nam imperii proprium est hoc quoque, imperare aliis: qui autem legibus paret recte viuendo, is imperat etiam sibi, quo imperio nullum est maius.

*Ad L. 4. Si in nomine.*

Imp. Gordianus A. Ruffino.

*Si in nomine vel prænomine, seu cognomine, seu agnomine testator errauerit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit: error huiusmodi nihil officit veritati. PP. 12. Kal. Ianuar. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIVM.

1 *Error seu omissio nominis in demonstranda persona legatarii & heredis an noceat.*

SIVE testator heredem instituit, siue alicui quid legat, personam heredis & legatarii demonstrare oportet, *l. quoties.* §. *si quis nomen. ff. de hered. instit. l. Paulus. ff. de reb. dub.* Et ad personas demonstrandas, nomina, pronomina, agnomina, cognomina inuenta sunt, sed tamen aliis rebus demonstrari possunt. Proinde si aliis demonstrentur, satis est, *d. l. quoties.* §. *si nomen.* §. *si quid in nomine. in fin. Instit. de legat.* Hinc † fit, 1
vt si persona sine nomine demonstrata sit, nominis omissio nihil noceat. Quin & illud consequens est, vt si falsum nomen adiectum sit, errante testatore, in nomine, nihilominus & institutio & legatum valeat, quia perinde hoc est, quasi nomen omnino non sit adiectum. Et hoc dummodo certum sit, de quo testator senserit, & certum sit testatoris demonstratione. Nam vt cetera omittantur, saltem verbis testatoris personam demonstrare oportet aliquo signo indubitabili, *d.* §. *si quis nomen.* Id ita fiet, si instituat hoc modo: *Cornelius sororis meæ filius heres esto.* Si soror vnum tantum filium habeat, apparet quem testator designarit, proinde heres erit, etiamsi nomen Sempronius, non Cornelius fuerit. Idem dicendum, si testator tantum Cornelium dixerit, cum eum prius ita consueuisset appellare.

*Ad L. 5. Neque professio.*

Impp. Valerian. & Gallien. A A. Lucullo.

*Neque professio, neque adseueratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati præiudicat: & quæ vt filiis testamento relinquuntur, iuxta ea, quæ a Principibus statuta sunt, non deberi, certi iuris est. Accep. 6. Non. Iul. Valer. & Gallie. A A. III. & II. Coss. 256.*

SVMMARIA.

1 *Testatoris falsum dicentis affirmatio aut negatio, veritati nihil mutat.*

2 *Idem in professione falsa.*

3 *Profiteri liberos sibi natos quid.*

4 *Relictum vt filio, qui filius non est, an debeatur.*

QVONIAM de auctoritate supremę voluntatis ita cautum est legibus, vt quod testator legauerit seu statuerit, de re sua, id tanquam ius ratum sit, *l. testandi. infra h. l. verbis leg. ff. de verb. sig.* §. *disponat. Nouel. de nupt.* Hinc commode quæritur in vniuersum de vi & potestate sententiæ omnis testatoris, quod declaratur exemplis in hoc rescripto & seq. Est autem hæc summa: Si quid testator statuit, vt fieret in futurum, si quid voluit id ratum est. Id quod declaratur superioribus locis. At si quid de re tantum affirmauit, vt ostenderet sententiam suam, non voluntatem, id pro non scripto est, iuxta definitionem testamenti supra dictam. Nam si verum est, quod testator dixit, valet quidem, sed quia ita est reuera, non quia testator dixit, vt si filium suum dixerit *filium*, erit quidem filius, sed quia natura talis est, futurus talis, etiamsi testator nihil dixisset. Quod si † testator falsum dixerit, eius affirmatio aut negatio 1
veritati nihil mutat, neque ab eo, quod natura est, receditur.

Vtriusque rei exempla habent hæc rescripta duo. Affirmationis exemplum hic est: Testator legauit L. Titio filio suo, non ideo erit filius, quia testator affirmauit, nisi reuera sit filius. Sed an testator non potuit voluntate sua filium efficere? Respondeo: De eo primum nihil cauit: deinde etsi voluisset

filium facere, non potuisset: ita necesse est inutilem esse affirmationem testatoris falsam. Nam filii aut iustis nuptiis fiunt natura, aut adoptione iure ciuili; nuda asseueratione nullo modo, *l.1.ff.de adopt. l.non exemplis, & l.non nudis.sup.de probat.* Negationis falsæ exemplum in rescripto sequenti est: Testator scripsit se viuum nihil donasse, placet, si quid vere donauerit, negationem testatoris veritati non nocere. Sed an eo dicto non videtur testator donationem reuocasse? Quæstio superuacua est in donatione inter viuos, quia etiamsi testator hoc animo esset, vt vellet donationem reuocare, non posset tamen semel perfectam, *l.cum ancillam.de condict.ob caussam datorum.& tot.tit.de reuoc.donat.*

In donatione autem caussa mortis vtilis est quæstio. Nam quod testator donauit viuus caussa mortis, id quandoque ex sententia reuocari potest, *Instit.in pr. de donat.* Solum hoc quærendum erit, an voluerit reuocare; & recte vulgo probatum est, superioribus verbis videri reuocatam donationem, cuius sententiæ hoc argumentum est, quia hæc oratio testatoris; *Profiteor me nulli quicquam donasse*, ambigua est, sic enim accipi potest, quasi facto nihil donauerit, aut quasi nihil donauerit effectu, quia donationem valere nolit: prius si accipimus, inutilis scriptura est, quia falsa est; posterius si accipimus, valet, quia testator facit reuocando, vt donatio nulla sit. Proinde hoc posterius accipimus, vt scriptura videatur aliquid egisse, iuxta *l.si quando.ff.de leg.1.*

2 Quod † de affirmatione testantis hic dicitur, idem dicitur de professione falsa: professio hic intelligitur professio parentum de origine & ætate liberorum, quod genus professionis vsitatum erat Romanis, ex constitutione M. Antonini, de qua Iul. Capitol. in eius vita ita scribit: *Hunc primum liberales caussas muniuisse, ita vt iuberet vnumquemq; ciuem apud præfectum ærarii liberos sibi natos profiteri, eundemque per prouincias publicarum tabularum vsum instituisse, apud quos de originibus idem fieret, quod Romæ apud præfectos ærarii, vt si quando de statu quæstio est, probationes inde ederentur, quis a quo editus esset.*

3 Profiteri † liberos sibi natos, est nuntiare & testari liberos sibi natos, & nomen edere, vt profiteri merces apud publicanos, est edere speciem & numerum mercium, pro quibus vectigal pendi debet, *l.interdum.in pr. & §.quoties.ff. de public.* Hæc professio parentum, de his quos liberos suos dicebant, in re dubia fidem faciebat pro liberis & contra liberos, sed veritati non præiudicabat, si quis probaret falsam probationem fuisse, quod hic dicitur, & *l.etiam, & l.Imper.ff.de probat.*

4 Hinc adiicitur, si † quid relictum sit vt filio, qui filius non sit, huic nec legatum aut hereditatem relictam videri *in l.quoties.in pr.ff.de her.instit.* Recte dictum est, si quid relictum sit vt filio: intelligitur enim testator aliquid reliquisse vt filio, cum reliquit ei, non solum quem filium nominauit, sed etiam quem putabat filium esse, errore ductus vt hanc caussam habuerit legandi, quod filium putarit. Quod si testator non ignorauit eum, cui legabat, filium suum non esse, cum pro filio eum diligeret, filium nominarit, nihilominus legatum debebitur, ne nomen honoris & amicitiæ legatario noceat, quod potius prodesse ad legatum debuit, *l.nemo, §.vlt.ff.de her.instit.*

*Ad L.6.Verba.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Terentiæ.

*Verba testamenti, quibus mater vestra decedens nihil se cuiquam donasse significauit: si res se aliter habeat, fidem veri non perstringunt. PP. 3. Non. Nouemb. Diocletiano A. & Aristobolo Coss. 285.*

Exposui l. superiore.

*Ad L.7.Errore.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Rufinæ.

*Errore scribentis testamentum, iuris solemnitas mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur, & ideo recte testamento condito, quanquam desit*, heres esto: *consequens est, exsistente herede legata seu fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dari. PP. 17. Kal. Febr. ipsis AA. IV. & III. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Heres quibus verbis vsitate instituatur.*

2 *Orationi testatoris si quid desit, an nihilominus institutio valeat.*

TESTAMENTO heredem institui oportet, alioqui nullum testamentum, *l.vlt.ff.de iur.codicil. l.3. versi. Calpurnius.ff.de his quæ in test. del.* Instituitur autem heres † iis verbis vsitate, *L. Titius heres esto*, aut 1 aliis eandem significationem habentibus, *l.quoniam. infr. h.l.1.ff.de her.instit.* Si quid huic orationi desit, an institutio † valeat quæsitum est? Et si testator volun- 2 tatem suam nuncupet sine scripto, plenis verbis heredem nuncupare debet, vt intelligant testes quem heredem esse velit, *l.heredes palam ff.eod.* Quod si testamentum scribat, placet etiamsi quid superiori orationi desit, dummodo persona heredis notata sit, nihilominus institutionem valere; & ideo si testator dixit, *Lucius esto*, intelligitur *heres*, nec adiecerit *esto*; idem intelligemus, *l.1. §.si ex fundo.ff.de her.instit.* Longius itum est: nam si testator tantum scripserit *Lucius*, nec adiecerit *heres esto*, tamen creditur testator hoc sensisse, & institutio valet, *d.l.1. §.si ex fundo.* id quod hoc rescripto confirmatur.

Obiiciebatur huic sententiæ, quod heredem institui oportet, id autem non fieri illa oratione, *Lucius heres esto.* Respondent veteres *& in d.l.1. & hic.* etiam videri hanc orationem nuncupationem esse; id est, lingua expressam, sed postea non plene scriptam esse, & ideo institutionem recipi, quasi minus scriptum sit, plus nuncupatum. Rursus obiicitur exemplum nuncupantis heredis, quem palam & plene nuncupare oportet. Huic obiectioni tacitæ occurritur in hoc rescripto, cum dicitur, solemnitatem iuris non debere mutari errore scribentis, hoc enim perinde est, quasi diceretur, testatorem etiam in testamento scripto videri plenis verbis heredem instituisse. Sed quod postea plene scriptum non reperitur, magis contingere errore scribentis, quam testatoris voluntate, siue alius scripserit testamentum, siue testator ipse, cum festinando non est mirum aliquid omitti potuisse.

Sed cum huic verbo *Lucius* alia verba adiici possint vt perficiatur æque oratio, cur potius hæc verba intelligimus, *heres esto*, quam alia: possunt enim salua ratione sermonis recte intelligi, *Lucius liber esto, Lucius fundum Cornel. capito.* Respondeo: Hæc ideo non accipimus, quia nihil horum conuenit ad vim testamenti, sed sola heredis institutio. Deinde si aliud relictum intelligimus, semper incerta voluntas testatoris esset, quid relictum voluerit. Præterea solemne est in testamentis heredem instituere iis verbis, *Lucius heres*

*heres esto.* Ob hanc caussam id sumimus, quod testamento consuetudine loquendi scribendique conuenit, *argum. in l. si seruus plur. §. vlt. ff. de leg. 1.*

*Ad L. 8. Casus maioris. Et seq. L. 9.*
Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Marcellino.

*Casus maioris ac noui contingentis ratione, aduersus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi atque sociari remissum est: non etiam conueniendi numeri eorum obseruatio sublata est. Dat. 6. Kal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Patrocliæ.

*Si non speciali priuilegio patriæ tuæ iuris obseruatio relaxata est, & testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt: nullo iure testamentum valet. PP. 10. Kal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *De numero testium in testamento requisito.*
2 *Præsentia testium in testamento an remittatur interdum.*

AD testamentum septem testes adhiberi oportet, de quo dicitur *in l. hac consult. inf.* Hic numerus
1 nullo † testium casu aut morbo remittitur, quia inuentus est ad testamentum muniendum aduersus falsitatem, *l. vlt. vers. cum enim. infr. de fideicom.* His testibus præsentibus testator voluntatem suam testari debet, nec hæc quidem præsentia vllo casu remittitur *l. seq.* Hoc amplius, omnes simul testes præsentes
2 esse oportet. Hæc vero necessitas † remittitur hoc casu, si vnus ex testibus cognita testatione testantis, testamento subscripserit, & id obsignauerit, deinde oppresserit eum aliquis morbus, cuius contagionem reliqui testes metuant: nam hic concessum est, eum testem, qui in morbum incidit, submouere, vt reliquis solis præsentibus reliqua testatio peragatur, vt *hac in l. casus. in fin.*

*Ad L. 10. Si testamentum.*
Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Menophelimo.

*Si testamentum iure factum sit, & heres sit capax: auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. Dat. 15. Kal. Aug. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Testamentum iure perfectum rescindi non potest rescripto Principis.*

1 TESTAMENTVM † iure perfectum rescripto Principis rescindi non oportet. Hoc non tantum dictum est rebus integris, sed etiam rescripto aduersus testamentum impetrato, id est, rebus integris, si quis testamentum rescindi postulet, rescriptum ei derogatur, quia id postulare contra ius non debuerit, *l. 5. de precib. Imper. offer.* Sed etsi quis obrepserit Principi, & huiusmodi rescriptum impetrauit, placet hoc rescriptum a iudicibus non admitti, *l. pen. eod. tit. supr. de precib. Imp. off.*

*Ad L. 11. Non idcirco.*
Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Zenoni.

*Non idcirco minus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. S. Dat. Prid. Idib. Nouemb. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Testamentum furto sublatum an fiat vitiosum & vires suas perdat.*

RES furto † sublatæ non ideo vitiosæ sunt, aut naturam priorem mutant, cadunt quidem in vitium furti, id est, furtiuæ esse incipiunt, §. *furtiuæ. Instit. de vsucap.* Sed nihilominus res ipsæ integræ manent, vti prius fuerant, tantumque eo furtum pertinet, vt illæ vsucapi non possint, *d. §. furtiuæ.* Et si ceteræ res furto vitiosæ fierent, tamen non posset vitiari testamentum, quod surreptum esset: nam materia, in qua testamentum scriptum est, quæque surripitur, non est testamentum: sed sententia testatoris, quæ in ea materia scripta est, hæc testamentum est: hæc autem non surripitur. Proinde non potest dici hanc esse dubitationis caussam, quod testamentum furto factum sit vitiosum, vt quæratur an propter furtum tabularum testamentum infirmetur. Hæc igitur potius dubitationis caussa est, quod testamento surrepto videtur aliquid accidere contra voluntatem testatoris: is enim testamentum claudendo, & sibi asseruando, vult id secretum esse, vt solet esse mens testatorum, *l. hac consultiss. infr.* vnde & secretum alienæ voluntatis appellatur, *l. captatorias. ff. de her. institut.* Cum testamentum surripitur, euenit contra eius voluntatem, vt tunc fere retegatur, vt verisimile sit, testatorem eas tabulas ex illo valere nolle. 1

Rescriptum est, non ideo minus testamentum valere duabus de caussis. Primum, quia testator mortuus non potuit testamentum reuocare propter furtum quod secutum est: mortui enim nulla voluntas est, *l. 4. ff. locat.* Deinde, etsi viuo ei surreptum esset, & ob eam caussam testamentum surreptum valere nollet, tamen nihil ageret ea sola voluntate, quoniam testamentum semel iure perfectum non rumpitur nisi alio testamento postea iure facto, *l. 1. & 2. ff. de iniust. rupt.* Qua ratione admonemur, quotiescunque quæritur, an testamentum ab initio iure factum ob aliquem casum interuenientem infirmetur, in quibus furtum testamenti non esse constat, de iis caussis agitur *in tit. Instit. quib. mod. test. infir.* & comprehensæ sunt *in d. l. 1. ff. de iniust. rupt.*

*Ad L. 12. Si vnus.*
Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Matronæ.

*Si vnus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signauerint: iure deficit testamentum. De his autem quæ interleta siue suprascripta dicis, non ad iuris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quæstionem: vt appareat, vtrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso hæc fuerint commissa. S. Dat. Prid. Non. Iul. Philippop. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*
2 *Vno teste in testamento deficiente, corruit testamentum.*
3 *Testamentum an vitietur propter deleta in testamento.*
4 *Deletum a testatore inconsulte, siue exceptione non valet, siue legi, siue non possit.*
5 *Deletum a testatore inconsulte, si legi potest, valet quandocunque deleuerit: & quid si inconsulto deletum legi non possit.*
6 *Legis huius genuina & emendata lectio, dilucidiorque explicatio.*
7. 8 *Suprascribere & Superscribere quid, & quid differant.*

1 SENTENTIA † est, non solum si omnia solemnia desunt in testamento, testamentum non valere,
2 sed etiam si quid ex his vel minimum desit; vt † vnus testis, aut vnius testis subscriptio vel obsignatio, quæ referri debet, *l. si non speciale. & l. casus. sup. h.* Inde quæsitum
3 † de iis, quæ in testamento deleta sunt, an propter hæc testamentum vitietur? Et placet nihilominus cetera testamenti valere: hac ratione, quia quæ in testamento delentur, non pertinent ad iuris solemnitatem, id est, vtrum nulla sit litura in testamento, an vero sit aliqua, non est ex solemnibus testamenti, vt consequens sit, propter aliqua deleta, non idcirco cetera vitiari, quasi aliquid ex solemnibus desit. Sed hæc pertinent ad facti quæstionem, id est, inducunt quæstionem, quid hic factum sit, & quæratur, vt appareat quis deleuerit, & quomodo deleuerit, & vt in rescripto scriptum est, vt appareat vtrum consulto a testatore emendata sint an vero ab illo inconsulto deleta, an vero etiam ab alio falso hæc commissa sint.

Ideo autem rescriptum ait, de eo quærendum esse, quia quid ex iis fiat iure, multum interest. De iis autem hæc iuris summa est: Refert vtrum quid a te-
4 statore deletum sit, an ab alio. Si testator † deleuerit, siquidem consulto deletum, sine exceptione non valet, siue legi possit, siue non possit. *l. 1. in pr. ff. de iis quæ in test. del.* Solum hoc interest, vtrum consulto deletum sit, ante consummationem testamenti, an post consummationem. Quod ante consummationem deletum, ipso iure non valet, quasi ab initio non scriptum, *d. l. 1. iuncto §. 1. in fin. & §. sed consulto.* Post consummationem autem consulto deletum ipso iure valet, sed petentes remouentur exceptione, *d. l. 1. §. sed consulto.* Differentiæ ratio est, quia quod ante consummationem scriptum pro non scripto est, cum testamentum tunc non valuerit. Quod autem post consummationem scriptum habetur, aliquando valet, vt si adhuc manet, non videatur ipso iure infirmatum esse; sed quia deficit voluntas testatoris, locus erit exceptioni doli mali, si legatarii contra voluntatem legatum petant.

5 Quod si † testator inconsulto deleuit, & legi potest, valet quandocunque deleuerit *l. 1. in pr. & d. §. sed inconsulto.* Si inconsulto deletum legi non potest, siquidem deletum est ante consummationem testamenti, non debetur, *d. l. 1. §. 1. vers. sed si legi.* Si post consummationem, omnimodo debetur, si aliter probari potest, quod relictum est, *d. l. 1. §. sed si consulto.* Differentiæ ratio est, quam supra attigi, quia quod ante consummationem legi non potest, pro non scripto est, *d. l. 2. de iis, quæ in test. del.* Quæ post consummationem delentur, ea aliquando vtiliter scripta, ac proinde casus ea non mutabit, vbi non desinit voluntas testatoris. Hæc dicta sunt de iis, quæ delentur a testatore. Alia caussa est eorum, quæ delentur ab alio. Nam siue consulto, siue inconsulto quid deletum sit ab alio, pro non deleto est, ne sit in potestate alterius mutare testatoris voluntatem, & nocere vel heredibus vel legatariis: hoc significatur *in d. l. 1. in pr.* iis verbis: *Id vero quod non iussu, &c.* Quod tamen hactenus verum est, dum sciamus si quid deletum est, vt ab alio legi non possit, & deletum sit, ante consummationem testamenti, id non magis valere, quam si deletum sit a testatore, quod colligitur *ex d. l. 1. §. 1. vers. sed si legi.* Idque ob hanc caussam, quam supra dixi, quia pro non scripto habetur, quod ante consummationem legi non potest. Locus † autem 6
hic valde corruptus est, & verba interpretatione indigent. Aiunt Imperatores; *De iis autem, quæ interleta vel conscripta sunt, &c.* Phrasis latinis vsitata pro eo quod est: *Quod ad ea attinet, quæ interleta sunt.* Legendum est autem non *suprascripta*, sed *superscripta*, agitur enim de iis, quæ in testamento delentur, expunguntur aut cancellantur. *Suprascribere* † autem non 7
est delere, sed idem id scribere supra, vt bis legi possit. At † *Superscribere* est aliis superinductis literis 8
priores obliterare, quo modo maxime literæ delentur. Aiunt Imperatores: *Sed ad fidei pertinet quæstionem, &c.* Nulla est in proposito fidei quæstio: nam in iis, quæ deleta sunt, quæstio est, a quo deleta sint, & quomodo, id est, vtrum a testatore, an ab alio, & vtrum consulto an inconsulto, vt postea sequitur. Hæc vero quæstio est de facto, non de fide & probatione facti.

Apparet igitur legendum esse: *Sed ad facti pertinet quæstionem.* Hic enim quæritur, quid factum sit, a quo, quomodo. Quod verbum prioribus conuenientissime subiicitur: prius enim dixerant Imperatores, deleta non pertinere ad iuris solemnitatem. Iuris quæstioni optime opponitur facti quæstio, *l. mora. ff. de vsur.* Est autem hic sensus: *Ea, quæ deleta sunt, aut non deleta, non pertinent ad iuris solemnitatem, & ideo si quid deletum sit, ceteris partibus testamenti nihil nocet, sed inducunt facti quæstionem, vt quæratur, & quærendo appareat, a quo & quomodo deleta sint,* vt sequitur.

Aiunt Imperatores: *Emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, &c.* perspicuum est, legendum esse, non *altero*, sed *ab alio*, intelligit *testatorem.* Nam in persona testatoris delentis recte distinguitur, vtrum ipse deleuerit, emendandi caussa, id est, consulto, an vero ab alio inconsulto factum sit. At in altero, quam in testatore, hæc distinctio locum non habet. Siue enim consulto quid deletum sit ab altero siue inconsulto, semper valet quod deletum est, si legi potest. Et ideo est hic loci sensus: *Quærendum esse, vt appareat, vtrum quæ scripta sunt, consulto deleta sint voluntate testatoris, vel alio inconsulto deleta: An vero hæc eadem ab alio commissa sint falso, id est, vel consulto vel inconsulto, vtrumuis enim fecerit alius, si non iussu domini fecit, falso fecit.*

*Ad L. 13. Testandi.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Eutyphidæ.

*Testandi caussa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa, non autem iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.*

SVMMARIA.

1 *Testari an liceat cuique suo arbitratu, spreta forma testamentorum iure publico constituta. Negatur & rationibus fulcitur. ibid.*
2 *De iure publico & priuato.*

QVÆSITVM † est, an liceat vnicuique suo arbi- 1
tratu testari, contempta ea forma testamentorum ordinandorum, quæ iure publico constituta est, præsertim si testator testatus sit, velle suam voluntatem ita ratam esse, cuiusmodi voluntatis explicatio refertur *in l. pen. §. vlt. ff. de leg. 2.* Mouet dubitationem, quod libera testandi facultas permissa est iure publico omnibus. Et quidem iis verbis vt ratum sit, vti quisque rei suæ legarit, *l. verb. leg. de verb. sig. l. 1. supr. de*

sacro-

*sacrosanct. Eccles. §. disponat. Nouel. de nupt.* Hoc loco declaratur nulli ita licere testari, posita ea ratione, ex qua id facile colligitur. Est autem ratio hæc & collectio, quia testandi facultas permissa quidem est iure publico & libera, sed certis legibus, id est, certis conditionibus, & certa forma præscripta, quam seruemus in testando: iuris autem formam mutare, vel iuri publico derogare nulli permissum est. Ex quo id facile colligitur, de quo quæsitum erat, nempe in proposito, id est, in facultate testandi, non licere formam suprascriptam mutare.

Ex quo apparet, hoc rescripto contineri argumentationem, cuius exprimitur propositio & assumtio. Conclusio prætermissa est, continens responsum ad quæstionem propositam, sed ideo omissa, quia ex iis, quæ antecedunt, facile intelligitur. Argumentatio est huiusmodi: *Iurisdictionis mutare formã, & iuri publico derogare, nulli permissum est. Facultas autem testandi permissa est certis legibus, id est, certa forma, quam seruare oportet, idque iure publico. Proinde eam formam mutare, atque eo modo iuri publico derogare non licet.* Quid ergo si contra factum erit? Respondeo: Pœna hæc est iis omnibus, quæ contra legem fiunt, constituta, vt quod factum est, pro infecto sit, *l. non dubium. sup. de legib.*

Partes huius argumentationis expendendæ sunt; Propositio est, non licere mutare iurisdictionis formam. Iurisdictionis forma, est forma testandi iure constituta, forma, id est, modus. Appellatur forma iurisdictionis, quia secundum formam iure constitutam, ius dici a magistratibus & iudicibus oportet: hi enim secundum leges & constitutiones iudicare debent, *Inst. de off. iud. in pr.* Itaque forma iuris & forma iurisdictionis idem valent: non quod ius & forma iurisdictionis eadem sint, sed quod forma primum constituitur iure, deinde constituta seruantur in iure dicendo, ius formam hanc efficit, constituendo hanc formam, hæc ita constituta efficit necessitatem iurisdicendi. Hanc formam mutare non licet, quia iuri publico derogaretur: iuri autem publico derogare non licet, vt sequitur: Sententia est iuris certi, multis locis repetita, *l. quod bonis. ff. ad l. Falcid. l. ita. §. Iulianus. ff. de administr. tut. l. ius publ. ff. de pact.* Collecta sententia est ex eo, quod placet leges seruandas esse, eamque esse auctoritatem legum in rebus omnibus, *l. 3. l. leges sacratiss. sup. de legib.* Si leges seruandæ sunt, contra leges fieri non oportet, repugnant enim *seruare legem & contra legem facere.*

2 Sed † cur hic fit mentio publici, cum testandi facultas, de qua quæritur, sit iuris priuati. Nam ius priuatum definitur, quod ad vtilitatem singulorum pertinet, *l. 1. §. huius. ff. de instit. & iur.* Ius autem testandi pertinet ad singulos testatores, est enim de pecunia cuiusque priuata, vt hoc rescripto declaratur, & verbis legis duodecim tabul. *in l. verbis leg. de verborum signific.*

Respondeo: Ius, quod ad vtilitatem singulorum pertinet, recte idem ius dicitur & priuatum & publicum diuersis rationibus. Priuatum dicitur, si res spectamus, de quibus constitutum est. Est enim de rebus priuatis singulorum. Hoc sensu de testamentis ordinandis est iuris priuati. Sed idem ius dicitur publicum, cum personas spectamus, ad quas pertinet. Est enim ius commune omnium ciuium Romanorum, vnde publicum dicitur, quia sit totius populi ius, sed non vniuersi quidem, sed singulorum ex populo, ita ius publicum dicitur, vt sit ius commune. Hoc modo ius publicum passim à nostris vsurpatur & bonis auctoribus, *vt l. 2. ne vxor pro marito. l. 1. ff. si aduersus fiscum, l. amicissimus. in fin. ff. de excusat. tut. l. 1. vers. secundo cap. l. quod bonis, §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Quo sensu illud dictum est in Phormione, *An ne id quidem adipiscor, quod ius publicum est*, vbi Phormio intelligebat ius de sua pecunia constitutum, sed ita constitutum, vt esset omnium ciuium commune. Hoc sensu dicimus iuri publico derogare non licere, quia nullis licet legibus derogare, siue ad statum Reipubl. pertineant, siue ad vtilitatem singulorum, vt declaratur *in d. l. quod bonis. §. 1. ff. ad leg. Falcid.*

Derogare iuri publico est contra ius publicum siue legem facere: contra legem autem facere, est facere quod lex vetat, *l. 3. ff. de legib.* vt accidit in forma testamentis constituta. Sic enim hęc præscribitur legibus, vt iubeatur adhiberi, qui adhiberi iubet, omitti vetat. Proinde omittendo contra legem facimus & iuri derogamus. Hæc definitio diligenter obseruanda est, vt intelligamus, non omnia, quæ permittuntur legibus, in necessitate iuris posita esse. Est enim certi iuris regula: Licere vnicuique his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare, *l. pen. sup. de pact. l. si iudex. ff. de minor.* Cur ergo id fit in vna specie potius, quam in ceteris? quia dum iis renuntiamus, iuri non derogamus: in iis enim deferendis lex nihil iubet. Quod vt intelligatur, sciendum est, quædam simpliciter permitti & concedi legibus, vt sunt actiones, quæ dantur legibus de rebus nostris priuatis, vt sunt exceptiones, quæ dantur reis ad defensionem: quædam fieri iubentur lege. Cum aliquid permittitur simpliciter & conceditur, licet id non accipere, licet & reiicere, quia qui concedit, accipere non iubet. Et ideo cum iis renuntiamus, nihil fit contra legem, quia nihil fit secus, quam lex iubet. At vbi lex iubet aut vetat, illic necessitas imponitur parendi, & si quid contra fit, tunc recte dicitur derogari legi. Assumtio hæc est: *Facultas testandi permissa est ceteris legibus.* Sic hæc verba accipimus, vt intelligamus, *permissã esse certis conditionibus & iure publico.* Nihil fit contra significationem verborum, quinimo leges vsitate id significant. Sententia quoque ipsa per se verissima est, facultatem testandi permissam esse variis legibus, *vt l. 12. tabul. d. l. verbis leg. de verb. significat. & l. Falcid. 1. & 2. cap. leg. 1. ff. ad leg. Falcid. & constitutione Iustiniani d. Nouell. de nupt. §. disponat.* Sed interpretatio huic loco non conuenit: nam illa verba, quæ sunt extrema in rescripto, *iuris formam mutare non licere*, declarant in testandi facultate intellectam esse prius formam aliquam, de qua mutanda agatur, & de qua mutata iuri publico derogetur. Proinde glossa optime hæc verba accipit, sic, vt intelligatur facultas testandi permissa esse certis legibus, id est, certis obseruationibus, vel melius, certis conditionibus & certa forma præscripta. Nam lex inter cetera conditionem significat: datum ea lege, id est, ea conditione: lex donationi adiecta est, id est, conditio donationi adiecta est; vt passim hæc significatio legentibus occurrit, & declaratur *in l. ea lege. & l. doctum. & iuncta l. si repetendi. supr. de condict. ob caussam dator.*

Et res ita habet. Certa forma testamẽti ordinandi præstituta est iure publico, de qua *in l. hac consultiss. infr. Instit. de testam. ordin. & tit. de exhered. liber.* Non obstant hæ leges, quas supra enumerauimus, quibus

libera potestas testandi, vnicuique permittitur. Sic enim libera est, vt tamen in quibusdam rebus coangustata sit aliis legibus, vt nominatim dicitur *in d. l. verbis leg. ff. de verb. sig.* His positis efficitur sua sponte conclusio, id est, id quod responderi hoc rescripto dicimus, nempe formam suprascriptam in testando mutari non licere, ne iuri publico derogetur.

Sed tamen huic parti quædam opponuntur. Nam testamentum est de re priuata & familiari, vnicuique licere pacisci, & sua voluntate licere in eo deteriorem suam conditionem facere, proinde & in testamentis ordinandis licere ei formæ renuntiare, *l. iurisgent. §. si paciscor, l. pactum. ff. de pact.* Respondeo: Quod dicitur, licere de re priuata pacisci & cauere vt lubet, sic intelligendum est, si nihil obstet quam res priuata, de qua agitur. Ceterum si lex aut boni mores vetent, pacisci non licet, quamuis res sit priuata. Exemplum habemus in Senatusconsulto Velleiano, quo cautum est, ne mulieres pro aliis intercedant, *l. 1. ff. ad Senatusconsult. Velleian.*

Deinde & hoc obstat, quod facultas testandi & omnis forma testamenti ordinandi, introducitur pro testatoribus, ne videlicet aliquid falsi aduersus eorum voluntatem admittatur. *l. vltim. errore. infr. de fideicom.* Sic autem ius est, vt supra dixi: Licere vnicuique iuri pro se introducto renuntiare. Respondeo: Verum est, hanc formam testatorum caussa maxime introductam esse, sed non solum testatorum, verum vtilitatis publicæ gratia, vt falsis occurratur, cuius rei indicium erit in omnibus rebus, quoties ita lex aliquid permittat, vt tamen in eo aliquid fieri aut omitti iubeat. Quod enim lex iubet, auctoritati suæ reseruat, eoque priuati arbitrio non permittit.

*Ad L. 14. Non codicillum.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Achilleo.

*Non codicillum, sed testamentum auiam vestram facere voluisse, institutio & exheredatio facta probant euidenter. Subscr. Idib. Decemb. CC. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Defunctum testamentum facere voluisse vnde intelligamus.*

QVI testamentum facere voluit, neque illud perfecit, intestatus decedit, & ita decedit, vt quę scriptura tanquam testamentum non valet, codicillos non faciat, quamuis alioqui per se vt codicilli valuerint, nisi habeat a testatore, vt saltem valeret iure codicillorum. Hæc *in l. vlt. §. illud. infr. de codicill. l. coheredi, §. cum filia, illic alioquin. supr. de pupill. & vulgar. subst.* Quo fit, vt nihil ex ea scriptura debeatur ex iis, quæ inde relicta sunt, *l. 1. ff. de iur. codicill.* Hinc † quæstio huius loci: Vnde intelligamus, defunctum testamentum facere voluisse? Et siquidem defunctus nominatim scripsit suum hoc testamentum esse, res expedita est: Sin de eo nihil dixit, res deciditur hic: Videri eum testamentum facere voluisse, qui in ea scriptura heredem instituit aut exheredauit, nempe coniectura voluntatis certa ducta ex eo, quod proprium est solius testamenti. Nam hereditas neque dari neque adimi codicillis potest, eoque neque quisquam exheredari iis potest, *§. vltim. Instit. de codicill.*

*Ad L. 15. Quoniam.*

Imp. Constantinus A. ad populum.

*Quoniam indignum est, ob inanem obseruationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum: placuit ademtis his, quorum imaginarius vsus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam obseruantiam, vtrum imperatiuis & directis verbis fiat aut inflexis. Nec enim interest, si dicatur:* Heredem facio vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit. *Sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio. Nec necessaria sunt momenta verborum, quæ forte seminecis & balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium verborum necessitas: vt qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, & quibuscunque verbis vti, liberam habeant facultatem. S. Dat. Kal. Febr. Serdicæ, Constantio A. II. & Constante A. CC. Coss. 339.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius constitutionis.*

2 *Quacunque in materia scribitur, testamentum ratum est.*

3 *Solemnia verba institutionis heredis, cur dicantur imperatiua & directa, & quæ sint, & cur ciuilia.*

4 *Fideicommissi verba dicuntur precaria, & sunt obliqua.*

5 *Veteres cur putarint verba directa ex iure ciuili esse, cetera precaria non esse.*

6 *Legare quid.*

7 *Verbis non inhærendum sed menti & voluntati contrahentium.*

SVMMA constitutionis expressa est in extremis verbis. Est † autem hæc, in qua materia testamentum scribatur, nihil refert, sed nec quibus verbis heres instituatur, dummodo constet, quem testator sibi heredem esse voluerit. Hæc ideo constituta. Veteres initio tabulis scripserunt, vnde etsi res mutata est postea, tamen vetus nomen tabularum mansit, quo etiam iuris auctores passim vtuntur, dum tabulas testamenti nominant. Sed iam olim obtinuit inuentis aliis materiis idoneis ad scribendum, vt † quacunque materia scriberetur testamentum ratum esset, *l. 1. in pr. ff. de bon. poss.* Id ius hic confirmatur. Quod ad heredis institutionem attinet, ante hæc tempora † solemnibus verbis heredem institui oportebat. Erant autem hæc: *L. Titius heres esto*, vt colligitur *ex l. 1. ff. de hered. instit.* Et Vlpianus docet *in tit. de hered. Instit. in frag.*

Hæc verba dicuntur hoc loco imperatiua & directa. Cur imperatiua, notum est. Dicũtur directa, quia iis verbis efficitur, vt hereditas perueniat directe seu recta ad heredem institutum, vt intelligimus *ex §. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Eadem dicta sunt ciuilia, *l. verbis legis. ff. de vulg. subst.* Ideo, quia sola hæc in hereditate danda iure ciuili agnoscebantur, quæ omnia dicta sunt, vt distinguerentur hæc verba a fideicommissariis, id est, iis, quibus vel hereditas vel res aliqua singularis per fideicommissum relinquitur. Hæc non imperant, sed petunt & rogant, vt quis fideicommissum restituat, vt sunt verba fideicommissi, *§. vlt. Inst. de sin. reb. per fid. relict.* Vnde fideicommissi verba † dicuntur precaria, qua ratione directa institutio opponitur precariæ *in l. quærebatur. versic. quinimo. ff. de milit. test.*

Hæc eadẽ nõ sunt directa, sed obliqua, & vt hic appellan-

pellantur inflexa, quia fideicommissum non recta capitur a testatore; sed interposita persona eius, qui rogatur, vt fideicommissum restituat, vt de hereditate fideicommissaria declaratur *in §. in puris. Instit. de fideicom. her.* De singulis autem rebus declaratur *in titulo, de singul. reb. per fideicom. rel.* Hæc vere inflexa & obliqua via est, per quam id quidem agitur, vt res ad fideicommissarium perueniat, sed non recta a testatore, verum adhibito eo, a quo res accipiatur. Eadem verba non sunt ciuilia siue iuris ciuilis; & ob hanc caussam initio fideicommissa nullam vim habuerunt, etiamsi postea translata sint in necessitatem; *tit. de fideicom. her. in pr.*

5 Cur † autem veteres putarunt verba directa & imperatiua ex iure ciuili esse, cetera vero precaria non esse, sumtum est ex verbis legis 12. tabul. his: Vti quisque legassit suæ rei, &c. *l. verbis legis. de verb. sign.*
6 Legare auctore † Vlpiano *in frag. de legatis.* est relinquere legis modo, id est, imperatiue. Sed recte Impe-
7 ratores posteriores iudicauerunt ineptum † esse verbis inhærere, cum sententia testatoris constat, & ideo fere in omnibus speciebus negotiorum solemnitatem verborum repudiarunt, satis habentibus, si quibuscunque verbis constet, quid scriptor, quid testator, quid contrahentes scripserint, vt in heredis institutione hic constitutum est, de legatis *in l. legatis. infr. de contrah. stip.* De actionibus instituendis & earum formulis *in l. 1. 2. ʒ. de formul. & imp. act. sublat.*

*Ad L. 16. Non dubium.*

Imppp. Gratianus. Valent. & Theodos. AA.
Eutropio.

*Non dubium nec incertum est, sicut Imperatoribus, ita qualibet dignitate, vel potestate decoratis viris, tam hereditatem, quam legatum seu fideicommissum relinqui posse. 1. Illud etiam adiiciendum est, qui ex testamento vel ab intestato heres exstiterit: etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa: tamen si sua sponte agnouerit, implendi eam necessitatem habeat. S. Dat. Kal. Iul. Thessalonicæ, Gratiano V. & Theodosio AA. Coss. 380.*

SVMMARIA.

1 *Princeps & magistratus an possit capere ex testamento alterius, & an etiam possit legare.*
2 *Princeps an sit ciuis Romanus.*
3 *Legata & fideicommissa inutiliter relicta an & quando debeantur.*
4 *Heres si ex pluribus legatis quædam soluerit, an etiam ad reliqua præstanda obligetur.*

DVÆ sunt hic sententiæ. Prior est: Principi & cuiuis magistratui hereditatem & legatum testa-
1 mento recte relinqui. Quæsitum est, † quæ fuerit caussa, cur de hac re dubitaretur, cum omnibus liceat ex testamento capere, nisi nominatim prohibeatur: ineptum sit autem de Principe aut magistratu dubitare, qui plus iuris habent, quam aut rusticus aut mercator, qui possunt ex testamento capere, quod nusquam dubitatum legimus, & sine probabili dubitatione inepta & consultatio & responsio est, *l. Domitius. ff. h.* Non est autem probabile, quod Accursius ceteris consentientibus scribit, hanc dubitandi caussam esse, quia non videatur esse sani hominis relinquere ditioribus, & præsertim Principibus, si in iis, quæ relinquuntur, habetur honos iis, quibus relinquitur, nihil magis conuenit, quam relinquere Principi, id est, ei honorem habere, non ad eum augendum, qui nimio plus habet, sed ad summissi obsequii & beneuolentis animi significationem.

Præterea scimus etiam constitutum esse de Principibus, licere iis nimirum testamentum facere, *l. cum heredes. in fin. ʒ. tit. prox.* cui in constitutione superiori ratio dubitandi conuenire non potest. Illic enim non relinquitur Principi, sed Princeps dat, nempe diues pauperioribus. Mihi videtur dubitatio nata ex l. Falcidia, & similibus legibus. Nam 1. & 2. cap. eius legis cauetur de eis qui legare testamento possunt, & quibus possint, iis verbis: *vt ciuis Romanus ciui Romano legare possit.* quibus verbis ceteri excluduntur. Non
videtur † autem Princeps esse in numero ciuium, 2
quia ciues subditi sunt: Princeps autem imperium habet in subditos & vniuersum populum, *l. 1. ff. de const. princip.* Qua ratione fit, vt non tantum dubitetur, an Princeps possit capere ex alterius testamento; sed etiam an possit legare testamento?

Huic dubitationi occurritur his constitutionibus, quibus cauetur, & Principem posse relinquere & capere ex testamento. Et recte duabus de caussis, quia & Princeps ciuis est, quia eorum omnium, qui sunt in orbe Romano, & aliquo imperio, vnum est corpus, cuius membra sunt subditi: caput vero Princeps: neq; eo minus caput ex corpore est, quia caput præest ceteris membris. Deinde, etsi Princeps ciuis non esset, tamen ex superioribus legibus admitti eum oporteret. Nam si ius legandi & capiendi ex alieno testamento datur inferioribus, multo magis ex sententia legis Principi & magistratibus idem est tribuendum, quibus plus iuris tributum esse constat.

Posterior sententia est hæc: Legata † & fideicom- 3
missa inutiliter relicta, puta imperfecto testamento aut imperfectis codicillis iure ipso non debentur, vt constat ex imperfecto testamento nihil deberi; vt constat *ex l. 3. ʒ. §. pen. & vlt. Inst. quib. mod. testam. infir.* Placet tamen si heredes vel scripti vel legitimi agnouerunt voluntatem defuncti, legata deberi, & ideo si vltro soluant, non repetent, *l. 2. ʒ. de fideicom.* Si non soluerunt, nihilominus necesse præstare habebunt, id quod hic cautum est. Agnoscere voluntatem intelligitur heres, aut præstando legatum, aut promittendo. Præstando si legatum menstruum est, aut annuum, & id tribus annis saltem præstitit. Nam ex eo tempore non tantum manere debent, quæ iam soluta sunt, sed etiam obligatur heres ad futuri temporis præstationem, vt est constitutum *in l. 1. ʒ. de fideicom.* Promittendo obligatur heres, si stipulanti legatario aut fideicommissario promittat, se soluturum, *l. si veritas. ʒ. de fideicom. l. vlt. ʒ. ad l. Falcid.* vbi constitutio scripta est de eo, qui cautionem legati non debiti emisit, cautio stipulatio est, *l. sancimus. ʒ. communia. de legat.*

Hæc res dubitationem non habet, quia constat vnumquemque ex stipulatione obligari, *§. de constit. Inst. de act.* At si quid heres tantum pacto promisit præstaturũ se sine stipulatione, *ex d. l. si veritas. & d. l. vlt. ad leg. Falcid.* Colligitur heredem non obligari, quia ii loci stipulationem exigunt quod & verum est. Nam ex pacto actio non nascitur iure ciuili; *l. iuris gent. §. sed cum nulla. §. quinimo. ff. de pact. l. legem. sup. de pact.* Plane si heres aliquando pactus est, se præstaturum, iterum idem paciscatur, obligabitur. Nam iure prætorio obligatur quisque de constituta pecunia, si constituat se soluturum quod prius debebatur, et-

iam natura, *d.§.de constituta. Inst.de act.d.l.1.§.pen. & vlt.ff.de constitut.pecu.* heres autem qui iterum idem promittit pacto constituere intelligitur, quod prius promiserat, & constituit, quod ex natura debebat. Nam priore pacto solum natura obligabitur, *l.in his. §.Imper.ff.de solut.arg.in l.1.in pr.ff.de pact.* Quod si heres absentibus legatariis dixerit, se agnoscere voluntatem defuncti, ea res legatario non proderit: nam qui ex pacto non obligatur, multo minus sine pacto obligabitur. Superior agnitio autem & pollicitatio pactum esse non potest, cum pactum sit duorum pluriumve in idem consensus, *l.1.ff.de pact. l.3.ff.de pollicitation.*

4 Quid si heres † ex pluribus legatis quædam soluerit, an etiam ad reliqua præstanda obligatur? Negat Accursius recte *ex l.vlt.supr.ne vxor pro marito.* Nihil enim prohibet heredem in vnum beneficium conferre, vt in ceteros nolit: liberum cuique autem esse debet, quomodo & erga quos libertatem exerceat, *l.1.& 2.ff.de precar.* Hoc tamen locum non habet ex constitutione Iustiniani in iis legatis, quæ relicta sunt supra dodrantem hereditatis, & minuuntur per legem Falcidiam. Placuit enim Iustiniano, si heres vel vnum legatum integrum præstiterit, sibi necessitatem afferre & cetera solide præstandi, *Auth.sed cum testator.j.ad l.Falcid.* Sed hoc singulari iure constituitur, vt voluntas testatoris conseruaretur in eo legato, quod alioquin iure valet, quod ad cetera legata iure inutilia transferri non debet.

*Ad L.17.Testamentum.*

Impp. Arcadius & Honor. AA. Æternali proconsuli Asiæ.

*Testamentum non ideo infirmari debebit, quod diuersis hoc deficiens nominibus appellauit, cum superflua non noceant. Namque necessaria prætermissa imminuunt contractus, & testatoris efficiunt voluntati, non abundans cautela. Datum 12. Kal. April. Arcadio IV. & Honorio III. AA. Coss. 396.*

SVMMARIA.

1 *Superflua & superuacua neque testamento neq; vlli negotio nocent.*

2 *Verba superflua quæ sint.*

3 *Res iure inutiles quæ sint, & an actum totum vitient.*

TESTAMENTO si quid deest, ex iis quæ testamento desiderantur, nullius momenti testamentum est, *l.si vnus.sup.* quia testamentum imperfectum est, non est autem testamentum, quod non est perfectum, vnde dicimus imperfectum quoq; testamentum non valere. At si testamento rite perfecto aliquid adiicitur, quod ad testamentum & voluntatem supremam defuncti nihil pertinet, etsi in verbis omne superfluum vitiosum est, tamen in sententia nihil mutatur, & nihilominus testamentum valet. Re enim perfecta, quicquid adiicitur pro superuacuo

1 est. Superuacua † neque testamento neque vllo negotio nocent, quia perinde sunt ac si adiecta non essent, *l.quæ extrinsecus.de verb.oblig.* Vnde dicitur: Non solent quæ abundant vitiare scripturam, *l.non solent. de reg.iur.* Quod in specie testamenti hic confirmatur, in contractibus autem confirmatur *in d.l.quæ extrinsecus.*

Obseruandum est autem, loqui nos de verbis superfluis & abundantibus, non autem de rebus inuti-

2 libus iure. Verba † superflua sunt, quæ ad sententiam nihil pertinent, siue quæ de sententia priore nihil mutant, vt si testator initio testamenti scribat, suum hoc testamentum esse, quod sequitur, esse suum supremum eulogium, esse suam supremam voluntatem, quod exemplum est, de quo rescripto Imperatores consulti erant; quæcunq; eiusmodi verba sunt, ea nunquam nocent iis, quæ vere & serio scripta sunt. At res † iure inutiles sunt, quæ adiectæ sententiam mutant, sed iure vetantur abiici, vt proinde adiectio inutilis sit. Hæ possunt esse huiusmodi, vt si adiiciatur, non tamen ipsæ inutiliter adiiciantur, sed reliquum etiam totum actum vitient, vt si conditio aut dies adiiciatur emancipationi, aut similibus actibus legitimis, *l.actus.de reg.iur.* Vt si in fideiussore constituendo promittantur decē, aut Stychus nomine eius debitoris qui decem tantum debuit. Nam adiectio Stychi totam facit inutilem fideiussoriam obligationem, *l.grege.§.si quis Stychum.ff.de fideiuss.* Sed hæc nihil aduersantur huic loco. Nam vt dies & conditio & Stychus ad sententiam eorum, quæ geruntur, pertinent. Est enim longe alia caussa & sententia eius, qui decem tantum debet, alia eius, qui decem aut Stychum. Proinde non sunt hæc superflua ad sententiam, quare ad hunc locum non pertinent. 3

*Ad L.18.Testamenta.*

Impp. Arcadius & Honor. AA. Africano præfecto vrbi.

*Testamenta omnia, ceteraque quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reseruentur, nec vsquam permittatur fieri vlla translatio.* Mos namque retinendus est fidelissimæ vetustatis: *quem si quis in hac vrbe voluerit mutare, irritam mortuorum videns faciet voluntatem. Dat. 12. Kal. Octob. Constantinop. Cæsario & Attico Coss. 397.*

SVMMARIVM.

1 *Testamentum publicandum apud quem reserari debeat.*

QVÆ vtilitas esset testamentum publicari apud idoneos magistratus, intellectum est *ex l.2.supr.* Ob hanc caussam † si quis testamentum publicari velit, cauetur hoc loco vt reseretur, id est, aperiatur apud magistratum census, si modo publicetur in vrbe Constantinopoli, neque publicatio alio, id est, ad alios magistratus transferatur. Hinc esse sententiam huius constitutionis liquet *ex l.hac consultiss.j.h.* vbi statim in principio proponitur hæc sententia, & deinceps pluribus verbis confirmatur, & nominatim adiicitur ex constitutione duorum Principum, quæ hic refertur. Itaque non est hæc constitutio de eo, vt testamenta publicata reserentur apud magistratum census, sed vt publicanda reserentur, quo etiam modo legendum est, vt & alii recte monuerunt, præsertim cum verbum, reseraretur, exstet in eadem constit. C.Theod. 1

*Ad L.19.Omnium.*

Impp. Honorius & Theodosius AA. Ioanni PP.

*Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum, mentis suæ postremum publicauit iudicium: ita nec de eius vnquam successione tractabitur, qui nobis mediis, & toto iure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si re-*

*si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint, voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere: ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si vltimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur, &c.*

SVMMARIA.

1 *Duæ rationes recte ordinandi testamenti nouæ & singulares.*
2 *Preces hic quid.*
*Testamentum precibus Principi insertum cur valeat, & vnde habeat fidem & auctoritatem.*
3 *Scrinia sua quid vocent Principes.*
4 *Proximi sacrorum scriniorum qui.*
5 *Scriniorum diuersæ species.*
6 *Princeps an omnia habeat in scrinio pectoris.*
7 *Testamentum precibus insertum eandem habere vim ac cetera priuata, non maiorem, nec minorem.*
8 *Testamentum quomodo actis iudicis cuiusve ab initio, non factum, sed ordinandum, insinuetur.*
9 *Testamenti actis cuiusuis iudicis insinuati fides publica est.*

SI quis vitare velit eam diligentiam, quæ in testamentis priuatis desideratur ex iure communi *in l. hac consultiss. infr.* duæ † hic rationes recte ordinandi testamenti constituuntur nouę & singulares. Vna est in precibus Imperatori offerendis: altera in testamento actis publicis cuiusuis iudicis insinuando. Prior hoc continet, vt testator testamentum suum precibus inserat, quod fit mera fide, id est, certa & indubitata probatione, deinde eas preces offerat Principi: hac oblatione sola consequetur, vt testamentum ratum sit, & ita ratum, vt omnium testamentorum solemnitatem superet. Preces † sunt libelli supplices, qui offeruntur Principi de hoc testamento recipiendo & cognoscendo. Vnde quæ in principio dicuntur hic preces, postea appellantur supplicatio *in vers. voluntates etenim.* hic vsus verbi declaratur *tit. de precib. Imper. offer. sup. l. precib. sup. de impub. & alior.*

Auctoritas & fides huic testamento conciliatur ex his rebus. Intelligendum est autem, preces Principi oblatas solere postea legi in consistorio Principis: deinde has referri in scrinia Principis, quibus ea acta continentur. Sic fit, vt hæ preces habeant testem & conscium Principem, cuius testimonium omnium testimoniis est maius. Deinde habet testes omnes nobiles & probatas personas, quæ sunt in consistorio Principis quod *in pr. hoc loco* declaratur. Postremo testificantur iis precibus scrinia istius Principis. Hoc colligitur ex verbis: *Non tractabitur de successione eius, qui nobis mediis, id est, interuenientibus, & toto iure, (quod in scriniis nostris est constitutum) teste succedit.* 3 Scrinia † sua Principes vocant, quæ in vsu iuris dicuntur *scrinia Principis* & *scrinia sacra*, quibus qui 4 præfecti sunt, dicuntur proximi † sacrorum scriniorum, *tit. de prox. sac. scrin. inf. lib. 11.*

5 Hæc scrinia † sunt arcæ seu capsulæ, in quibus acta Principum recondebantur, siue ad administrationem Reipublicæ pertinerent, siue ad iurisdictionem. Ex quibus quędam dicebantur scrinia memoriæ, quædam epistolarum, quædam libellorum, id est, libellorum supplicum, quos hic preces dicimus, vt indicatur *in l. 5. & 6. de prox. sacror. scrin.* In iis continebatur totum ius Principis, quia epistolæ continebant constitutiones generales ad prouincias. Libelli supplices habebant adiuncta rescripta & responsa Principum, de specie libello comprehensa, quæ omnia erant partes constitutionum, vt declarat Theophil. *in §. sed & quod Principi. Instit. de iur. nat. & gent.*

Ex quo intelligitur, puerilem esse errorem eorum interpretum, qui ex iis verbis collegerunt tritum illud, non minus falsum, quam alienum ab hoc loco. Principem † habere omnia iura in scrinio pectoris, quasi scrinia hic significent recessus mentis Principis, aut quasi ius, quod isti esse volunt in pectore Principis, testificetur aliquid, ac non testimonium omne sit in lingua aut scripto Principis. 6

Hactenus Imperatores volunt eiusmodi testamentum precibus insertum iure optimo valere. Adiiciunt quatenus valeat *in vers. nec sane. vsq. ad fin.* Est autem hæc summa: Huius testamenti eandem vim esse, quæ etiam cuiuslibet testamenti priuati solemniter facti, sed eandem, non maiorem. Eandem † esse, 7 iis rebus demonstratur. Primum, quemadmodum cetera testamenta priuata non desiderant alienam auctoritatem & approbationem, *l. illa instit. ff. de her. instit.* Sic nec testamentum precibus insertum desiderat approbationem Principis, quamuis illi sit oblatum. Nam & sine vllo eius responso testamentum valebit, *vers. nec sane. h. l.* Deinde, vt testamenta priuata rite facta, iure ciuili valent confirmata, leg. 12. tab. *l. obuenire. de verb. sig.* Vnde ex quouis testamento hereditas sola aditione acquiri potest. Ita & ex testamento precibus inserto, heres sola aditione hereditatis hereditatem acquiret, nec erit necessaria agnatio bonorum possessoris, *vers. nec quid sane. h.*

Rursus huius testamenti vim non minorem esse, quam ceterorum priuatorum, declaratur in hac constitutione his verbis. Primum, vt priuata testamenta rite facta ita valent, vt tamen testator mutare ea possit alio facto rite, *l. 1. & 2. ff. de iniust. rupt. §. 1. Instit. quib. mod. test. infirm.* Sic etiam testamentum precibus insertum licebit testatori quandocunque volet mutare alio testamento item recte facto, nec obstabit auctoritas Principis, *d. vers. nec sane. h.* Deinde, vt cetera testamenta solemniter facta hactenus valent, si non cetera refragentur, puta si hoc accedit, vt testator testandi ius habuerit, vt non sint præteriti liberi, qui in potestate testatoris fuerunt. Sic & testamentum precibus insertum ita deferet hereditatem heredi testamento scripto, si cetera quoque concurrant, sine quibus testamentum valere non potest, ex quibus si quid deerit, non magis testamentum valebit, quam cetera priuata. Hoc additum est in extremo huius constitutionis, ex quo colligimus, si eiusmodi testamento precibus inserto posthumus testatoris præteritus fuerit, deinde natus viuo testatore, eodem etiam viuo decesserit, ex hoc testamento hereditatem iure ciuili adire nõ posse, *l posthumus. ff. de iniust. rupt.* Sed nec posse ex hac constitutione propter extrema hæc verba: *Si heredi alia nocere non possunt.* Ex quo reliquum est, vt huic heredi solum relinquatur remedium bonorũ possessionis ex iure prætorio, secundum tabulas testamenti *ex d. l. posthumus.* Nec obstat ea pars cõstitutionis huius, vbi cauetur, *nõ esse necesse heredi cognoscere bon. possess.* hoc n. postea extremis illis verbis colligitur: *nisi heredi alia nõ noceant.*

Altera ratio testamẽti ordinandi rite † hic constituitur, vt testamentum actis iudicis cuiusuis insinuetur, quod constituitur in pr. legis, in iis verbis: *Sicut ergo seruus erit.* Id autem ita transigitur, qui testamen- 8

tum hoc modo facere volet, adibit quemuis iudicem sedentem ibi apud acta, nuncupabit voluntatem suam supremam, id est, dicet, quos sibi heredes velit esse, & quæ quibus legari velit, petetque vt hæc voluntas in acta publica referatur, &, vt hic loquimur, vt actis insinuetur. Acta hæc fidem publicam habent, non tantum priuatam, §. *in l. testamenta. prox.* Cautum est vt testamenta aperiantur apud magistratum census tantum in vrbe Constantinopoli, quia de testamento iam facto illic agitur, quod postea heredes velint aperiri & publicari apud iudices. Hic autem agitur de testamento faciendo ab initio, & ideo nihil contrarii constituitur, cum hic permittitur testamentum fieri & publicari apud quemuis iudicem, vt recte Bart. animaduertit. Est autem, cœperam dicere, huius testamenti actis insinuati fides publica, vt pro-
9 latis actis statim † probetur testamentum, nullis aliis testibus adhibitis, qui necessarii non sunt, vbi publica monumenta sufficiunt, vt scribitur *in l. in donat. ĵ. de donat.* Quod si de actis cuiusuis iudicis recte dicitur, eoque & de testamento actis insinuato: multo magis probandum est, eius testamenti quod insertum est precibus Principi oblati fidem publicam & auctoritatem esse, sine vllis aliis testibus, tantummodo vt fides ex scriniis libellorum Principis petatur: nam acta Principis omnibus aliis potiora sunt actibus.

Sed videntur obstare extrema huius l. verba, quib. ita scribitur: *Nec institutus heres pertimescat, cū oblatas preces secundum voluntatē defuncti idoneis testibus possit approbare.* Ex iis verbis vulgo colligunt ad fidem huius testamenti colligendam saltem heredem institutum probare debere preces esse oblatas Principi, idque probari posse saltem duobus testibus, quia numerus hic expressus non est, *iuxta l. vbi numerus test. ff. de testib.* Sed hunc locum ita interpretari non licet. Est enim hæc probatio heredi omnino inutilis, si non progredimur longius: non enim sufficit aliquas preces esse oblatas Principi, nisi etiam dicatur testamentum illis precibus insertum esse, quo testamento hic heres institutus sit, qui se heredem dicit, vt cautum est *in pr. h.* At tale testamentum esse aliquod, non probatur duobus testibus. Et sane periculose id constituitur: nam facile subornabuntur duo testes, qui dicant, se interfuisse cum defunctus offerret preces Principi, & se legisse testamentum precibus comprehensum. Deinde redditas esse preces defuncto, vt sic isti testes refutari non possint. Ergo idonei testes hic intelligendi sunt illi, qui commemorantur *in pr. h. l.* & in illis verbis, *qui nobis mediis.* Et præterea omnes consistoriales. Postremo ipsa scrinia Principis, in quæ hæ preces libelli supplicis relatæ sint. Neque ideo necesse erit, cum de fide huius testamenti agitur, citari Principem, aut ceteros consistoriales, quia satis erit, recurrere ad scrinia libellorum Principis, in quibus reconditæ fuerint hæ preces testamentum defuncti continentes, quemadmodum fieret testamento cuiuslibet actis insinuato. Et hoc est, quod Imperatores dicunt, necesse non esse, vt heres his precibus institutus pertimescat, cum habeat probationem tam idoneorum testium, eamque tam facilem atque expeditam.

*Ad L. 20. Nolumus.*

Imperatorum Honorii & Theodosii edictum ad populum vrbis Constantinopolitanæ & omnes prouinciales.

*Nolumus conuelli deficientium scriptas iure ac solemniter voluntates, dum quoddā morientis supremum & non scriptum processisse confirmatur arbitrium, tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim priuatis & militantibus interdicimus, ne huiusmodi perhibeant testimonia: & falsi criminis reos teneri præcipimus, si cum scripta iure. &c.*

SVMMARIVM.

1 *Principes testamento non scripto institui heredes non possunt, scripto possunt.*

QVOD constitutum *in l. non dubium. §.* Principem heredem institui posse, † & quosuis homines 1
potentes, non minus quam priuatum quemlibet; id temperatur hac constitutione singulari iure, vt Principes & potentes homines recte instituantur, si instituuntur testamento scripto. Si dicuntur autem instituti esse testamento non scripto, cauetur hac constitutione, ne id testamentum vllo modo admittatur, neue vlli testes pro eo testimonium dicant, pœna falsi indicta, si qui testes testimonium dicant. Idque ita vult esse constitutio, vt eiusmodi testamentum neq; noceat heredibus scriptis alio testamento, de quo cauetur in pr. neq; noceat etiā heredib. legitimis, ꝙ cauetur *in versu extremo. h. l.* Hanc constitutionem Accursius & Bartolus ita acceperunt, si testamentum non scriptum nō esset solemne, quia si solemne esset, absurdum putarunt dici, eo testamento Principem institui non posse, & *contra l. non dub. §.* Quę sententia aliis omnibus displicuit, & merito: nam in hac constitutione nihil distinguitur, sed simpliciter improbatur testamentum non scriptum, in quo Princeps non scriptus sit. Proinde nec distingui oportet, *arg. l. item veniunt. l. item aiunt. vers. a quo. ff. de her. pet. l. de pretio. ff. de publiciana.* Deinde stulte caueretur hac constitutione de testamento non scripto, si intelligeremus nō solemne, quia nec scriptum testamentum valet, si sit imperfectum, quamuis Princeps in eo scriptus sit. Recte igitur dicimus, constitutionem hanc repudiare omne non scriptum testamentum, in quo dicatur Princeps heres nuncupatus esse. Non obstat, quod scriptum est *in l. non dub. §.* Nam hac lege excipitur testamentum non scriptum, in quo heres nuncupetur, & in toto iure generi derogatur per speciem, *l. in toto. de reg. iur.* Excipiendi caussa & ratio hæc fuit, vt occurreretur præsenti periculo, quod imminet, si eiusmodi testamenta admitti cœperint. Nam in gratiam Principis & potentium hominum facile reperientur, qui mentiantur se audiuisse cum defunctus diceret se velle Principem sibi heredem esse.

*Ad L. 21. Hac consultissima.*

Impp. Theod. & Valent. A A. Florentino. PP.

*Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quæ in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam, inuolutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamq; rogatis testibus septem numero, ciuibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam & subscribendam: dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, & testibus vno eodēq; die ac tēpore subscribentib. & consignantib. testamentū valere: nec ideo infirmari, ꝙ testes nesciat quæ in eo scripta sunt testamēto. Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat: octauo subscriptore pro eo adhibito, eadē seruari decernimus. In omnib. a. testamētis, quæ præsentib. vel absentib. testibus dictātur, super-*

*superfluum est vno eodemque tempore exigere testatorem & testes adhibere, & dictare suum arbitrium, & finire testamentum. sed scilicet alio tempore dictatum scriptumue proferatur testamentũ: sufficiet vno tempore eodemq. die, nullo actu extraneo interueniẽte, testes omnes, videlicet simul nec diuersis temporibus subscribere signareque testamentũ. Finem autem testamenti subscriptiones & signacula testiũ esse decernimus. Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum pro infecto haberi conuenit.*

SVMMARIA.

1 *Forma & ratio testamenti rite faciendi duplex.*
2 *Publicum testamentum quod.*
3 *Priuatum quod.*
4 *Publicum quot modis fiat.*
5 *Priuatum quod & quot.*
6 *Priuati testamenti rite faciendi forma item duplex: aut enim fit scripto, aut nuncupatione.*
7 *In testamento scripto quæ sint obseruanda.*
8 *Testes in testamento adhibendi sunt rogandi: & an etiam non rogati fidem faciant.*
9 *Rogati qui intelligantur.*
10 *Numerus testium in testamento adhibendorum.*
11 *Testes quales adhiberi oporteat, & qui prohibeantur, qui non.*
12 *Filiusfam. an sit idoneus testis in testamento patris.*
13 *Heres an possit esse testis in testamento legatarii.*
14 *Conditio testiũ hic requisita quo tempore sit spectãda.*
15 *In testatione & declaratione volũtatis testatoris quæ exigantur.*
16 *In subscriptione & consignatione testamenti quæ exigantur.*
17 *Solemnia testamenti an vno contextu sint peragenda, & quando remittantur in contagione.*
18 *Actus extraneus an & quando vitiet testamentum.*
19 *Solemnia testamenti quæ sint, & quare sic dicantur.*

1 PRæscribitur hac l. diligenter forma priuati testamenti faciendi. Sed priuati dixi. Ceterũ † in vniuersum si rationem testamenti rite faciendi tenere volumus, ea duplex est. Licet enim iure testamentum ita facere, vt aut publicum sit, aut priuatum. Publi-
2 cum dicimus, † cuius fides est publica sine vllis testibus, vt monimenta publica dicuntur, *l. in donat. infr.*
3 *de donat.* Priuatum cuius † fides posita est in priuatis
4 testibus. Publicũ † fit duobus modis, aut testamento precibus inserto, & precibus principi oblatis: aut testamento actis cuiusuis iudicis insinuato: de quib. speciebus comprehensum est, *l. omnium, supr. h.* vbi
5 dictum. Priuatum † est testamẽtum, quod nihil istorum habet, sed fit testibus priuatis adhibitis. Id genus testamenti eam obseruationem desiderat, quæ hac constitutione præscripta est.

6 Ea obseruatio † duplex est, vti ratio declarandæ volũtatis supremæ duplex. Permissum est enim iure, voluntatẽ declarare aut scripto aliquo, aut per nuncupationem sine vlla scriptura, *§. vlt. Inst. de testa. ord.* Aliud testamẽtum scriptum desiderat: aliud id quod fit per nuncupationem, quę genera ordine persequitur hæc constitutio. De scripto agitur in princ. de eo, quod fit per nuncupationem, agitur *in §. per nuncupa.* His adiicitur hæc sententia, si quid eorum desit, quæ hac constitutione comprehensa sunt, imperfectum testamentum esse, cuius testamenti, quæ sit vis, declaratur *in §. ex imperfecto, & §. si quis autem.* Hæc summa est huius constitutionis.

Quæ † in testamento scripto obseruanda sint, vt 7
facilius intelligatur, eius obseruationis partes notandæ sunt, & expendendæ. Sunt autẽ tres summæ partes huius obseruationis, & tres quasi quidam actus. Prima pars posita est in testibus necessariis adhibendis: altera in voluntate coram his declaranda: tertia, in testium subscriptione & obsignatione, quæ ita adhiberi oportet, vt & testatio testatoris, & subscriptio testium, & obsignatio fieri debeat vno contextu actionis. Prima † pars, vt dictum est, est *in testibus neces-* 8
*sariis adhibendis.* In ea 1. exigitur, vt rogentur testes, quos ad testamentum testes esse volumus, vt expressum est in hac constitutione in pr. Quod ideo h. cauetur, quia alioqui etiam nõ rogati testes recte fidem faciunt *l. ad fidem. D. de testib.* Rogati † intelliguntur 9
etiam, qui primo ad alium actũ rogati: deinde cum in eodem loco manerẽt admoniti sunt, se iterum ad testamentũ adhiberi, *l. here. §. in test. D. qui test. fac. poss.*

Testes necessarios adhiberi oportet. Necessarii intelliguntur & numero & conditione. Numero septem esse debent, vt expressum est *hac constit. in pr. & §. sed cum paulatim, Instit. eo.* Qui † numerus ideo exi- 10
gitur a veteribus, vt occurreretur periculo falsi, quod præcipue imminere solet in testamẽtis alienis cõfingẽdis, vt testis est Iustin. *in l. vlt. §. cum enim. j. de fideicom.* De conditione testium comprehensum est hac l. iis verbis, *vt ciues Romanos puberes esse oportet*, vt si verba hæc sequimur, consequens sit eum, qui adhibuerit ciues Romanos puberes, recte testari, quod secus esse constat ex §. *testes, Inst. eo. de test. ord.* Quare hic locus paulo pluribus indiget, vt sciamus † qua- 11
les testes adhiberi oporteat. De eo igitur sic statuendum est, omnes idoneos esse testes, qui esse non prohibentur, *l. 1. §. 1. D. de testib.*

Prohibentur alii natura, alii lege. Natura, qui etiamsi velint, tamen testimonium præbere non possunt. Huius generis sunt, qui aut nõ intelligunt quod agitur, vel morbo animi, vel ætate impediti, quo in numero sunt furiosus, mente captus, prodigus, impubes, aut qui ea quæ geruntur sensu percipere non possunt, non videre, vt cœci, non audire vt surdi: aut qui ea quæ perceperunt eloqui non possunt, vt muti, de quibus comprehensum est *in §. testes, Instit. eod.* Omissus est illic cœcus, sed hic satis excluditur, eo quod exigitur a testibus, vt subscribant, in qua subscriptione continetur, quis & cuius testamentũ subscripserit, vt suo loco dicetur, quæ cœcus pstare non potest. De impubere & furioso est & *in l. qui testa. in pr. & §. nec furiosus quidem. D. qui test. fac.*

Eorum qui prohibentur lege testes esse, quidam prohibentur in totum ipsa conditione personæ; quidam in quibusdam tantũ testamentis, idq; ob priuatas caussas in id testamentũ incidentes. Remouentur in totum, partim qui ciues Romani non sunt, partim etiam qui sunt. Omnes qui ciues Romani non sunt, testes esse non possunt, neq; in testamentis, neq; in aliis rebus, quia iuris ciuilis cõmunionem nõ habent. Eorum duo sunt genera, vnũ seruorum, alterum deportatorum. Serui ciues Romani non sunt, quia omnes ciues Romani liberi sunt, *§. vlt. in fin. Instit. de libert.* Ob hanc caussam seruus remouetur, ne sit in testamento testis, *d. §. testes, Inst. h. l. qui testamento, §. seruus, D. h.* Quod tamen ita temperatũ est constitutionibus, nisi seruus eo tempore quo testamẽtum fit, omniũ consensu habeatur liber, *§. cum aliquis, Inst. h. & l. 1. j. h.* De deportatis nihil aperte cautũ legimus, sed

satis remouentur verbis huius constitutionis, cum
iubentur testes esse ciues Romani. Nam deportati
ex numero ciuium Romanorum exterminantur de-
portatione, §. *cum autem, Instit. quib. mod. ius pat. pot.*
§. *minor, Instit. de cap. demin. l. 2. D. de pœn.*

Sed & inter ciues Romanos quidam in totum
prohibentur testes ad testamẽtum adhiberi. Eorum
tres sunt ordines: Primus ordo est fœminarum: mu-
lier ad testamentum adhiberi prohibetur, ceteris in
rebus omnibus testis esse potest, *dict. l. qui testa. §. mu-
lier. D. h. d. §. testes, Inst. h.* Quod apparet proprio iu-
re constitutum esse in testamẽtis, ad eam cautionem,
quam aduersus periculum falsi exigi supra dictum.
II. Ordo est corũ, qui iudicio publico damnati sunt,
& testes iudicio esse prohibentur, *d. l. qui testamen. §.
eum qui lege, D. h.* vbi in Pandectis Florentinis, ita le-
gitur: *Eum qui lege repetundarum damnatus est ad te-
stamentum adhiberi posse.* Existimo legendum esse o-
mnium consensu, *Non.* Quia ratio illic subiecta non
potest conuenire, nisi orationi negatiuę. Et præterea
hunc adhiberi non posse, diserte scriptum est, *in l. re-
petundarum, D. de testib.* Tertius ordo est eorum, qui
iubentur lege esse intestabiles, de quibus cautũ est *in
Instit. d. §. testes, h.* In hoc numero est is, qui ob car-
men famosum damnatus est, *l. is cui lege, §. vlt. D. qui
test. fac. l. ob carmen, D. de test.* In eodem numero re-
fertur a Theophilo is, qui cum ad testamentum ad-
hibitus esset testis, postea signa sua recognoscere vel-
let, *d. §. testes, Instit. h.* Sed hoc an ita sit, fides penes
auctorem erit. Nam de eo in libris nostris nihil scri-
ptum legimus.

Sunt etiam, vt dixi, qui conditione personæ alio-
qui idonei testes in quibusdam testamentis ob pri-
uatas caussas remouentur. Priuatæ hæ caussæ, duæ
sunt: Primum potestas inter testatorem & testem
constituta, deinde etiam negotium testamenti, quod
inter testatorem & testem geritur. Propter potesta-
12 tem non est idoneus testis † in testamento patris, fi-
liusfamilias. §. *in testibus, Instit. hic. l. qui testamento, in
pr. D. h.* Quod si filius sit emancipatus, placet hunc
recte testem adhiberi, vt colligitur liquido *ex d. l. qui
testamento, D. h.* Non obstat, quod dicitur *in l. testibus,
D. de testib.* Testem idoneum non esse filium patri,
aut patrem filio: Nam cum filius adhibetur testis in
testamento patris, reuera non est testis patri, sed he-
redi & iis, qui ex testamento aliquid capiũt, ad quos
commodum testamenti proprie pertinet. Sed nec
econuerso ob eã caussam, si filiusfamilias miles post
missionem testamentum facit, de peculio castrensi
& quasi castrensi, vt facere potest intra annum, ei te-
stamento pater adhiberi potest, *dict. §. in testibus. In-
stitut. h.*

Quod si ante missionẽ filius testatur, impune ad-
hibetur testis pater, ob priuilegium militum. Idque
est quod significatur *in d. l. qui testam. §. per cõtrarium,
D. h.* Cur ergo prohibetur hoc testimonium? Ratio
hæc redditur *ex §. in testibus*, quia reprobatum est in
hac re domesticum testimonium. Domesticum hic
accipere non debemus domestici testimonium, quia
constat patrem filio domesticum non esse, de cuius
testimonio illic agitur. Sed domesticũ testimonium
illic dicitur testimonium eorum, qui sunt ex eadem
domo, id est, familia, quorum vnus est in alterius po-
testate. Quod testimonium ideo prohibitum est,
non quia habet aliquam suspicionem, alioqui etiam
emancipati filii testimonium prohiberetur, sed quia
pater & filius, qui in eius potestate est, eadem per-
na esse intelliguntur *l. in fin. de impub. & aliis subst.*
Oportet autem alium esse testatorem, alium testem.

Negotium quod inter testatorem & testem geri-
tur non omne remouet testem a testimonio, sed ne-
gotium testamenti quod inter eos geritur. Id autem
geri intelligitur inter testatorem & heredem, quia
heres hereditatem accipit, & per hanc succedit in lo-
cum & ius omne defuncti. Non autem geritur inter
testatorem & legatarios, qui iuris successores non
sunt. Ob hanc caussam prohibetur heres† testis esse, 13
in testamento legatarii non item, §. *sed neque heres, &
§. legatariis Instit. h.* Et quoniam prohibetur heres
testis esse, ideo prohibentur omnes, qui sunt in eius
potestate, *d. §. sed neque.* Quoniam qui in potestate al-
terius est, eadem persona esse existimatur, *d. l. vlt. in fi.
infr. de impub.*

Sed quomodo legatarii admittuntur ad testimo-
nium in testamento, cum regula iuris sit: Nullum
idoneum testem esse in re sua, *l. nullus, D. de test.* Re-
spond. Primum legatarii res non agitur principaliter
in testamento, sed heredis tantum, & si heres here-
ditatem non adierit, ex testamento nihil debebitur,
*l. eam quam. infr. de fideicom.* Id autem spectare sole-
mus, quod fit principaliter, nõ autem quod per con-
sequentiam, *l. 1. D. de auct. tut.* Deinde cum septem te-
stes adhibentur in testamento, facile numerus te-
stium ab omni suspicione vindicat testimonium
legatarii, accedentibus præsertim reliquis obserua-
tionibus.

Atque hæc † conditio est testium, de qua hoc no- 14
tandum est: Cum de ea quæretur, hanc spectandam
esse, quo tempore fit testamentum, *l. ad test. §. condi-
tionem, D. qui test. fac. poss.* Proinde si quis eo tempore
non est idoneus testis, nihil proderit testamento, si
postea idoneus esse cœperit. Et contra, si eo tempore
fuit idoneus, puta sanæ mentis & liber, conditionem
eius postea mutatam esse, testamento nihil nocet,
*d. l. ad testium.* Sed hoc loco exsistit dubitatio. Nam
cum tam multi prohibentur testes esse, quemadmo-
dum multos prohiberi diximus *ex §. testes. & §§. seqq.
in Instit. h.* necesse est videri eam omnem enumera-
tionem contrariam esse huic legi, in qua iidem testes
non remoueantur. Nã ex hac lege satis est testamen-
tum factum esse septem testibus adhibitis præsenti-
bus ciuibus Romanis puberibus, quod negatur *in
dd. §§.* cum alii tam multi testes esse prohibeantur,
qui verbis huius legis non remouentur. Cum enim
dicimus, aliquos testes prohiberi a testimonio, hoc
dicimus, si adhibiti sint, testamentum non valere, di-
cendum est, nisi iidem quoque testes remoueantur
hac lege, superiora huic legi esse contraria. Sed qui
aliis locis testes remouentur nominatim, hi prohi-
bentur hac lege tacite & per interpretationem, quæ
ex his non difficile colligitur.

Nam hi, quos natura testes esse non posse dictum,
satis remouentur iis verbis legis quib. iubetur, vt te-
stator testetur testibus septẽ præsentibus: nam nemo
eorum qui non percipiunt ꝙ geritur, satis recte præ-
sens dici potest, *l. coram, & l. apud vlt. D. de verb. sign.*
Qui ciues Romani non sunt, aperte excluduntur iis
verbis quibus exiguntur ciues Romani. Iisdem ver-
bis excluditur & mulier. Nam ciues Romani appel-
lantur hic masculino genere, idque ἐμφατικῶς, vt non
contineantur fœminæ. Qui autem prohibentur a-
liis legibus testimonium dicere, ii excluduntur ver-
bo testium,

ro testiũ, quos hæc lex vult adhiberi. Ad extremum filius qui in potestate est testatoris, itemque heres in testamento scriptus, satis excluduntur verbis huius legis, quibus lex iubet testatorem testari septem testibus præsentibus. His enim verbis vult alium esse testatorẽ, alium testem. Proinde in numero testium vetat testatorem esse, quo cõstituto excluditur filiusfamilias testatoris. Nam hic personam testatoris habet, vt sup. dictum. Excluditur etiam heres, quia hic quodammodo testator est. Negotium enim testamenti non tantum ab testatore est, sed etiam ab herede tanquam altero testatore. Sic fit vt nihil ex aliis locis contrariũ sit in hac parte huic constitutioni, & simul appareat, hanc constitutionẽ dilucide & breuiter scriptam esse, quæ maxima legislatoris laus est.

Testibus necessariis adhibitis, secũda pars eorum, quæ obseruari debent in testamento faciendo, est in testatione & declaratione voluntatis testatoris. In
15 hac testatione † non exigitur, vt testator coram testibus dicat quæ fieri vult, post mortem suam, puta vt heredẽ palam nominet, & ea quæ præstari vult. Nihil horum testes scire necesse est, sed voluntate prius scripto comprehensa, satis est testatorem eam scripturam proferre etiam clausam & inuolutam, deq; ea testificabitur *h. l. in pr. & vers. quo facto.* In hac scriptura, quoniam ab aliquo scriptam esse oportet, vt aliquando notandum est, nihil interesse a quo scripta sit, vtrum a testatore, vel ab alio quouis etiam seruo, *h. l. in pr. & l. seruus, D. h.* Iustinianus noua postea constitutione exegerat, vt saltem nomen heredis scriberetur a testatore, aut ita nuncuparetur palam, vt scriberetur a testibus *l. iubemus, infr. h.* Sed postea & hoc Nouella constitutione repudiauit, & ad ius hoc antiquũ rediit, *Auth. sed non obseruato, j. h.* Ne hoc quidem interest, quando materia scripta sit a testatore, vtrum inspicientibus testib. an multo ante tempore, puta 10. annis. cum non sit necesse testes scire, quæ in testamento contineantur *h. leg. vers. in omnibus.*

Hanc scripturam tenens testator, aut alioqui demonstrans, dicet præsentibus testibus hoc suum testamentum esse quod offertur, & simul fidei caussa ei testes subscribant si nouerint literas, si non nouerint adhibeatur octauus testis qui subscribat, *h. l. in pr. primi respons. & vers. quod si literas.* Subscriptio continebit, cuius sit testimonium, *arg. in l. pen. D. qui test. fac. poss.* Sed necessitatem huius subscriptionis remisit Iustinianus hac conditione, si testator manu totum testamentum scripserit, & subscripserit, sua manu scriptum esse *l. cum antiquitas, §. vlt. infr. h.* Hoc ita gesto peteret testator a testibus, vt ipsi testimonium præbere velint, id est, vt loquitur h. constitutio, scripturam illis offeret signandam & subscribendam, *h. in pr.*

Hoc loco monendi sumus, etsi exigitur, vt fiat hęc testatio testibus præsentibus, non tamen exigi a testibus, vt sermonem testatoris in eo intelligant, & latino homine testamentum faciente, si Græcus testis adhibitus sit qui latine nesciat, nihilominus testatio peragetur, dũmodo testis sensu pcipiat, cui rei sit adhibitus, *l. qui testamẽto, §. vlt. D. h.* Sed qui potest sensu percipere quid agatur, qui sermonẽ testatoris non intelligit? Resp. facile percipiet hoc modo, si admonitus initio se adhiberi ad testamentum, postea videat testatorem tabulas tenentem, iis subscribentẽ, deinde offerentem septem personis præsentibus, easque subscribentes & subsignantes, quæ omnia sunt propria testamenti. Sed huic occurritur *ex l. heredis, §. in testamentis, D. h.* vbi definitur ita, rogatos videri testes ad testamentũ, si certiorentur se ad testamentũ adhibitos. Non possunt huius rei certiores fieri, nisi qui moniti intelligant quid dicatur. Porro omnes testes in testamento rogare oportet. Respondeo: Nõ sunt hæc contraria. Fatendum est eos rogandos esse initio, & eo sermone, vt intelligant se ad testamentum adhiberi. Sed cum hoc factũ erit, & testimonii præbendi caussa conuenerint, dicimus non esse necesse testationem testatoris ab illis intelligi, ex verbis scilicet testatoris, sed sufficere, si sensu percipiant quid agatur, eo modo, quo dixi.

Restat tertia pars posita in testimonio testium. Ea hæc continet, vt testes oblatam scripturam a testatore vti rogati sunt, ita subscribãt & cõsignent, *h. l. vers. quo facto. & vers. in omnib. circ. fin.* Subscriptio † hoc 16
continet, vt proprio chirographo, id est, propria scriptura annotet, quis huius testamentum obsignauit, *l. pen. D. h.* Subsignare autem debent annulo, qui habet characterem, & breuiter annulo signatorio, placetque Romanis testes alia materia, alia re signare non potuisse, quamuis aliis rebus homines signare possint & soleant, non minus commode hoc *in l. ad testium, §. pen. D. h. qui test. fac. poss.* Sed dummodo testamentum obsignetur, quid ad rem materia pertinet qua testamentum signetur? Respondeo: Nihil in hac re secuti sunt veteres, nisi quod Romani annulis ad signandum vti solebant, in eo morem vsitatum seruari volunt, propterea, quod in rebus nouis instituendis semper aliqua inest falsi suspicio, in vsitatis nulla. Falsi autem suspicionem penitus a testamento abesse voluerunt.

Quo annulo signent testes testamentum, nihil refert, etiam alieno, atq; adeo testatoris annulo signare possunt, *§. possunt. Instit. eod. l. ad testium. §. si ab aliquo. D. h.* Neque in hac re metuendum est, ne quid falsi admittatur propter confusionem signorũ, cum possit fieri, vt vnus possit imprimere 7. signa. Nam subscriptio singulorum testium adiecta, singulorum signa distinguit & discernit. Vt enim, vt dictum, singuli subscribunt cuius testamentum signarint, & singulorum subscriptio singulis signis subiicitur, vt declaratur *dict. l. pen. D. h.* sic hæc duo coniunctim exiguntur subscriptio & obsignatio testiũ, vt si vnus subscripserit, perinde habeatur quasi testis adhibitus non esset, id est, sit testamentum pro infecto, *h. l. vers. in omnibus, illic non subscriptum autem, l. ad testium, §. si quis ex testibus. D. h.*

Adeo autem signa testium, ad vim testamenti sunt necessaria, vt quamuis hęc ab initio recte posita sint, si tamen postea turbata sint a testatore, testamentum pro infecto habeatur, quasi nec ab initio signatum, *l. ad testium. §. si signa, D. h.* Dicũtur autem signa tunc turbata, cum aut cõuelluntur, aut deletur character, aut denique aliquo modo efficitur, vt dignosci non possit. Vtrum autem aliquid non sit, aut non appareat, nihil interest. Multo igitur magis & tunc rescindetur testamentum, cum testator resignauerit. Est enim resignare testamentum signis amotis aperire vt recognoscas, *l. si testament. D. h.* Placet tamen hoc casu, vt ibidem scriptum, cum testamentum semel resignatum iterũ obsignetur, ab iisdem testibus, sine vlla subscriptione testamentum valebit.

At enim prius & subscriptionẽ & obsignationem requirebamus. Respond. Satis videntur subscribere testes, cũ priores subscriptiones recognoscũt & pro-

bant exemplo militis. Nam si testamentum ante militiam factum, miles factus probet, tunc testamentum fecisse iure militari intelligitur, cum probarit, *l. Titius, in fin. D. de milit. testam.*

Sed in iis etiam hæc cautio est, vt & contestatio testatoris, de qua in secunda parte comprehensum est, & hæ subscriptiones & obsignationes testiũ, de quibus modo dictum, hæc, inquam, omnia fiant simul eodemque tempore, vt est *in vers. in omnibus, cir. fin.* Simul hæc peragẽda sunt, id est, omnib. testibus præsentibus His aũt verbis hoc continetur, quod est *in l. qui testamẽto, §. vlt. D. h.* Nempe omnes testes durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Hic exceptum est, nisi casus aliquis, & contagio testem occuparit, propter quam fiat, ne ceteri testes eius contagione infici velint. Hoc casu coniunctio testium remissa est, vt licet is, qui in eum morbum incidit, subducatur, vel ceteri secedant, nihilominus tamen testamentum recte peragatur.

Et hæc est sententia *l. casus supr. h.* Quo loco notandum est, propter hunc casum contagionis solum remitti coniunctioné testium, ne sit necesse omnes simul eodem loco manere. Cetera autem solemnia non remitti, vt illic scriptum est. Vnde intelligimus testem, qui ita in morbum incidit, non prius subduci posse, quam cõtestationem testatoris audiuerit, & ea audita testamentum obsignarit & subscripserit.

Præterea superiora peragi debent eodem tempore. Id autem est, quod dicitur *in l. heredes, §. vltim. D. h.* Solemnia peragi debere vno cõtextu actus, siue actionis. Atq; illic definitur, rem geri vno contextu, cum nullus extraneus actus intermiscetur, & adiicitur, extraneum eum videri, qui ad testamentum non pertinet, etiamsi sit breuissimus. Ad testamentum pertinere actus extraneus intelligitur, qui ad declarandam aut confirmandam voluntatem spectat, vt si memoriæ caussa quærantur a testatore codicilli, in quibus scriptum sit, de quo se admoneri velit, aut si desit atramentum aut calami ad scribendum, vel signa, aut cera ad obsignandum, & hæc per aliquod interuallum requirantur & parentur, qui eiusmodi actus est, is non extraneus intelligitur. Et quamuis breuis sit, placebat veteribus hunc interrumpere testamentum, quamuis quæ deerant postea secuta essent adhibitis iisdem testibus subscribentibus & obsignantibus.

18 Sed hoc posterius temperatum est † constitutione Iustiniani *in l. antiquitas, infr. h.* qua cauet, ne extraneus actus noceret testamento, si duo cõcurrant. I. Si necessitas valetudinis aut naturæ eum actum expresserit. II. Si sit is actus, quem constat natura breuem esse, veluti si cibus necessarius, aut potio & medicamentum præbeatur ægroto, aut si venter exoneretur, & quæ sunt similia. Quod si testator in morbum aliquem inciderit, qui actionem interrumperet, placuit testamentum pro infecto esse, etiamsi testator vna cum iisdem testibus ad reliqua testamenti peragenda redierit. Nec intererit, quantus morbus, longus, an breuis: nam etiamsi breuis fuerit, tamen eum talem futurum natura non constabat. His ita peractis, finis est & consummatio testamenti, vt h. l. scriptum est, *vers. in omnibus, illic, finem autem.*

Atque hæc omnis obseruatio est vsitata & solemnis, vnde & quæ in hac obseruatione continentur, dicuntur vsitato verbo, Solemnia † testamenti, quasi
19 solita fieri & obseruari iure communi & publico, *leg. qui testam. §. Seruus, §. vlt. D. h. l. 1. D. de iniust. rupt.* Sed hæc necessitate exigente quibusdã in testamentis aucta sunt, in quibusdam relaxata. Aucta sunt hæc in testamento cœci, *l. hac consultiss. supr. prox. tit.* vbi exigitur præter scripturam testamenti, vt cœcus palam nuncupet voluntaté suam coram testibus: præter septem testes, exigitur octauus, qui dictante cœco excipiat testamentum, & iis quidem ex testibus nõ quiuis, sed tabellarius, si sit in iis locis eius copia.

Eadem relaxata sunt tribus in generib. testamentorum. I. In testamento rusticanorum: deinde in testamento parentum, quod fit inter liberos: tum in testamento posteriore, in quo quidem heredes, qui priori testamento scripti erant, & ab intestato succedere poterant, heredes instituti sunt. De testamento rusticanorum constitutum est *in l. vlt. infr. h.* Qua constitutione in summa remisit Iustinianus numerum testium rusticis & subscriptiones; sed vtrumque certa cõditione. Numerum, vt quinq; saltem testes adhibeantur, si plures in eo loco, in quo testamẽtum fit, facile reperiri nõ possint. Subscriptiones: si testes literarum periti, eo loco non reperiantur, hoc accedere voluit, vt iis casib. duobus, rusticus palam enuntiaret voluntatem suam coram testibus. De testamento parentum inter liberos sequitur *in hac l. ex §. ex imperfecto*, vbi testamenti genus exponetur. De posteriore testamento comprehensum est *in d. l. §. si quis autem.* Quartum genus adiicere possumus, quo relinquitur aliquid ad pias caussas, genus simile illi, quo pater testatur inter liberos.

*Ad §. Ex imperfecto.*

*Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus vtriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis accrescere.*

SVMMARIA.

1 *Imperfectum testamentum nullius esse momenti: nisi quod parentes inter liberos fecerunt: & quomodo quibusue testibus parentis esse testamẽtum probetur.*
2 *Imperfectum testamentum duplex.*
3 *Testamentum imperfectum parentum an valere debeat inter liberos.*
4 *Et qui verbo parentum comprehendantur.*
5 *Pater non potest testamento imperfecto liberis tutorem dare.*

HIc statuitur ea sententia, quæ supra multis modis confirmata est: Imperfectum testamentum, id est, † cui aliquid ex solemnibus superiorib. deest, 1 nullius momenti esse. Huc pertinet *l. 3. l. si l. testandi, supr.* Excipitur hic testamentum imperfectum, quod parentes inter liberos fecerunt, id valere placet. Sed *inter liberos* dixi, in quo quærẽdum est, quale testamentum hic valeat, quorum, inter quos & quatenus valeat. Placet valere imperfectum testamentum. Id hoc loco imperfectum dici constat ex præcedentibus; in quo solemnia iuris defuerunt. Proinde siue subscriptiones, siue subsignationes desint testium, siue iustus numerus, siue hæc omnia simul, nihilominus tamen testamẽtum valere. Quod sic accipiendum est, dummodo prius constet testamentum

mentum parentis esse, quod ita constabit, si probetur legitimis probationibus, vt de militis testamento responsum est. *l. Lucius, D. de milit. test.* Idque ex regula iuris certi, qua efficitur vnumquemq; quod dicit, probare debere, actore auté non probante reum absolui, *leg. 2. D. de probat. leg. qui accusare, supr. de edend.*

Legitimæ probationes in hac re sunt instrumenta & testes, *l. in exercendis, ꝭ. de fid. instrum.* Ergo sola scriptura parentis de diuisione bonorum inter liberos sufficit, si modo constet esse scriptum patris, & præterea voluisse patrem in ea voluntate decedere, de quibus si erit controuersia, testibus rem probare oportet, qui fidem facient etiam sine vlla scriptura. Si quæritur quot testibus ad eam rem sit opus, vtemur in eo regula iuris: Vbi numerus testium non adiicitur, duos sufficere, *l. vbi numerus, D. de testibus.* Inter hos etiam mulier recte admittetur. Nam quod dicitur mulierem ad testamentum adhiberi testem non posse, *l. qui testamento, §. mulier, D. h.* de iis testamentis dicitur, quæ ex solemnibus iuris peragenda sunt. Nam inter solemnia testamenti numerandum est, ꝙ mulier a testamento remouetur, *§. testes instο, §. sed cum paulatim, Inst. h.* In testamento autem imperfecto de quo hic, solemnia iuris non spectantur, & extra solemnia recte adhibetur testis mulier, in negotiis omnibus, *d. l. qui testamento, §. mulier.*

Sed an omne imperfectum testamentum valebit
2 ex hac constitutione? Nam imperfectum † duplex est, quoddam imperfectum est a solemnibus, in quo solemnia testamentorũ defuerunt, de quo hic præcipue: Quoddam imperfectum est a voluntate, cum testator voluntatem quam instituerat testari nõ perfecit, vt cum is volebat tres heredes instituere, quibusdam institutis obmutuit, *l. si is qui testament. D. h.* Hoc posterius genus constat itidé, vt prius iure com-
3 muni valere, *d. l. si is qui testamen. D. h.* Hoc † quærimus, an si sit testamentum patris, valere debeat inter liberos? Nam hæc constitutio generale scriptum est de omni testamẽto imperfecto. Distinguemus: Nam si heredes a testatore omissi extranei fuerint, nihilominus testamentum valebit inter liberos institutos. Quoniam etsi extranei isti scripti essent, tamen pro non scriptis haberentur ex hoc §. Proinde nõ exspectabimus vt instituantur, non enim nocet factũ non esse, quod si factum esset, nihil prodesset, *l. si quis ita scripserit, D. de hered. instit.* Quod si parens ex liberis quos instituere volebat, quosdam omisit voce interclusa, testamentum re inter eos quidem qui instituti sunt valebit, sed non in solidum, idcirco quia parens noluit; non enim voluit institutos solos esse heredes, quod tamen futurum erit si testamentum valere dixerimus.

Non aduersatur hæc constitutio. Obseruandum est enim non dici imperfectum testamentum valere inter liberos, sed diu ex imperfecto testamento valere voluntaté. Quo verbo efficitur, si quid parens voluit, id seruandum esse propter voluntaté. Sed quodcunq; testamentum parentum imperfectum erit, id valebit cum ea exceptione, quę traditur *in Auth. quod sine, ꝭ.* Testamentum imperfectum valet, sed parentum dixi. Valet autem parentum omnium: Proinde non tantum patris, sed etiam matris & omniũ ascen-
4 dentium parẽtum † verbo qui cõtinentur, *l. 4. & seq. D. de in ius voc. l. necessitates, §. parentes. D. de grad. affin.* Ergo & qui in potestate parentis non sunt liberis recte imperfecto testamẽto hic relinquitur, nam constat matres liberos in potestate non habere, *§. fœmina, Inst. de adopt.* Ergo & naturales & vulgo quæsitos mater recte instituit testamento imperfecto, nam & mulier parens est, & hi in numero liberorum, *d. l. 4. in fin. & l. seq. de in ius voc. §. nouissime, Inst. de senatusconsult. Orfit.*

Hoc testamẽtum valet, sed inter liberos dixi: His verbis duo excludunt. Primo tutores, hoc testamẽto dati; iure publico pater recte testamento tutoré dat liberis, quos in potestate habet, *l. 1. D. de testat. tut. leg. verbis legis, de verb. sig.* Sed † imperfecto testamento 5 frustra dederit, *l. qui a patre, D. de confir. tut. l. impuberes. D. de administ. tut.* Hoc ius cum ante hanc constitutionem valuerat, non modo nõ mutatur hac constitutione, sed statuitur maxime. Nam hac constitutione non admittitur voluntas patris, nisi inter liberos. Tutoris autem datio, non constituitur inter liberos solum, sed inter liberos & tutorem. Excluduntur præterea hi, quib. aliquid imperfecto testamento relictum est, quod hic expressum est. Nihil aduersus hanc parté facit *l. peto, §. mater, D. de legat. 2.* Nam illic mater quidem testamento liberos heredes instituit, extraneo fideicommissum relinquit, & fideicommissum valet, sed ideo quia testamentum matris perfectum erat. Nec obstat quod illic dicitur tutor inutiliter datus esse, qui eo testamento a matre datus esset, non enim ideo tutoris datio illi inutilis est, quia testamentum imperfectum esset matris, sed quia mater liberis quos in potestate non habet tutores testamento dare non potest, *l. 1. D. de confir. tut.* Sed tamen & hæc pars excipienda est, cum exceptione, quę traditur *in Auth. seq. quod sint.* Ad extremum imperfectum testamentum inter liberos eam habet vim, vt alio testamento confirmari non possit, nisi ea interuenerint, de quibus cauetur *in Auth. hoc inter, infr.*

*Ad Auth. Quod sine.*

*Quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarũ consequentia declaret & tempus, & liberorũ nomina, item & vnciarum numerum, seu signa rerum specialium: In quo & aliis legari, & fideicommitti, & libertas relinqui potest.*

SVMMARIA.

1 *Constitutio huius legis, an vt generaliter scripta, generaliter accipi debeat, vt non aliter ratum sit testamentum imperfectum inter liberos, quã si, de quibus hic cautum, ea obseruarit.*

2 *Testamento parentis inter liberos imperfecto scripto an tutoris datio valeat exemplo legatorum.*

VT superioris constitutionis de imperfecto testamento duæ sunt partes, ita totidem sunt in hac constitutione noua exceptiones, singulæ ad singulas partes superiores pertinentes. Priore parte hoc cauebatur, testamentum imperfectũ sine exceptione valere inter liberos. Id Iustinianus ita temperat, nisi testator voluntaté scripto declaret. Nã in testamento scripto Iustinianus hæc exigit quatuor, sine quib. testamentum non valebit. Primũ vult exprimi tempus, quo testamentũ scriptum est. Deinde vult exprimi vncias & res quas velit inter liberos distributas. Tertio hæc exprimat plenis literis nõ vacuis. Postremo ipsum testatorem hęc omnia manu sua scribere vult, sed nullã conditioné adiicit, si parens velit testamentum scribere, sed generaliter cauet, vt hęc faciat.

Eodemque modo constitutio concepta est *in Nouel. de test. imperf. §. 1.* vnde hoc fragmentum scriptum est.

1 Hinc merito dubitatum est, † an vt cōstitutio generaliter scripta, ita generaliter accipi debeat, vt non aliter ratum sit testamentum imperfectum inter liberos, quam si ea obseruauit, de quibus hic cautum est, siue testamentum scripto complecti velit, siue nuncupare. Nō temere est, quod quidam verba existimarunt ita generaliter in constitutione esse accipienda, quādoquidem ita scripta est. Sed probo sententiam communem eorum, qui putant constitutionem hanc Iustiniani solum accipiendam esse de his parentibus, qui scripto testari velint inter liberos, vt ab iis videlicet in eo scripto hæc necessitas exigatur, de qua h. Quod facile colligitur ex præfatione, qua vsus est Iustinian. *in d. Nouell. de test. imperf.* Nam illic diserte profitetur se in veteribus legibus, quæ sunt de imperfecto testamento parentis, qualis est *l. vlt. sup. fam. ercis.* quam præcipue notat, se inquam in illo reprehēdere, quod scripturas quasuis admiserit, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non esset.

Eam igitur incertitudinem Iustinianus improbauit, ac proinde ad eam incertitudinem solum, suam constitutionem retulit, *arg. l. Titius, §. 1. D. de verb. oblig.* Proinde extra hanc incertitudinem valere voluit Iustinianus quicquid prioribus legibus constitutum est. Necesse est enim manere, quod mutatū non est, *l. præcipimus, in fi. infr. de appell.* Solum autem in scriptura hæc incertitudo metuēda est, vbi res notis scribi possunt verba truncata esse, res partim ab testatore scripta, partim ab alio. Ea autem incertitudo in testamento nuncupatiuo metui non potest, vbi nullæ sunt notæ, sed voluntas lingua testatoris nuncupatur, non duo loquuntur, sed vnus testator, non dimidiata verba sunt, sed plena voluntas pronuntiatur, Quare in ea voluntate nihil mutauit.

Altera parte superioris constitutionis cauetur, si quid relinquatur extraneis personis, id non deberi, sed liberis accrescere. Hoc quoq; ita temperauit Iustinianus, nisi legata, aut fideicōmissa, aut libertates relictæ essent testamēto ita scripto, vt supra comprehēsum est. Hinc quæri potest, an † testamēto ita scripto etiam tutoris datio valeat exemplo legatorum?

2 Quod existimari potest, nā vt legata relinqui possunt testamento, sic & tutor a patre dari, *l. verbis legis, de verb. sig.* Dicendū est hæc pariter recte relinqui perfecto testamento, sed inter se non recte comparari, quoniam in legatis beneficium confertur in legatarium, in tutelæ datione oneratur tutor, beneficium auxilio & interpretatione iuuandum est, onus non item, *l. cum quidam, D. de lib. & posth.* Deinde omnib. legibus alterius conditionem meliorem facere possumus, deteriorem nō possumus, *l. soluendo, D. de neg. gest.* Proinde quod hic de legatis cautum est, ad tutelæ dationem transferri non debet.

## *Ad Auth. Hoc inter.*

*Hoc inter liberos testamentū ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret se nolle tale testamētum valere, & aliam disponat voluntatem vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.*

SVMMARIVM.

1 *Testamentum inter liberos quo pacto infirmetur & rumpatur.*

Testamentum inter liberos factum † alio testamento ab eodem parente facto, ita rumpitur, si duo concurrant, nempe si posterius perfectum erit, deinde testatus sit parens, se a priore testamento recedere velle, prius commune est cum omnibus testamentis postea factis, posterius est hic singulare: Nam iure publico posteriore testamento recte facto prius tollitur, etiamsi de priore mutando nihil adiectum sit in posteriore, *§. alio enim, Instit. quib. mod. test. infir. l. 1. 2. D. iniust. rupt.* Hæc de Imperfecto testamento parentis inter liberos facto, dicta sunt. Idem vna & eadem humanitatis regula admissum est, quæ ad pias caussas relicta sunt, de quo cautum est *in cap. communiones, & in c. relatum, extr. de testam.*

## *Ad §. Per nuncupationem.*

*Per nuncupationem quoque hoc est: sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (vt supra dictum est) simul vno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, vt testamentum sine scriptura facientis, audierint.*

SVMMARIA.

1 *Testamenti nuncupatiui ordinandi forma.*
2 *Testamentum nuncupatiuum in quibus conueniat cum testamento scripto, & in quibus ab eo differat.*
3 *Nuncupatio quæ continere debeat.*
4 *Nuncupare quid.*
5 *Palam quid significet hic & alias.*
6 *Testes in testamento nuncupatiuo an sermonem testatoris necessario intelligere oporteat.*
7 *Testes quare in testamento nuncupatiuo adhibeantur.*
8 *Testamenti nuncupatiui fides an corruat quibusdam testibus defunctis.*
9 *Nuncupatorium testamentū an conficere liceat aut probare per notarium, adhibitis duobus aut tribus testibus.*
10 *Instrumenta notariorum acta publica non sunt, & cur publica dicantur.*
*Acta & instrumnnta quid differant.*

Per nuncupationē etiam sine scriptura testamentum recte fit, vt initio etiam proposuimus. Est autem † hæc forma hac in re constituta, vt testator septem testibus adhibitis, talibus, quales supra descripsimus, coram iis voluntatem suam nūcupet palam, vt exaudiri possit, idq; eodem tempore & eodē contextu actionis, de quo hic cōprehensum est, & *§. vlt. Inst. eo.* In quo obseruandum est quædā hic esse vtriq; generi testamētorum communia, quędam discrepare. Communia sunt, vt testator testetur coram iis eodem tempore, eodemq; contextu, *vt h.* Quid autem hæc valeant supra satis exposuimus. Discrepat † autem nuncupatiuum testamentum a scripto duabus rebus, scriptura & nuncupatione. Scriptura, quia nuncupatiuum testamentum scripturam nō desiderat, vt iisdem locis supra dictum. Præterea si cœcus testamētum faciat, *vt in h. l. consultis prox. tit.* Nuncupatione, quia cum testamentum scribitur, nō necesse habet testator, voluntatem suam proferre coram testibus, vt sup. cautum est *in pr. h. constit.* At cum sine scripto testamentum fit, testator id omne, quod fieri vult post mortem suam, coram testibus nuncupare debet, *d. §. vlt. Instit. h.*

Nuncupatio † hæc habere debet, vt testator quod fieri vult nuncupet palam, & ita vt exaudiri queat a testibus, *l. heredes palam, D. qui test. fac. pos.* Nuncupare est

4 re † est lingua pronũtiare, vt indicat *l. si is qui testam. D. h.* vbi *heredes nuncupare, & heredes pronuntiare* pro eodem vsurpantur, declarat etiam lex 12. tabularum, quam refert Cicero *lib. 3. offic.* quæ iubebat a venditoribus ea præstari, quæ lingua essent nũcupata, id ꝙ ædiles in edictum suum transferentes, postea ita expresserunt, vt iuberẽt præstari, quæ dicta promissave
5 essent, *l. 1. D. de ædil. edict.* Palam † duo significat. Primo idem valet quod publice, vt cũ dicimus aliquem palam quæstum fecisse aut facere, *l. palam, D. de ritu nupt.* vt cum dicimus aliquid palam proscribendum esse, *in l. sed si pupillus, §. proscribere, D. de institor.* Secundo valet etiam idem, quod aperte & clare, vt exaudiri possit ab iis, qui adstãt, significatione ex priore ducta, cum illa fiant maxime aperta, quæ fiunt publice, ex quo illa sunt in edicto ædil. *Venditores qui vitii morbiue fecerint palam,* & recte *pronuntiando,* id est, clare, vt intelligantur, *recte,* id est, sine dolo malo.

Prior significatio huic loco non conuenit, agitur enim de testamento, quod fit intra priuatos parietes coram priuatis testibus, quibus satis est testamentum publicum fieri, vt loquitur *l. omnium, sup. h.* Bene igitur Vlp. *in d. l. heredes palam,* hic palam ait nõ significare propatulo. Restat igitur vt hoc exigi intelligamus, vt testamento voluntatem nuncupet clare & aperte. Exigitur vt id, quod nuncupat, exaudiatur a testibus, *vt h. & in d. l. heredes palam.* Quo verbo id exigi intel-
6 ligitur, vt etiam testes † sermonem testatoris intelligant. Frustra enim exauditio est, si auditum nõ intelligas. Et si quid nõ intelligitur fieri aliquibus præsentibus, quod nõ fit iis intelligentibus, *l. coram, de verb. sig.* multo minus aliquibus præsentibus & audientib. fieri intelligitur, si illis intelligentibus non fit.

7 Postremo videndũ est, quamobrem † testamento nuncupatiuo adhibeãtur testes. Adhibentur vt postea testimonium dicãt, quid audiuerint, quidve testator dixerit, hoc nisi prius intellexerunt, de eo testificari non possunt. Cur ergo hic laboramus? Quia *in l. qui testam. §. vlt. D. h.* est scriptum: *In testibus non exigere nos intelligentiam sermonis testatoris, si aliter intelligant se ad testamentum esse adhibitos.* Sed illud est de testibus, qui ad testamentum scriptũ adhibentur. Longe alia caussa est nuncupatiui. Nam in scripto voluntas vel nutus defuncti, non dependet ex testimonio testium, sed ex scriptura testamenti, qua continetur & declaratur eius voluntas, solum exigitur, vt ea scriptura confirmetur & voluntatis postea facit fidem. Confirmatur autem obsignatione & subscriptione testium, nõ autem sermonis peritia, cum non sit necesse testes ea scire, quæ sint in testamento scripta. At nuncupatiuum, quoniam scripturam non habet, necesse est probare testibus, qui dicant quid testator se fieri velle dixerit.

8 Sed si fides † nuncupatiui testamenti posita est in testimonio testium, quid fiet, si quidam ex testibus postea decesserit, aut aliqui serui facti sint, aut etiam furere cœperint, vt iam non possint testes esse? Resp. Testamentum vim suam habebit, non quia ius deficiat, sed quia deficiat probatio. Valuit enim & valet, sed non probatum, iuxta *leg. duo sunt, D. de testam. tut.* Hinc apparet periculose nos hoc modo testari vt solum coram testibus voluntatẽ nuncupemus, vt conseruetur memoria & fides testamenti.

9 Inde quęsitum est: Liceretne † nuncupatiuũ conficere aut probare per notarium, adhibitis duobus aut tribus testibus? Resp. Si de iure quæritur, non licet, & aperte repudiatur hæc testandi forma *in leg. omnium, supr. h.* vbi triplex tantum forma testandi recipitur, si testamentũ insertum sit precibus principi oblatis, aut actis iudicis insinuatum, aut publicatum coram 7. testibus. Testamentum confectum per notariũ non est in hoc numero: Nam neq; hic iudex est, neq; acta apud eum conficiũtur, multumq; ad fidem istarum rerũ interest inter acta publica & instrumenta notariorum. Acta sunt publica monumenta, quæ testes nullos desiderant, *leg. in donat. j. de donat.* Instrumenta † notariorum non sunt acta publica. Argumento est certissimo, quod hæc nõ valent, nisi adhibitis aliis testib. *Nouell. de instrum. cautela, §. sed & si instrumenta.* Instrumẽta notariorum quidẽ dicuntur publica, & publice confici, sed hoc sensu, quia a persona, cuius munus est publicum, fiunt. Non aũt ideo, quia fidem & auctoritatẽ publicam habent, alioqui non desiderarent alios testes, *d. l. in donationib.* Nihil ad confirmationem contrariæ sententiæ facit, *d. l. de dona. D. de don. aut l. vlt. §. arbit. tut.* Nam *in l. de don.* agitur de actis publicis, in *l. vlt.* agitur de inuentario rerum pupillorum, quod & ipsum cõficitur per magistratum. Iam dixi multum interesse inter instrumenta notarii & acta publica. Si consuetudine cuiusq; loci aliud receptũ est, hic hęrendũ non est, quia consuetudo seruãda sit. *l. de quib. D. de legib.* Quid aũt vbiq; obseruetur, vnaquæq; regio nos docebit. 10

*Ad §. Si quis autem.*

*Si quis autem testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consummatum. Nisi forte in priore testamento scriptis his qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionẽ venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur. eo n. casu licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem non quasi testamentum sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus: In qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.*

SVMMARIA.

1 *Perfecti testamenti vis quæ sit.*
2 *Perfectum testamentum quando & quibus modis rescindatur.*
3 *Testamẽto alio facto cur nõ prius potius valeat quam posterius: & si testator de priore mutando nihil dixit, cur non vtrumque valeat.*
4 *Et quid si posteriori nominatim cauerit, vt prius testamentum etiam valeret.*
5 *Testamentum prius quod iure valuit, vtrum posteriore testamento imperfecto rumpatur.*

Expositis duobus generibus testamentorum, quæ iure communi recte perficiuntur, commodissime subiicitur hoc loco vis perfecti testamẽti & item imperfecti, cum de mutanda voluntate prioris testamenti agitur. Perfecti vis hæc est, † vt reuocari non 1 possit, ne alio quidem testamento, nisi iure perfecto. Adiicitur exceptio vna, in qua etiam imperfecto testamento prius quamuis perfectum tollitur. Sed *vna* dixi, vt videantur omnia imperfecta testamenta remoueri, in quo etiã statuitur tacite vis huius imperfecti testamenti, quod huc pertinet vt prius rescindatur. Sed hæc omnia multas cautiones habent, neq;

sunt perpetua. Proinde vt de hac mutatione tota liqueat, & hic locus simul plane intelligatur, de hac re sic habendum est.

2 Testamentum † semel perfectum nō ideo rescinditur, quia testator id se valere nolle dixerit, vsq; adeo vt quamuis cœperit aliud testamentum facere, si tamen non perfecerit, nihilominus priores tabulæ valeant, vt & heredum institutiones ratæ sint, & legata inde debeantur, *§. ex eo solo, Inst. quib. mod. test. infirm.* Huius iuris vna exceptio est constituta. *in l. sancimus, ℑ. h.* Nisi decenium totum post confectionem testamenti effluxerit, quod testamentum testator dixit, se valere nolle. Sane si testator non solum dixit se prius testamētum valere nolle, sed etiam adiecit elogium, quia heres eo scriptus esset testamento, placuit eo probato hereditatē heredi auferri tanquā indigno, & fisco adiudicari, *l. hereditas, ℑ. de iis quib. vt indig.*

Sed argumentum est, potius prius testamentū valere, non enim aufertur hereditas heredi scripto, nisi prius eo testamento heres scriptus esset. Non obstat huic sententiæ, quod dicitur, ambulatoriam esse voluntatem testatoris, vsque ad extremum spiritum, *l. 4. D. de adim. leg.* Ambulatoriam enim esse & mutari posse non negamus, sed volumus id legitime fieri, non fit autem nuda voluntate, cum de testamēto imperfecto hic agitur. Quod si ad voluntatem etiam factum eius aliquod contrarium accesserit, hic prius testamentum rescindi potest. Id autem contingit dupliciter, partim mutatis prioribus tabulis, quas rescindi volumus, partim iis integris manentibus mutatione tabularum testamenti, si testator cōsulto eas mutabit, testamentum rescinditur. Id autem accidit iis modis, si tabulæ conscindantur, *l. pen. ℑ. h. l. qua liberis, §. vlt. de bon. poss. secundum tab. l. 1. §. sed si consulto, in fin. D. de his quæ in test. del. l. vlt. D. de lib. & posth.* Idem iuris est, si signa amoueantur aut turbentur, *d. l. vlt. infr. l. ad testium, §. si signa. D. h.* Idem est, si tabulæ deleantur, aut cancellentur, *l. 1. §. si heres. D. si tab. test. nul. exstab.* Hæc eo recepta sunt, quia testamentum constat materia, scriptura & signis testium, vt consequens sit iis remotis, quibus testamentum stabat, testamentum rescindi, nempe modis contrariis, iuxta regulam, *l. nihil tam nat. D. de reg. iur.* Integris tabulis nihilominus testamētum rumpitur, si aliud testamentum factum erit, & iure perfectum, *vt h. & §. 1. quibus modis test. infir. l. 1. & 2. D. de iniust. rupt.*

3 Sed cur alio testamento † facto, ex duobus non potius prius valet? Respondeo, semper ex duabus voluntatibus de eadem re concurrentibus, nouissima seruatur, quia sola placuit, valetque hæc regula & in testamentis & in conuentionibus, *l. 12. §. vlt. D. de legat. 1. l. quod traditum, D. de cond. & demonst. l. pacta nouissima supr. de pact.* Sed si testator de priore testamento mutando nihil dixit, cur non vtrumq; valet? Neq; tamen quicquam prohibet, quo minus ex ea voluntate vtrumq; possit valere. Respōdeo primum hoc ipso, quod nouum testamentum instituit, existimatur a priore recedere, nam nisi id improbaret, in eo maneret. Deinde alio testamento facto declarat se in priore aliquid desiderare, eoq; perfectum non esse, nullum autem testamentum valet, quod ex voluntate testatoris nō perficitur, *l. si is qui testam. D. eo.*

4 Sed † quid si testator posteriori testamēto nominatim cauerit, vt prius testamentum etiam valeret? Respondeo: Hæc voluntas seruabitur, & prius testamentum valebit, non tanquam ex priore testamento, quod ruptum est, nam plus valere non potest, sed tanquā testamēto posteriore scripta essent, quæ priore sunt comprehensa, *argum. l. asse toto, D. de hered. instit.* Sed vt dictum & superioribus locis expressum est, placet, prius testamentum alio testamento rumpi, si posterius iure perfectum sit, perficitur iure id, ex quo heres exsistere potuit *l. 1. D. iniust. rupt.* Id quam vim habeat declaratur dilucide *in §. 1. Instit. quibus mod. test. infirm.* Ergo imperfecto testamento posteriore prius, quod iure factum sit, non rumpitur.

Huius iuris vna exceptio est, hoc loco tradita: Est autem huiusmodi, si posteriore testamento ii heredes instituti sunt, qui & sine testamento vocabantur ad legitimam hereditatem defuncti. De hac exceptione prius videamus, deinde cognituri, an hæc sola sit exceptio in hac re. Ad primum cum idem ius obtinuerit olim longe ante tempora huius constitutionis, vt constat *ex leg. 2. de iniust. rupt.* hic statim occurritur, quid opus fuerit hac constitutione Imperatoris? Respondeo: Attendenti apparent duo hic noua constituta esse ab Imperatore, aut certe ita esse comprehensa, vt aliis locis deessent. Nam vt huiusmodi testamento imperfecto, in quo legitimi heredes instituti sunt, prius testamentum rumpitur, constitutio hæc duo nominatim exigit: Primum, vt priore testamento rite facto, alii heredes instituti sint, qui ab intestato succedere non poterant. Ex quo colligimus, si iidem heredes & priore etiam testamento fuerint instituti, posteriore imperfecto prius non rescindi, sed prius integrum manere, quod vtile est scire non propter heredes, qui ex vtroque testamento pariter vocantur, sed propter legata & fideicommissa, quæ etiam iure debeantur, quæ alioqui nō deberentur, si prius testamentum ruptum esset.

Alterum exigit cōstitutio, vt posterius testamentum saltem habeat quinque testes, in ea volūtate iuramentorū depositiones, in quib. verbis consequens seu effectus positus est, vt ex eo antecedens & caussa intelligeretur. Est enim hic sensus: *In hac voluntate adhiberi debere quinque testes, a quibus deinde nascentur depositiones de ea voluntate, vt apud iudicem de testamento interrogati testimonium dicant, & dicant iurati.* In quo hic nihil singulare constituitur, sed eo dicitur, quia nulli testes ad testimonium audiuntur in iudicio, nisi iurati, *l. iurisiurandi, supr. de testibus.* Vis autem huius imperfecti testamenti obseruanda est. Placet enim sic valere, sed vt supremam & intestati voluntatem. Quibus verbis significatur hoc testamentum valere adhoc, vt prius rescindatur, ceterum ipsum per se non valere. Ex quo intelligimus, si quid eo testemento sit relictum, non deberi, *leg. ex imperfecto sup. h. §. vlt. Insti. quib. mod. test. infirm.*

Obseruandum est autem, hoc vnum tantum genus testamenti imperfecti posterioris excipi, quo prius testamentum infirmetur. Quod cum sit, existimari potest, vnum hoc tantum genus excipiendum esse, aut si alia excipiuntur, non recte hic vnum tantum excipitur. Respondeo, vt est propositio huius constitutionis: Vnum hoc genus tantum testamenti posterioris recte excipitur. Nam hic agitur de duob. testamentis, quorū prius iure cōmuni perfectum sit, posterius ita imperfectū, vt iure communi nō valeat. Hæc duo cū concurrunt nonnunquā posteriori imperfecto testamēto prius rumpitur, nisi vno hoc casu, cū posteriore testamento heredes legitimi scripti sunt. Et bene hic vnus tantū casus hac cōstitutione cōprehensus

prehensus est. Sed fieri potest, vt prius testamentum iure militari factum non iure communi. De hoc testamento sic cauendum est: *Quocunque modo testator aliud testamentum facere postea cœperit, si non perfecit, prius rescindi, etiamsi posterius nullo modo valeat.*

Exempli gratia, miles in militia iure militari testamentum fecit, is militia missus est. Prius testamentum quod fecit etiã iure militari valet intra annum tantum, §. *sed hactenus, Instit. de testamen. milit.* Hoc dicimus: hunc militem intra eum annum quocunque modo aliud testamentum facere, prius quod iure militari valebat rescissum esse, *l. eius, §. 1. D. de milit. testam.* Atqui prius testamentum non minus valebat, quam si iure communi factum esset, *leg. 1. D. de testam. milit.* Vt igitur id rescinditur alio testamento, quod non valeat potius, quam si iure communi factum esset: Respondeo testamẽtum iure militari factum etsi valet, tamen nihilominus imperfectũ est. Ideo enim iure singulari confirmari oportuit, quia imperfectum erat. Imperfectum facilius tollitur iuxta reg. iur. *Nihil tam naturale, &c. & l. fere, D. de regul. iur.*

Sed hæc ad omnia testamenta priora, quæ imperfecta sunt & nihilominus valent, nõ pertinent. Nam & testamentum parentis inter liberos factum imperfectum esse potest, neq; id rescinditur testamento imperfecto, *Auth. hoc inter. supr.* Quod si prius testamentum iure communi perfectum erit, & posterius imperfectum, iure valebit, non minus prius testamentum rumpetur per posterius, quã si posterius iure communi perfectũ esset, vt puta si posterius iure militari factum erit, prius rescindetur. Neque distinguemus, vtrum prius iure militari factum esset, an iure communi, quia vt dixi posterius non minus valet, quam si iure communi factum esset, *l. 2. D. de iniust. rũpt. dict. l. eius qui, in fin. D. de milit. testam.*

5 Ex iis si quæritur in vniuersum, vtrum † prius testamentum quod iure valuit, posteriore testamento imperfecto rumpatur, distinguemus. Primum videbimus prius testamẽtum vtrum iure militari factum sit, an iure communi. Si militari: quacunq; voluntate contraria, quocunque testamento imperfecto, prius rescindetur, quia & prius imperfectũ erat. Sin prius iure communi valebit, & hoc rumpetur posteriore imperfecto, si aliquo iure valuit etiamsi militari, quo exemplo multo magis idem admittemus, si posterius factũ sit inter liberos. Quod si & prius iure cõmuni valebit, & posterius imperfectũ ipsum per se nõ valebit, prius nonnunquã rescindetur, nisi hi heredes instituti erunt, de quibus hic constitutum est.

Nihil aduersus hanc distinctionem & sententiam totam faciunt loci citati ab Accursio, tanquã in quibus dicatur, etiam aliis casibus posteriore imperfecto testamento prius rumpi. Leges hæ sunt, *lex cum quidam. D. de iis quib. vt indign. l. pen. §. vlt. D. de condit. insti. l. Clodius, de acquir. hered.* Nam *in l. cum quidam,* tantum abest, vt posterius testamentũ imperfectum rumpat prius in specie illius loci, vt ne sic quidẽ rumpat quamuis iure perfectũ fuit posterius. Quoniam priore testamẽto, heredes incapaces instituti erant, a quibus hereditas tanquã indignis aufertur, quæ non auferretur, nisi prius heredes essent ex eo testamento, de qua specie commodius dicetur *infr. ad l. 1. de hered. instit.* In *l. vlt. D. de constit. instit.* aperte dicitur, codicillis seu imperfecto testamento, conditionem institutioni adiici non posse, id est, institutionẽ priore testamento pure factam alio testamento mutari non posse, in quo idem heres institutus sit sub conditione. In quo hoc statuitur, posteriore imperfecto prius non mutari, id quod nunc dicimus.

Vritur autem Modestinus in ea re hoc argumento: Nam cum posteriore testamento testator adiicit conditionem, vult in defectum conditionis hereditatem adimi heredi prius scripto. At *codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest* inquit. Vnde conclusio facile ipso tacente intelligitur. Ergo ea conditio posteriori testamento frustra adiicitur. Neque mutatur prius testamentum, *in l. Clodius, D. de acquir. hered.* Prius testamentum rite factum posteriore testamento imperfecto non tollitur, id quod euidenter apparet ex eo, quod ibi quæritur, an heres priore testamẽto institutus, ideo nõ possit ex eo testamento heres esse, quia videatur ex eo testamento hereditatem repudiasse; si prius testamentum ruptum esset, hereditas ad scriptũ non pertineret, siue repudiasset, siue adire vellet. Quare illis locis superior sententia confirmatur.

*Ad vers. vlt. Illud etiam.*

*Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, vt etiam græce omnibus liceat testari. Dat. Id. Sept. Theodosio XVII. & Festo Coss. 439.*

SVMMARIA.

1 *Testari liceat quacunque lingua, quibuscunque verbis: modo intelligatur voluntas testantis.*

2 *Notis scriptæ tabulæ non valent.*

IN scriptura aut pronuntiatione supremæ voluntatis solum hoc spectatur, vt intelligatur, quod dixit scripsitve testatur, *argumen. leg. 2. D. de his quæ pro non script. habentur.* Proinde † quibus verbis testator vtatur, aut quã lingua, dummodo eius voluntas intelligatur, nihil interest. De verbis cautum est *in l. 2. supr.* de lingua hic cauetur. Notis † scriptæ tabulæ non valent, *l. si cum patrono, §. vlt. D. de bon. possess.* Quod superioribus non aduersatur, quoniam notæ non intelliguntur, nõ enim notæ apud omnes idem valent, nullam denique significationem certam habent, natura sua, sed tantum valent, quantum scriptor illis tribuit, neque omnes iisdem notis eandem vim tribuunt. 1 2

*Ad L. 21. Dictantibus.*

Imper. Zeno A. Sebastiano præfecto prætorio.

Dictantibus testamenta, *vel aliam quamlibet vltimam voluntatem, legatum vel fideicõmissum, vel quodcunque aliud, quolibet legitimo titulo testatorem posse relinquere, minime dubitandum est. Testibus etiam ad efficiendam voluntatem,* adhibitis pro suo libito, quod voluerit testator relinquere non prohibetur. *Datum Calend. Maii, Constantinopol: Basilio iuniore, V. C. Coss. 480.*

SVMMARIA.

1 *Dictanti testamentum an recte ex eo testamento legatum detur.*

2 *Per dictantes quid hic intelligatur.*

3 *Is dictat qui per alium dictat.*

4 *An testibus ad testamentum adhibitis legari possit. Res propria quæ dicatur.*

DIctantibus † testamentum, recte eo testamento legatum datur. Dubitatio ex eo nata, quod scri- 1

bentis testamentum inutiliter relinquitur. Si quid enim ei relinquitur, ipsum oportet sibi legatū adscribere, cum ipse totum testamentum scribat. Nemo autem per leges sibi quid testamento adscribere potest, non abest enim ea re a suspicione falsi, *leg. 2. infr. qui sib. adscrib. in testam.* Hinc non immerito dubitatum est, an non idem probandum sit in eo, qui testamentum dictet? Placuit non idem esse, quia non si aliquis dictet legatum aliquod, continuo ex ea dictatione id scribit, nisi volente testatore.

Sed quomodo dictanti legari potest, cum testator ipse sit, qui dictet testamentum? Respondeo:
2 Dictantes † hic intelligere debemus Notarios & quosuis formularios, id est, peritos formularum, quibus testamenta recte concipi solent, adhibitos a testatore ea gratia, vt testamentum recte dictet, approbante tamen & consentiente testatore. Neque
3 eo minus testator dictare intelligitur. Is enim † dictat, qui per alium dictat, *leg. secunda, Digest. quæ vi aut clam. leg. tertia, §. gessisse, Dig. de administrat. tutor.*

4 Potest † & testibus ad testamentum adhibitis legari, vt idem & esse possint testes & legatarii in testamento, *§. legatarius, Institut. eodem, leg. in testamen. in prin. D. hic.* Diximus *in leg. proxima* aduersari *leg. nullus. D. de testibus, leg. omnes, infra, de testibus.* vbi traditur: *Neminem idoneum testem esse in re propria*, quæ verba dubium non est ad legatarios pertinere. Nam
5 rem † propriam dicimus cuius commodum vel incōmodum ad eum suo nomine pertinet, *leg. prima. §. in proprium, D. quando appelland. sit.* Constat autem siue testamentum valeat, siue non, eius rei commodum aut incommodum ad legatarium pertinere. Commode dicimus ex hac regula excipi legatarios, vt singuli pro testamento recte testimonium dicant, quamuis postea legatum percepturi. Idcirco, quia eorum testimonium satis vindicetur ab omni suspicione falsi, ab aliis sex testibus, qui in eo testamento præterea adhibentur præter solemnitates, quæ ad vitandam omnem falsi suspicionem adhibentur.

*Ad L. 23. Consulta.*

Imper. Iustin. A. Archelao præfecto prætorio.

*Consulta diualia, quibus considerate prospectum est, ne voluntates vltimæ deficientium in hac regia vrbe confectæ apud alium aperiri possint quam apud &c.*

EXplicatur hic pluribus, quod paucis comprehensum est *in l. testamenta, supr.* vbi dictum.

*Ad L. 24. Ambiguitates.*

Imper. Iustinianus A. Mennæ præfecto prætorio.

Ambiguitates, quæ vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus. *& siue institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel alia prætermissa sit obseruatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius qui testamentum scribit: nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatē subuertere, vel minuere. Dat. kal. Ianuar. D. N. Iustiniano. A. PP. II Coss. 528.*

SVMMARIA.

1 *Ambiguitates quid vocet Iurisconsultus.*
2 *Vitium scripturæ testamento non nocet, dummodo sententia testatoris intelligatur.*
3 *Vitium testamentorum duplex.*
4 *Heredis institutio dicitur caput & fundamentum testamenti, & cur.*
5 *Ordo rerum in testamento scribendarum inuersus an vitiet testamentum.*
*Substitutio pupillaris non ex euentu tantum successionis spectatur, sed ex præsente forma qua conficitur a testatore, ibid.*
6 *Omissio verborum necessariorum in testamento an voluntati testatoris noceat.*
7 *Obseruationes ad testamentum iure constitutum omitti non possunt, neque in totum, neque ex minima parte, quin testamentum pro imperfecto sit.*
8 *Omissio verborum aliquot consulto a testatore, non errore omissa, an vitiet testamentum.*
9 *Testator si consulto inuerterit ordinem institutionis & legatorum, an nihilominus scriptura valeat.*

HIc iubet Iustinianus tolli ambiguitates, quæ ex vitio scripturæ oriuntur. Ambiguitates † vocat non incertitudines, quæ ex verbis ambiguis nascuntur, de quibus in constitutionibus non agit, sed more suo intelligit hoc verbo dubitationes veterum, siue alterius iuris, quæ ex scriptura nascuntur, vt intelligi potest *ex leg. ambiguitatem, de vsufruct.* Et certe cōuersio ordinis scripturæ, de qua postea agit, nullam ambiguitatem habet: Hanc tamen controuersiam subiicit illis ambiguitatibus, quas proposuerat. Summa autem sententiæ est: *Vitium † scripturæ testamento non nocere, dummodo sententia testatoris intelligatur.* 1 2

Vitium † duplex est, aut enim est in ordine scribendi eas res, quæ testamento relinquuntur, aut in verborum ad sententiam necessariorum omissione. Ordo naturæ in iis, quæ testamento relinquuntur, postulat, vt initium fiat ab hæredis institutione. Nam ab ea legata & cetera in testamento pendent, ac sine ea nihil in testamento scriptura valet, *leg. 1. in fin. D. de vulg. leg. vltim. D. de iur. codicill.* Vnde & heredis institutio † dicitur caput & fundamentū testamenti, *§. an heredis, Institut. de legat.* Caput quia regit cetera, quæ sunt in testamento fundamentum, quia in hac tanquam in fundamento cetera consistunt. 3 4

Et hoc secuti veteres non putabant aliter testamentum scribi posse, quam si primo loco institueretur heres. Id Iustinianus † mutat hac constitutione, quod pluribus verbis explicat *in §. 1. ante heredes.* Et recte. Neque hic quicquam fit aduersus id, quod de heredis institutione dictum. Quocunque enim loco testamenti scriptus erit heres, ordine intellectus, primo loco institutus intelligetur. Dum autem intelligatur, quid sit in re, scripturam magnopere attendere non oportet, *leg. quidam, D. de pecul. leg.* Vna tamen in specie controuersia scripturæ nocet, cum scilicet pater filio impuberi exheredato, prius heredem instituat, deinde secundo loco instituat heredem sibi, & ita prius facit testamentum filio, deinde sibi, *leg secunda, §. prius. D. de vulg.* Sed hoc in hac specie receptum est, quia substitutio pupillaris, non ex euentu tantum successionis spectatur, sed ex præsente forma, qua conficitur a testatore. Hæc forma exigit, vt pater prius sibi testamētum faciat, quoniam substitutio pupillaris sequela est paterni testamenti, vt est *in d. §. prius.* At cum heres instituitur, & legata relinquuntur testamento, in iis spectamus tantum ordinem, qui futurus est mortuo testatore. 5

Successio-

Successionis ordo facit, vt prius heredem esse oporteat, quam quicquam ex eo testamento debeatur.

6 Omissio † quoque verborum necessariorum voluntati non nocet, veluti si testator pro iis plenis, *Lucius Titius mihi heres esto*, scripserit truncatis verbis, *Lucius esto*, vel *Lucius heres*, vel simpliciter *Lucius*. Quod exemplum est, *l. errore*, vbi dictum. Hoc intelligit Iustinianus, cum vetat omnem obseruationem prætermissam voluntaté minuere, si ex vitio scribentis nascatur: si simpliciter locutus esset de omni obseruatione prætermissa, esset sententia falsissima.

7 Nam † obseruationes ad testamentum iure constitutæ, omitti non possunt, neque in totum, neque ex minima parte, quin testamétum pro imperfecto sit, *l. si vnus, l. testandi, l. hac consultissima, §. 1. in fin. & §. ex imperfecto supr.* Sed cum addidit, *Si ex vitio scribentis, &c.* voluit hac adiectione declarare, se intelligere omissionem, quæ fit in scriptura, id est, in verbis scripturæ.

8 Quid † si testator consulto, non errore verba omiserit? Respondeo: Nunquam existimandus est aliter omisisse, quam errore. Propterea quod, si voluerit L. Titium heredem esse, necesse est intelligi hæc verba: *L. Titius heres esto*, idque ex testatoris voluntate. Proinde, si omissa sunt, non ex voluntate, sed aut errore aut negligentia eius factum esse putandum

9 est. Quid † si testator consulto conuertit ordinem institutionis & legatorum, idne constare potest? Respondeo, non minus scriptura valebit, *d. §. heredes*, nec repugnat constitutio, quoniam hęc adiectio non ex mente testatoris refertur ad obseruationem prætermissam, de qua prius erat sermo, non ad conuersionem scripturæ, de qua prius dictum.

*Ad L. 25. Præposteri.*

Imper. Iustinianus A. Mennæ præfecto prætorio.

*Præposteri reprehensionem, quam Nouella constitutio diui Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus: vt tali exceptione cessante, & stipulatio, & alii cōtractus, & testatoris volūtas indubitate valeant: exactione videlicet post conditionem vel diem competente. S Datum VII. Id. Decemb. Dn. Iustiniano A. PP. II. Coss. 528.*

SVMMARIA.

1 *Stipulatio præpostere concepta quæ sit.*
2 *Qualis sit in dote, & quis in dote eam prius admiserit, & quis in omnibus aliis rebus.*
3 *Hanc stipulationem non fuisse admittendam.*

Stipulationem præpostere conceptam veteres in totum repudiabant. Est autem præpostere conce-

1 pta, † cum stipulamur aliquid sub conditione, aut in diem, & nihilominus stipulamur idem hodie nobis dari. Hoc modo: *Si nauis venerit ex Asia hodie 10. dare spondes, &c.* Stipulatio hæc *in §. si quis, Inst. de inut. stip.* dicitur præpostera stipulatio, quia naturæ ordinem præcedit datio, sequitur euentus conditionis, cum secundum ordinem naturæ necessario prius oporteat consistere cōditionem, deinde donationem sequi, cum ante euentum conditionis nihil debeatur, *l. cedere diem, de verb. oblig. §. sub conditione, Instit. de verb. oblig.*

Primus Leo Imperator hanc stipulationem ad-

2 misit in dotibus, vt est *in dict. §. si quis.* Est autem † in dote huiusmodi: *Si mihi nupseris, aut si Titia mihi nupserit, hodie 10. dotis nomine dare spondeo.* Iustinianus auctoritatem Leonis secutus in vniuersum admisit huiusmodi stipulationes, non tantum in dotibus, sed in aliis rebus omnibus. Eodemque exemplo admisit & legata eodem modo concepta, veluti: *Si nauis ex Asia venerit, heres meus esto*, ex die aditæ hereditatis ante duos tresue annos, postquā adita hereditas est, nihilominus legatum valet. Id effectum est hac constitutione Iustiniani, cuius summa refertur, *in d. §. si quis, Instit. de inut. stip.*

Sed videtur † neque Leo, neque Iustinianus huiusmodi stipulationes & legata admittere debuisse, 3
aut etiam potuisse, hoc argumento: Impossibilium nulla est obligatio, *l. impossib. D. de reg. iur. l. si stipuler, de verb. sign.* Præpostera autem obligatio impossibilis est. Itemq; & legatum præposterum. Nulla igitur huius stipulationis aut legati obligatio esse potest, etiam per rerum naturam. Stipulationem hanc esse impossibilem, ita constabit. Nam cum aliquid promittitur sub conditione, ea est vis conditionis, vt eius euentus exspectari debeat, vt nec quicquam ante peti possit, nec quicquā deinde, *d. l. cedere, de verb. sign.* Cum autem adiicitur vt hodie detur, id agitur, vt detur eo die, qui multo ante præteriit, eo die per rerum naturam amplius dari non potest. quoniam præteritus reuocari non potest; impossibilis eius diei præstatio, ac proinde nulla stipulatio.

Respondeo, pro eo tempore, quod conditionis euentus antecessit, verum est, per rerum naturam impossibilem præstationē esse. Proinde, & pro eo tempore nullam obligationem esse verum est, sed postquam conditio exstitit, iam pecunia pro eo tempore præstari potest. Proinde pro eo tempore contraria caussa valebit. Et in summa, quatenus præpostera pręstatio est, reiicitur, quatenus recta est & secundum naturam, eatenus admittitur stipulatio. Sed hic occurritur: Nam pro eo quidem tempore, quod condictionis euentum sequitur, videtur stipulatio valere posse: nihil enim in stipulatione valet, nisi qđ stipulatione cōprehendimus, deniq; nisi in id quod consensum est, *l. 1. §. 1. l. quicquid, D. de verb. oblig.* At in hac stipulatione conuenit tantum nominatim, vt hodie daretur, nō conuenit vt daretur, postquam nauis ex Asia venerit. Sed nec pro eo tempore recte valebit, vt sic recte dici possit, hanc stipulationem pro præcedenti tempore nō valere, quia ius & natura refragatur. Rursus pro insequenti tempore non valet, quia deficit consensus, *arg. l. si conuenero. sup. de iurisdict. l. multum, in fi. supr. si quis alteri vel sibi.*

Respondeo: Verbis quidem non conuenit in hac stipulatione, vt daretur, postquam conditio exstitit, sed vi verborum & sententia contrahentiū maxime conuenit. Nam qui stipulatur hodie sibi dari, non stipulatur hodie tantum per exclusionem reliqui temporis, sed stipulatur hodie sibi dari & omnibus dieb. insequentibus, & in infinitum, donec quod debetur solutum fuerit, alioqui obligatio semel cōtracta non esset perpetua, nunc autem est perpetua, *l. obligationum fere, vers. placet, D. de oblig. & act.* Secundum hoc recte dicetur pro eo tempore, quod euentum conditionis antecedit nullam esse stipulationem, quia sit impossibilis præstatio, vbi id tempus præterierit. At pro eo tempore, quod sequitur stipulationem valere, quia exinde & res præstari possit, & ea sit sententia stipulationis, vt præstetur.

Veteres qui hanc stipulationem repudiarũt in totum, verba secuti sunt. Leo & Iustinianus sententiam contrahentiũ. Ex qua sententia stipulatio post conditionem & diem recte valebit, & ideo obseruabimus solum admissam esse stipulationem & legatum pro eo tempore, quod conditionem & diem sequitur, vt est hic in exemplo. Ex iis apparet nihil huic constitutioni obstare, quod dicitur in glossa: Non licere quicquam præpostere facere, seu contra naturæ ordinem aut ius constitutum. Quod & verissimum est *l. vt debitum sup. de hered. act. l. prolata, infr. de sententiis. & interl. l. 1. infr. de exsecut. rei iud.* Sed tantũ abest, vt hic contra quicquam dicatur, vt maxime idipsum in hac specie confirmetur, postquam stipulatio præpostera quatenus est, non valet, quatenus recta est & naturalis dicitur, eatenus valet.

*Ad L. 26. In testamentis.*

Imp. Iustin. A. Mennæ præfecto prætorio.

*In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem obseruationem penitus amputamus: vt postquam septem testes conuenerint, satis sit voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestam significantis ad quos substantiam suam peruenire velit, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Testibus rogatis non necesse est adiici a testatore, eos adhibitos ad testamentum scripto aut sine scripto faciendum.*

IN testamẽtis testes rogatos esse oportet, id est, admoneri se adhibitos esse ad testamentum, *leg. heredes, §. in testam. D. h.* Hac † constitutione declaratur
1 cum id factum erit, non esse necesse adiici a testatore eos adhibitos ad testamentum scripto aut sine scripto faciendum, & merito, quia ex eo quod scriptura profertur a testatore, aut non profertur, facile quid hic geratur, a testibus intelligi potest.

*Ad L. 27. Sancimus.*

Imp. Iustin A. Iuliano præfecto prætorio.

*Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum*, & post eius confectionem decennium *praefluxerit: Siquidem nulla innouatio, vel contraria voluntas testatoris apparuerit, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Decennium ad voluntatem testatoris accedens, qua dixit se nolle testamentum valere, a quo die numerandum sit.*

TEstator testamento facto, si dixerit, se id testamentum valere nolle, & ad eam volũtatem hoc accesserit, vt præteriente decennio viuo testatore testamentum rescindatur, ceterum neq; lapsus decennii sine contraria voluntate, neque contraria voluntas sine decennii lapsu testamentum infirmat: Hic
1 quæsitum † est, ex quo tempore hoc decennium numerandum sit, an ex quo testamentum factum est, an ex quo contraria voluntas secuta est? Nam Iustinianus nihil de eo expressit, *in vers. sin autem testator.*

Respondeo: Recte receptũ est, vulgo hoc decennium sic accipi debere, si præteriit post testamenti confectionem, vt coniectura voluntatis sumatur ex iis, quæ in constitutione præcesserunt. Nam quoties aliquod verbum vel in lege, vel in testamento ambigue vel obscure scriptum est, si de eo alia parte testamenti, aut lege apertum, ex eo, quod aperte scriptum est, obscurũ interpretamur, quasi scriptor de eodem senserit, *l. si seruus plurium, §. vlt. D. de legat. 1. l. heredes, §. 1 in fin. D. h. l. qui filiabus, in pr. de leg. 1.* In hac constitutione initio decennium nominatum est, quod elapsum sit post confectionem testamenti. Hanc significationem decennii post Iustinianus non mutauit: Proinde & hoc casu locũ habebit decisio superior.

*Ad L. 28. Cum antiquitas.*

Imper. Iustinianus A. Iuliano præfecto prætorio.

*Cum antiquitas testamẽta fieri voluerit nullo actu interueniente, & huiusmodi verborum compositio non rite interpretata pene in perniciem & testantiũ & testamentorum processerit: Sancimus in tempore, quo testamẽtum cõditur vel codicillus nascitur, vt vltima quædam dispositio, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Breuis summa huius legis.*

HÆc † cõstitutio, *cum antiquitas*, continet duas exceptiones eius iuris, quod de scripto testamento 1
comprehensum est *in l. hac consultißima, supr.* Prior exceptio pertinet ad eam partem iuris, qua cauetur solemnia peragi debere vno contextu actionis, nullo alieno actu interueniente. Posterior exceptio, quæ est *in §. cum autem*, refertur ad eam partem iuris, qua exigitur, vt testator subscribat testamento sua manu, coram testibus, si imperitus est scribendi, octauum testem adhibeat, qui subscribat, excipitur, nisi testator testamentum sua manu scripserit, de quibus exceptionibus dictum est supra.

*Ad L. 29. Iubemus, cum Auth. seq.*

Imper. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Iubemus omnino testatorẽ si vires habeat ad scribendum, nomen heredis vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere, vt sit manifestum secundum illius voluntatem, hereditatem esse transmissam, &c.*

*Auth. ex Nouell. 119. cap. 9.*

*Et non obseruato eo, subuenitur testamentis, siue per se, siue per alium quis inscribat nomen heredis.*

SVMMARIVM.

1 *Legis huius cum leg. hac consultißima supra, antinomia & conciliatio.*

HÆc quoq; constitutio exceptionem habet eius iuris, quo cautum *in l. hac consultißima, sup.* nihil referre, cuius manu testamentum scriptum sit, testatoris ne an alterius. Hic Iustinianus iubet nomina heredum, aut scribi a testatore, aut ab eo palam nuncupari. Sed & hoc ius mutatũ est, *in Auth. seq.* & reditum ad ius antiquum, vt dictum *ad l. hac consultißima.* Sed in hac constitutione §. *quod si non fuerit*, animaduersionem desiderat. Videtur † enim hic locus
Antinomiam habere huiusmodi. Si testamentũ scriptum sit alterius manu, & in eo quinque heredes exempli caussa scripti, Iustinianus vult nihilominus hos heredes ab ipso testatore scribi aut nuncupari. In hac §. subiicit, si testator ex iis quinq; heredibus, tres solum scripserit, reliquos duos omiserit, aut si tres nuncuparit, reliquos duos non nuncuparit, eos, qui nuncupati non sunt, heredes non futuros, sed eos solum, qui scripti aut nuncupati sunt. Interim vult eos, qui scripti aut nuncupati sunt, heredes esse. 1

Videri

Videri autem potuerunt ne hi quidem heredes esse potuisse, idque efficitur *l. qui testamentum. ff. eod.* Vbi si testator ex dictis quinque testibus, quos instituerat heredes instituere, tres nuncupauit, deinde obmutuerit, placet testamentum nullius esse momenti quasi imperfectum, eoq; nec eos heredes futuros, qui aperte nuncupati sunt. Resp. *in l. si is qui testam.* testator voluit eos heredes instituere, quos non nuncupauit, ideo enim non nuncupauit, quia non potuit, puta voce morbo interclusa, vt nominatim scribitur in extremo eius responsi. In hac autem constitutione agitur de eo testatore, qui eos heredes, quos non nuncupauit, noluit heredes instituere, idq; eo colligitur, quod eos potuit heredes nuncupare si vellet, quoniam satis temporis habuit ad eos nuncupandos: non nuncupauit cum posset, noluit igitur. Satis autem ei temporis fuisse ad eos nuncupandos ex eo intelligimus, quia post testatoris nuncupationem subsecutæ sunt subscriptiones & obsignationes testium, proinde hæc species voluntatem distinguit testatoris.

### *Ad L. penult. Nostram.*

Imp. Iustinianus A. Iohanni præfecto prætorio.

*Nostram prouisionem, maxime circa vltima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus. Vnde cum inuenerimus quasdam controuersias veteribus iuris interpretatoribus ortas propter testamentum, &c.*

De hac l. dictum est *ad l. hac consultissima. §. si quis autem. sup.*

### *Ad L. vltimam. Et ab.*

Imp. Iustinian. A. Iohanni præfecto prætorio.

*Et ab antiquis legibus, & a diuersis retro principibus semper rusticitati consultum est, & in multis legum subtilitatibus stricta obseruatio eis remissa rerum inuenimus documentis, &c.*

SVMMARIVM.

1 *De testamentis rusticanorum.*

1 In † testamentis rusticanorum remittitur necessitas solemnium, ad formam hic constitutam, de quo dictum *ad l. hac consultiss. ante initium. §. ex imperfecto.*

## AD TITVLVM XXIV. COD. De heredibus instituendis, & quæ personæ heredes institui non possint.

SVMMARIA.

1 *Testamentum vt ab initio iustum quibus in rebus positum sit.*
2 *Heredis institutio quam necessaria sit in testamento.*
3 *A parentibus liberos habentibus & testamentum conficientibus quæ exigantur, vt testamentum valeat.*
4 *Testamentum quibus modis infirmetur, rumpatur & irritum fiat.*
5 *Hereditas quomodo nobis ex testamento deferatur.*
6 *Heredis institutio quibus ex caussis sit necessaria ad acquisitionem hereditatis.*
7 *Heres quando quis institutus esse intelligatur.*
8 *Instituere heredem quid.*
9 *Heres quibus verbis sit instituendus.*

Diximvs initio *tit. qui test. fac. poss. sup.* ita hereditatem deferri testamento, si etiam iustum sit. Vt autem † ab initio iustum sit, tribus in rebus positum esse. 1 In persona testantis, vt sit qui testamentum facere potuerit: in solemnibus testamentorum: tum in iis, quæ testamento continentur. De personis dictum est *tit. qui test. fac. poss.* De solemnibus dictum est *titul. prox.* Restant ea, quę continentur testamento, in quo genere sunt heredum institutiones, legata, fideicommissa, libertates & tutorum dationes, *l. verbis legis. de verb. sig.* Sed ex iis cetera testamento caueri possunt. Vnum ad vim testamenti necesse est, vt testator sibi heredem instituat vel vnum vel plures, cetera sunt libera testatori.

Sine heredis † autem institutione nihil in testamento valet, *l. 3. vers. Calpurnius. ff. de iis quæ in test. del. l. 1. in fi. ff. de vulgar. l. vlt. de iur. codicill. § inprimis. Inst. de legat.* Cetera, vt dictum, libera. Et ideo qui neque legare vult quicquam, neque de ceteris rebus cauere, sed tantum heredem instituere, eum Vlpianus ait tribus verbis testamentum conficere posse, vt dicat; Lucius heres esto, *l. 1. §. qui neque. ff. eod.* & hæc lex generalis omnibus testatoribus posita est. Vna est specialis † in parentibus, vt qui liberos habent, non quosuis alios instituant, vt testamentum valeat, sed vt instituant liberos suos omnes. Quod si eos indignos successione sua putant, duo ab illis exiguntur ad vim testamenti. I. Vt liberos nominatim iustis de caussis exheredent, & quidem iustis caussis exheredationi adscriptis, *tit. de exher. lib. l. inter cetera, de liber. & posthum. Authent. non licet. infr. de liber. præter.* Deinde hoc quoque exigitur, quod est omnium testatorum commune, vt sibi alios heredes instituant, cum dixerimus, sine heredis institutione testamentum non valere. Hæc cum obseruata erunt & in persona testatoris & in solemnibus, & in heredum institutionibus & exheredationibus, quæ diximus, habebimus id testamentum quod ab initio iustum est. 2 3

Sed ad vim testamenti non est satis ab initio iure factum esse testamentum, nisi etiam iustum perseueret. Multis autem modis accidit, vt quæ ab initio iure valuerunt, postea infirmentur. Quare si tenere volumus, quodnam sit testamentum ex omni parte iustum, etiam hoc loco quæstio introducenda est, quibus modis testamentum infirmetur, vt iis modis notatis statuamus id testamentum iustum esse, de quo quæritur, quod & recte factum est in ff. Illos enim titulos duos, *qui testam. fac. poss.* item *de lib. & posthum.* sequitur tertius hanc postremam quæstionem continens *de iniusto, rupto, irritove testamento.*

Est autem † hæc summa iuris de eo. Testamenta 4 ab initio rite facta postea aut rumpuntur aut irrita fiunt. Rumpuntur vel agnatione sui heredis, aut quasi agnatione, vel alio testamento postea rite facto. Agnascitur testatori suus heres, cum post testamentum suum heres testatori nascitur, vel eo viuo vel mortuo. De hac agnatione est *in §. posthumi. de agnat. liber. toto titul. infr. de posthumis.* Quasi agnasci dicitur heres, cum vel testator adoptat sibi liberos, quos in potestate incipiat habere, de qua specie est *in princip. titul. quibus modis testam. infir.* Aut cum nepotes cum tempore testamenti nati erant, mortuis parentibus suis in eorum locum succedunt, & iura suorum heredum nanciscuntur. De hac specie est *in §. posthumorum. Instit. de exher. lib. & l. posthumorum. ff. de iniusto rupto.* Posteriore testamēto

quomodo rumpatur prius, dictum *ad l. hac consultissima.§.si quis autem.s.prox.tit.*

Irritum fit testamentum duobus modis. I. Testatore capite minuto, id est, vel libertate amissa, vel ciuitate, vel tunc, cum arrogatione aut adoptione in aliam familiam transiit, *§.alio. Instit. quib. mod. test. infirm.* Sed hoc ita, si testator capite minutus eodem statu decesserit. Nam si ad pristinum statum redierit, recenti eius voluntate testamentum conualescet, vt secundum id detur bonorum possessio, *§.non tantum. Instit.quib.mod.test. infirm.* Fit quoque irritum testamentum non adita hereditate ex eo: nam hereditate non adita res eo redit, quasi ab initio testator heredem non haberet. Est autem heredis institutio fundamentum testamenti. Hoc modo irritum fieri testamentum traditur *in l.1.ff.de iniust.rupt.*

Distinguitur tamen alibi irritum testamentum ab eo testamento, ex quo hereditas adita non est, nempe *sub tit.de hered.quæ ab intestat.in pr.* Sed hoc docendi caussa fit, vt res plures nominibus suis distinctæ magis intelligantur. Ceterum re vera irritum id testamentum est, quod exitum non habet, indicatur hoc *in d.§.alio.quib.mod.test.* Licebit etiam modos infirmandi testamenti ita diuidere fortasse commodius, certe plenius, vt statuamus testamentum infirmari partim volente testatore, partim inuito. Voluntate sola nonnunquam testamentum infirmatur, sed cum ad voluntatem accesserit aliquid, nimirum vt aut mutentur tabulæ testamenti, aut tabulis integris manentibus aliud testamentum fiat, de quibus generibus dictum *ad l. hac consult. s. tit.prox. §.si quis autem.* Inuito, tribus modis: Agnatione heredis sui seu quasi, capitis diminutione testatoris, & hereditate ex eo testamento non adita, de quibus ante dictum. Cum testamento ab initio rite facto nihil istorum postea inciderit, quibus testamenta infirmantur, iam certo statuere poterimus, id testamentum, de quo agitur, iustum esse, de quo huc vsque quæsiuimus.

Hoc constituto longius progrediendum in quæstione acquirendæ hereditatis. Nam vt nobis hereditas acquiratur ex testamento, hoc non est satis, iustum esse testamentum, ex quo iudicemus hereditatem, sed oportet etiam ex testamento eo nobis hereditatem deferri. Sic autem † nobis defertur, si eo
5 reditatem deferri. Sic autem † nobis defertur, si eo
6 testamento heredes instituti simus. Ex † quo apparet heredis institutionem, seu omnem de heredibus instituendis quæstionem duabus de caussis necessariam esse, ad acquisitionem hereditatis. Primo propter testamentum vt valeat, nam supra dictum sine heredis institutione testamentum non valere, propter quam caussam, etsi sola esset, aptissime hic titulus subiicitur superioribus, vt in eo constituatur vis testamenti. Sed & necessaria est hæc quæstio propter nos, qui hereditatem ex testamento vindicare volumus, posteaquam nihil ad rem pertinet testamentum iustum esse, nisi & eo heredes instituti simus. Hinc introducitur quæstio de heredibus instituendis.

Vt ergo hoc modo nobis defertur hereditas, duabus rebus continetur, si heredes instituti sumus, & ita vt consistat iure institutio. Nihil enim interest, vtrum aliquid non fiat, an non recte fiat, *l. quoties 6 ff.*
7 *qui satisdar.cog.* Institutus aliquis intelligitur † heres, cum testator id fecit, quod verbum significat, & id
8 quoque voluit. Instituere † autem heredem est statuere & designare sibi successorem, id est, scripto & verbis declarare, quem tibi mortuo successorem esse velis in omne ius tuum, nam hereditas hanc successionem vniuersi iuris significat, *l. nihil aliud. de verb.sig.l.hereditas. de reg.iur.* Proinde heres intelligitur vniuersi iuris successor, *§. legatariis. de testam. ordin.l.quadam.§.1.ff.de edendo.*

Quibus autem † verbis id testator declaret, nihil 9
refert, *l.quoniam.sup.tit.prox.* Solemnia verba antiquitus hæc erant: Lucius Titius heres esto, *l.1.§.neq. ff.de hered.instit.* Siue autem scribatur heres, siue nuncupetur sine scripto, institutum intelligimus, *d.l.1.§. neque.ff.de hered.instit.* Non est tamen satis hoc verbis exprimi, nisi etiam concurrat voluntas testatoris, quod interdum non fit, & ob hanc caussam nulla est institutio. Exempla sunt *in l.3.4. & l.etiam. infr.h.* Si consistit heredis institutio, si & is instituitur heres, qui institui potest, rite instituitur, vt vis institutionis consistat in his tribus: In persona heredis, conditione, & in instituendi modo. Hinc duæ quæstiones vim institutionis explicantes. I. Qui heredes institui possint vel non, de qua est hoc titulo præcipue, vt inscriptio declarat. II. Quomodo heredes institui possint, ad quam proximi duo referuntur. Qui heredes institui possint, ostenditur *in l.1.h.* pertinet huc *l.collegium. l.extraneum.infr.*

*Ad L.1. Qui deportantur.*

Imp. Titus Ælius Anton. A. Anthestiano.

*Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini, capere non possunt, sed hereditas in ea caussa est, in qua esset si scripti non fuissent. Sine die & consule.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*
2 *Peregrini heredes institui non possunt.*
3 *Peregrini in vsu iuris qui dicantur, & quid peregrinitas.*
4 *Soli ciues Romani heredes institui possunt: quia cum iis solis testamenti factio est.*
5 *Ciues Romani qui sint, & qui non.*
6 *Seruus an heres institui possit.*
7 *Hostis noster inutiliter heres instituitur: similiter & is, qui ad eum defecit.*
8 *Hostes & hostium numero qui sint.*
9 *Serui pœnæ olim qui, & an heredes institui potuerint.*
10 *Deportati qui sint, & qui eorũ numero habeantur, & an heredes institui possint.*
11 *Relegati qui.*
12 *Hæretici qui sint, qui eorum numero habeantur, & quod heredes institui nequeant.*
13 *Deportatis heredibus institutis, cum ex hereditate nihil capiant, ad quem ea hereditas pertineat ad fiscum ne, an ad heredes legitimos redeat.*
14 *An omnes, qui sunt ciues Romani, heredes institui possint.*

TRIA † hic statuuntur. I. Peregrinos heredes in- 1
stitui non posse: cum enim dicitur, deportatos non posse institui tanquam peregrinos, id est, vt qui peregrini sint, prius præsupponitur, peregrinos institui non posse, alioqui male colligeretur de deportatis. II. Statuitur, deportatos peregrinos esse, & ob hanc caussam institui non posse. III. Continet effectum vtriusque definitionis superioris, nempe vt siue deportati, siue qui alii peregrini heredes instituantur, hereditatem capere non possint, sed pro non scriptis habeatur. Quæ tria sigillatim excutieda sunt.

Dici-

2 Dicimus † peregrinos heredes institui non posse.
3 Peregrini in vsu iuris † dicuntur, qui ciues Romani non sunt, & peregrinitas status eorum, qui ciues Romani non sunt, *l. 6. §. solemus. ff. h. l. sed si hoc. §. sed si per pœnam. ff. de in ius voc.* Vnde intelligimus superioribus verbis hoc statui, eos qui ciues Romani non sunt, heredes institui nõ posse. De quo iure, vt facilius & plenius possit statui, ad intelligentiam aliorum etiam locorum, ad eandem quæstionem pertinentium, sic habendum est, eos solos heredes institui posse, cum quibus testamenti factio est, *l. si aliorum. §. 1. d. non minus. ff. h.* Cum solis autem ciuibus Romanis te-
4 stamenti factio est. Soli igitur † ciues Romani heredes institui, & ex nostro testamento capere possunt. Cum solis ciuibus Romanis testamenti factionem esse intelligimus ex primo & secundo capite legis Falcidiæ, quæ exstat *in l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Quibus cautum est, solis Romanis ciuibus testamento legari posse. Intelligimus autem *ex §. legari. Instit. de legat.* solis iis relinqui posse, cum quibus testamenti factio est. Ex quo efficitur, cũ solis ciuibus Romanis testamenti factionem esse.

5 Quærendum est igitur, qui sint † ciues Romani, & qui non sint, vt vtraque definitio intelligatur. Dictum superiori titulo, ciues Romanos esse, qui liberi sunt & in orbe Romano: nulli ciues Romani nisi liberi, *§. vlt. in fin. Inst. de libertin.* Nec satis est liberos esse, nisi sint in orbe Romano, *l. in orbe Rom. ff. de stat. hom.* Quod si ita est, duo sunt genera eorum, qui ciues Romani non sunt, serui, & qui non sunt in orbe Romano, proinde totidem genera eorum, qui ex ciuium Romanorum testamento capere non possunt,
6 vt nec heredes institui. Quod † ad seruos attinet, videri potest in his, quod sit falsa definitio. Constat enim etiam seruos a nobis institui posse, & nostros & aliorum ciuium, & item eos, qui ab hostibus capti sunt, *l. non minus. l. illa seq. §. vlt. ff. eod.* Sed nihil fit aduersus definitionem supra positam: nunquam enim seruus heres institui potest, nisi cum in horum persona ciuis Romanus institui intelligitur, cum seruum nostrum heredem instituere non possimus, nisi cum libertate, & ideo non nisi tunc, cum liber erit, & ciuis Romanus factus est, *tit. eod. in pr.*

Alienum seruum etiam sine libertate recte instituemus, *§. alienus. Instit. eod.* sed hoc ideo, quia sub persona serui dominus serui, idemque ciuis Romanus institui intelligitur, quoniam hereditas illi acquiritur, & ex eius tantum persona cum seruo testamenti factio est, vt diserte scribitur *in d. l. non minus. ff. h.* Qui autem ex ciuibus nostris ab hostibus capti sunt, ideo recte instituuntur, quia si redierunt, postliminii ius habent, quo efficitur, vt perinde habeatur, quasi nunquam capti essent, & proinde quasi ciues Romani mansissent, *d. l. illa. §. vlt. ff. eod. §. si ab hostib. Instit. quib. mod. ius.* Quod si in persona serui neque ius postliminii est, neque alius dominus ciuis intelligitur, omnino seruus heres institui non potest. Et breuiter, seruus vt seruus institui non potest. Exemplo sunt serui pœnæ, aut qui in metallum damnati sunt, his institutis, placet nullam esse institutionem, quia nullos dominos habent, ex quorum persona consistat institutio, *l. 3. ff. de his quæ pro non scriptis habentur.*

In orbe Romano sunt duo genera hominum. Primum hi qui imperio Romano subiecti non sunt, in
7 quo genere sunt hostes. Ideo † citra controuersiam hostes inutiliter instituuntur. Vnde qui ab hostibus nostris capti sunt, si a nobis instituti, ibi decedant, nulla institutio est, quia hostibus hereditas acquiri non potuit, vt intelligitur *ex d. l. illa. ff. eod.* Hostes qui sint, † definitur *in l. hostes. de verb. sig. & l. hostes. ff. de captiuis.* Hostium numero sunt, qui ad hostes defece- 8
runt, item qui cum arma ferrent aduersus patriam, tanquam hostes a senatu iudicati sunt. Horum vtrique ciuitatem amittunt, ac proinde omnia, quæ sunt ciuium Romanorum, qua ratione etiam capite minui dicuntur, *l. amissione. §. 1. de cap. diminut.* Alterum genus est eorum, qui Imperio Romano subiecti sunt, nec sunt in numero hostium, sed ex numero ciuium Romanorum exemti sunt damnatione. Horum tria sunt genera, serui pœnæ, deportati, hæretici, hi de quibus constitutionibus Imperatorum cautum est.

Serui † pœnæ erant olim, qui damnabantur in 9
metallum, aut ad bestias, vt iis subiicerentur, aut ad ferrum, hoc est, ad gladium, vt cum alio decertarent gladio spectaculi publice præbendi caussa, quæ olim spectacula Romæ erant, *l. eius. §. vlt. ff. de testam. & qui test. fac. pos. §. pœnæ seruus. Instit. quibus modis ius patr. potestat. solu.* Hi ciues Romani esse desinebant, quoniam non tantum ciuitatem amittebant, sed etiam libertatem: efficiebantur enim serui pœnæ, *§. maxim. Institut. de capit. diminut.* Ob hanc caussam institui heredes non poterant, nec quicquam ex testamento ciuium Romanorum capere poterant, *l. sunt quidam. ff. de pœnis. l. 3. de iis quæ pro non script. habentur.* Hodie constitutione Iustiniani nemo damnatione fit seruus, *§. quod autem prius. & §. sequent. Nouell. de nupt.* Sed nihilominus libertate iis relicta, alterum ex iure antiquo manet, vt ii ciuitatem amittant; qua vna de caussa ex testamento ciuium Romanorum capere non possunt, ex definitione proposita.

Deportati sunt † quos præses pronuntiauit in in- 10
sulam deportandos, si modo & Princeps sententiam præsidis confirmauit, & assignauit insulam, *l. 6. §. eius qui. ff. de iniust. rupt. l. 1. §. deportatos. ff. de legat. 3.* Non omnes, qui iubentur excedere ex finibus alicuius regni aut regionis, deportatorum numero sunt. Nam & relegati in insulam, eiiciebantur finibus, qui tamen & ciuitatem & libertatem retinebant, *§. cum autem. versic. relegati. Instit. quibus modis ius patriæ potestat. soluat.* Igitur deportatos a relegatis distinguebant verba sententiæ præsidis, vt deportati intelligerentur, in quibus eiiciendis præses *deportandi* verbo vsus esset: relegati, in quibus *relegandi*: deportati, deportatione ciuitatem amittunt, eoque modo caput eximitur ex ciuitate, cuius & persona eximitur ex ciuitate, *d. §. cum autem. Instit. quibus modis patria potestas soluatur. l. 2. ff. de public. iudic. & l. 2. §. 1. ff. de pœnis.* Ob hanc caussam deportati heredes institui non possunt, vt hic cautum est. Sic enim intelligimus eos ad definitionem superiorem peregrinorum pertinere.

Hodie moribus † nostris & fere omnium Chri- 11
stianorum, cum nullæ insulæ sint, in quas damnati deportari solẽ ãt, intelligere debemus omnes, qui iubentur exsulare, id est, quibus interdicitur finibus alicuius regni vel regionis, solũ in numero relegatorũ esse, non deportatorum, & iura ciuitatis priora, & libertatẽ retinere, vt & testamẽta facere possint de iis, q̃ habent, & ex testamento ciuium eorum veterum

quiduis capere, nisi nominatim sententia præsidis ius ciuitatis illis ademtum sit, & sententia comprobata sit a Principe, *arg. d. l. 1. §. deportatos. ff. de legat. 3. d. l. 3. §. eius qui. ff. de iniust. rupt.*

12 Hæreticos † etiam intelligimus eximi ex numero ciuium Romanorum, ex eo, quod constitutiones iubent nihil ex legibus eis, commune esse cum ceteris, *l. Manichæos. sup. de hæretic.* Nam ciues iuris ciuilis communionem habent. Hæreticos dicimus eos, de quibus nominatim comprehensum est, *l. Manichæos. & l. Arrianis. sup. de hæret.* Hac de caussa vetantur etiam ex testamento alieno quicquam capere iisdem constitutionibus. Hæreticorum numero habentur Apostatæ, qui a fide Catholica defecerunt ad hostes fidei, de quibus cautum est, *l. 1. & l. 3. sup. de Apostat.* Hęc de primo capite peregrinorum dicta sunt. Secundum caput pertinebat ad deportatos, & de iis satis dictum supra.

Tertium caput diligenter expendendum est. Cum ergo hic dicitur, peregrinos & nominatim deportatos heredes institutos capere nihil posse, sed pro non scriptis haberi, id hanc significationem habet: Iis he-
13 redibus † institutis cum hereditatem non capiant, hereditatem ad heredes legitimos redire, aut si qui alii heredes instituti sunt, his portionem incapacium heredum accrescere, breuiter autem hereditatem ad fiscum non pertinere, quia id iuris est, quasi ii heredes instituti non essent. Quam sententiam, quia nonnulli loci dubiam faciunt, conducet nos in ea sententia confirmare, probatur autem iis argumentis tribus. Primum, si deportati nullo modo instituti essent, nec alii heredes scripti, hereditas rediret ad heredes legitimos, nec prius pertineret ad fiscum, quam constaret bona esse vacantia, id est, defunctum nullum habere heredem, *l. 1. in pr. & §. qui semel. ff. de success. edict.* Ergo etsi deportati instituti fuerint, nihilominus hereditas in eadem caussa erit, ex hoc loco, quia perinde habetur quasi scripti non essent.

Deinde, deportatis heredibus institutis non potest heredit[a]s ad fiscum pertinere, ni hereditas auferatur heredibus scriptis tanquam indignis, vt sic illis ablatam fiscus vendicet, *l. cum quidam. & tot. tit. ff. de iis qui. vt indig.* Non potest autem hereditas deportatis auferri, nisi prius eam ceperunt, quod & verbum satis probat, & declaratur *ex l. ex facto. §. vlt. ff. de vulgar.* Deportati autem instituti capere non possunt, vt hic expressum est, proinde nec eis hereditas auferri potest, ideoque ablata vindicatur fisco. Postremo hæc sententia certis locis & disertis statuitur, ea quæ pro non scriptis habentur, ad fiscum non pertinere, *l. 3. ff. de iis. quæ vt indig. l. vn. §. 1. infr. de codicill.* Hic autem diserte scriptum est, deportatos heredes institutos pro non scriptis esse. Ex quo efficitur, eam hereditatem non pertinere ad fiscum.

Sed dubitationem adferunt hi duo loci. Primum *l. cum quidam. ff. de iis quæ vt indig. auf.* Nam illic ita scriptum est: Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat, tanquam indignis hereditatem auferri pridem placuit. Respondeo: Diligenter hæc verba expendenda sunt, heredes quos testator instituere non poterat. Quibus verbis significantur hi heredes, qui alioqui sua conditione institui possunt, sed non possunt institui a testatore propter delictum aliquod, quod cum fit, si ii nihilominus instituuntur, valebit quidem institutio, sed hereditas tanquam indignis heredibus aufertur & vindicatur fisco. Huiusmodi est heres mulier, quam testator prius adulterio cognouerat, si illa instituatur heres, & e conuerso si illa instituat heredem eum, a quo cognita erat, *l. Claudius. & l. mulierem. ff. eod. de iis quæ vt indig.* Nos hoc loco de iis heredibus agimus, qui in totum heredes institui non possunt, quos cum dicamus pro non scriptis esse, consequens est si instituantur, institutionem de priore iure hereditatis nihil mutare.

Alter locus est *l. si deportati. ff. de leg. 3.* vbi scriptum est, si deportati seruo fideicommissum relictum sit, id ad fiscum pertinere. Si quis dicat aliud esse, si quid relinquatur deportati seruo, aliud si ipso deportato, de quo hic agitur, in promtu responsio est, nam quorum seruis relinqui potest, iis etiam relinqui ipsis potest, non est enim testamenti factio cum seruis, nisi ex persona dominorum, cum quibus etiam testamenti factio est, *l. non minus. ff. eod.* Quare si concedimus deportati seruo fideicommissum recte relinqui, vt relictum ad fiscum pertineat, necessario concedendum est, etiam deportato recte relinqui, vt relictum ad fiscum eodem modo pertineat. Quod & verum est, sed non aduersatur huic loco: distat enim multum, vtrum deportato fideicommissum relinquatur, an heres instituatur deportatus. Fideicommissum deportato relinqui potest, heres institui non potest. Differentiæ ratio sumitur ex ea definitione deportati bonorum, quæ traditur *in l. sunt quidam. ff. de pœnis.* Illic scriptum est, deportatos & omnes tales, non habere ea quæ sunt iuris ciuilis, sed habere quæ sunt iuris gentium. Secundum hanc sententiam deportati heredes institui non possunt, quia non est institutio nisi testamento, nec testamentum, nisi ordinatum ex iuris ciuilis solemnibus, *§. sed cum paulatim. Inst. de testam. ordin.* Huius iuris communionem non habent deportati, vtpote, qui ciues Romani non sunt vt dictum. Contraria de caussa fideicommissum deportatis recte relinquitur, quia fideicommissum naturaliter ex sola voluntate testatoris valet, *l. pen. ff. de leg. 1. l. cum proponebatur. ff. de leg. 2.* Nec solemnia iuris desiderantur in fideicommisso, quod declaratur hoc argumento. Nam codicillis recte relinquitur: codicilli autem solemnia iuris non desiderant, *§. vlt. Instit. de codicill.*

Sed huic rationi & distinctioni aduersantur verba, *d. l. deportati ff. de leg. 3.* Nam si verum est, quod dicimus fideicommissum recte relinqui, quia deportatus possit habere ea, quæ sunt iuris gentium, consequens erit fideicommissum pertinere ad deportatum, non ad fiscum. Nunc autem in d. l. scriptum est, fideicommissum ad fiscum pertinere. Respondeo: Fideicommissum deportato acquiri verum est, *iuxta d. l. sunt quidam.* Nec eo minus verum est, idem ad fiscum pertinere. Pertinet enim ad fiscum, sed suo tempore, sed quod quid sit intelligimus *ex l. 2. infr. de bon. proscript.* vbi significatur, deportatum ea, quæ post deportationem acquirit, sibi habere, sed ea, quæ prius habuit, etiam fisco publicari, vel sic effectu omnia deportati bona publicentur, & ea quæ ante deportationem habuit, & ea quæ postea, sed alia prius, alia posterius.

Cum autem hic dicimus, peregrinos † & qui ci- 14
ues Romani non sunt, heredes institui non posse, quia non sit cum iis testamenti factio, ex eo per contrarium admonemur cum ciuibus Romanis testamenti factionem esse, eosque ex testamento ciuium Roma-

Romanorum capere posse, quod & verum esse declaratur *cap.1.& 2. legis Falcid. l.1.ad l.Falcid.* Id adeo verum est, vt quamuis sint aliqui ciues Romani, qui testamenti factionem non habeant, nihilominus sit cum illis testamenti factio, vt alterius testamento heredes institui & capere possint, vt mutus, surdus, prodigus, impubes, furiosus, *l.filiusfam.ff.de testam.& qui test.fac.poss.* Sed tamen hoc nõ est perpetuum. Etiamsi enim omnes ciues Romani conditione sua heredes institui possunt, tamen quidam sunt, qui non possunt a quouis institui, neque quouis modo: quidam sunt qui solidum capere non possunt: quidam qui in totum possunt institui, sed non ita, quin iis institutis hereditas auferatur vt indignis, & fisco vindicetur. Quidam sunt, vt dixi, qui a quouis institui non possunt. In hoc genere sunt hi, qui nati sunt ex incesto coitu. Nam hi a quibusuis extraneis heredes institui possunt a ciuibus Romanis, a parentibus non possunt, neque quicquam ex testamento eorum capere, *§.vlt. Nouel.quib.mod.nat.eff.* Sunt etiam qui institui possunt, sed non eodem modo quo sunt instituti. In hoc numero est Imperator & Princeps, quem constat simpliciter heredem institui posse, *l.non dub. sup.tit.prox.* Sed placuit eum non posse institui litis caussa, *§.vlt. Instit.quib.mod.test.infirm.* Ratio redditur *in l.pen.ff.h.* Quidam etiam capere solidum non possunt. Huius generis multos olim fuisse constat, & huius iuris varias caussas, de quo iure exstat *in fragmentis Vlpiani de solid.incapac.* Sed totum illud ius exsoletum, mansit tantum pars in filiis naturalibus, de quibus cautum *eadem Nouel. Inst. quib. mod. nat. eff. in §. discretis.* ad hanc summam, vt si testator legitimos liberos habeat, filii eius naturales ex vna tantum vncia ab eo institui possint, si non habet liberos legitimos sed parentes, tunc filii naturales ex besse, id est, octo vnciis, heredes institui possunt, reliquis vnciis destinatis parentibus pro legitima ratione. Quod si testator neque liberos legitimos, neque parentes habeat, placet filios naturales solidum capere posse, ex testamento patris.

Sunt etiam, vt dixi, qui a quouis recte instituantur, sed inutiliter, quia fiscus hereditatem vindicet, id accidit, cum aliquis mulierem adulterio cognouit. Nam siue ipse eam mulierem postea heredem instituat, siue ab ea ipse instituatur, consistit quidem institutio, vt hereditas non veniat ad legitimos defuncti, sed ea instituto vt indigno aufertur, *l.Claudius.& l.mulierem.ff.de iis quæ vt indig. aufer.* Quemadmodum autem ciues Romani heredes institui possunt, sic possunt eorum serui ex persona eorum, *d.l.non minus.ff.d.tit.* Sed & hoc non est perpetuum: nam primum seruus adulterio cum domina maculatus, non potest institui ab ea, quæ eius criminis postulata est, propterea quod vetatur ab ea manumitti. Nõ potest autem proprii serui institutio procedere, sine libertate, *§.est autem. Instit. de hered. instit.* Præterea lege Ælia Sentia cautum est, nec eos qui soluendo non sunt, seruos suos testamento posse manumittere, præter vnum, quem heredem instituere possunt, ita vt ei liber fiat, & heres solus ac necessarius, vt est *in Instit. quib.caussis manum.non licet.*

*Ad L.11. Pater tuus.*

Imp. Antoninus A. Cælitio.

*Pater tuus si ex residua parte heres institutus est, quam aliter heres scriptus capere non poterat, isque ad nullam partem hereditatis per conditionem suam admitti potuit: ex asse heres exstitit. Nam residui commemoratio, etiam totum admittit. PP. 15. Kalend. Iulii. Romæ. Duobus & Aspris. Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Residuum quid significet.*

2 *Heres quoties quis instituitur ex parte residua, si nulla pars residua est, omnino non est heres.*

Testator primum & secundum heredes instituit, iis verbis: *Primus ex ea parte, quam per leges capere potest, heres esto. Ex residua secundus heres esto.* Mortuo testatore compertum est, primum nihil capere posse. Quæsitum est, vtrum secundus admittatur, & ex qua parte, propterea quod institutus non ex toto, sed ex residua, deinde quod nihil videtur residuum? Rescriptum est, eum ex asse heredem futurum, etiamsi verbo sit institutus ex parte. Nec obstare significationem residui, quod verbum videri potest esse partis nomen, quia residui commemoratio totum continet. Sed huic sententiæ duo obstant, primum significatio verbi. Nam † residuum significat partem sine 1 dubio, non totum. Residuum enim dicitur, cum duæ sunt partes aut plures alicuius totius, & quibusdam prius remotis restat aliquid, quod nondum attactum est, id enim quod restat solum dicitur residuum. Respondeo: Ita est, residuum partem significat verbi significatione. In specie autem proposita ex voluntate testatoris, significat totum, eaque significatio ex præcedentibus liquido intelligitur. Cum enim testator dixerit: *Ex residua parte secundus heres esto*, subaudiendum est ex residua parte, quam non poterat capere. Ita sentẽtia testatoris secundus institutus est ex eo, quod primus capere non poterat. Primus autem capere nihil potuit. Proinde voluntate testatoris ex eo toto, quod primus capere non poterat, secundus heres institutus est. Itaque hæc verba: *Residui commemoratio totum continet, &c.* sic accipienda sunt: In hac specie totum continet, vbi voluntas testatoris manifesta est. Rursus eadem significatio verbi alio modo efferri potest: secundum non modo non admitti ex asse, sed ne in partem quidem. Nam in proposito nihil est residuum. Quoties autem aliquis heres † instituitur ex residua parte, si nulla pars residua 2 est, omnino non est heres, *l.item quod Sabin. §.sed si ex asse.ff.h.* Ex quo efficitur in proposito secundum nulla etiam parte heredem fore. Nihil autem hic residuum esse apparet ex eo, quod nulla pars ante detracta est, quam primus possit capere. Vbi autẽ prius nihil detrahitur aut ponitur, nihil dici potest residuum esse, id enim residuum est, quod restat. Respondeo: Reuera hic nihil residuum est, quod primus capere non possit, cum nihil sit, quod capere non potuerit. Sed cogitatione testatoris hic duas habet partes, quo primus vnam capiat, alteram non capiat. Testator ad hanc cogitationem orationem suam accommodat, secundum quam appellat residuum id totum, quod primus heres capere non poterat, & ex eo toto secundum substituit. Cum de voluntate testatoris constat, subtilitatem verborum spectare non debemus, *l.ex Paulo 2. §.rerum.ff.h.* Huc pertinet *l.non aliter.de leg.3.* Huic autem quæstioni huius loci locus esse potest, si proponas patrem naturalem instituisse filium suum ex ea parte, qua capere poterat, deinde mortuo patre compertum sit, hunc filium natum esse ex incesto coitu: sic enim fit, vt in totum capere nihil possit ex testamento patris naturalis, secundum ea, quæ dixi *supr.ad l.1.*

*Ad L.3. Cum proponas.*

Imp. Alexand. A. Vitali militi.

*Cum proponas Alexandrum equitem testamento primo loco Iulianum vt libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis:* Quod si ex aliqua caussa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit: tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem: *Post mortem autem testatoris Iulianum seruum communem fuisse defuncti militis & Zoili fratris eius apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quæstio. Nam si credens eum proprium & suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quenquam hereditatem pertinere voluit: exstitit conditio substitutionis: tibique hereditas delata est. Quod si verba substitutionis subscripta ad ius retulit, vt si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim quamuis iubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur: si tamen paruerit domino, & adierit: substitutioni locus non est. PP. 6. Kalend. Maii, Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Testatore seruum heredem instituente, & nisi heres esset, ei aliquem substituente, si seruus postea iussu domini hereditatem adeat, an eo ipso substitutus excludatur: an vero ambo pro parte admittantur. nu. 2. & in quam. nu. 3.*
4 *L. si paterfamilias, genuina & emendata lectio contra Cuiacium.*
5 *Affines qui sint.*
6 *Demonstratio falsa heredi non nocet.*

1 CVM † testator seruum heredem instituit, & nisi heres esset, ei aliquem substituat, seruo iussu domini hereditatem adeunte, quæsitum est, an substitutus excludatur, quasi deficiente substitutionis conditione. Controuersia hinc nascitur, quia alio videntur trahere verba substitutionis, alio sententia testatoris. Nam verbi significatione seruus hereditatem adeundo, non fit heres, quoniam domino hereditatem acquirit, vt nec videatur hereditas apud eum momento substitisse, *l. placet. ff. de acquir. her.* Rursus voluntas testatoris est, seruo herede instituto, vt is sibi hereditatem acquirere possit vel domino, alioqui frustra institueretur heres. In hac controuersia ex sententia & errore testatoris, itemque ex eius obscura & certa voluntate, varie constitutum est a veteribus, vt declaratur *§. vlt. Instit. de vulgar. l. si paterfam. l. seq. ff. h. & h. l. 3.* qui omnes loci ad eandem quæstionem pertinent, nec vnus sine alio recte intelligi potest.

Est autem de hac re hæc iuris veterum distinctio. Refert vtrum testator, qui seruum heredem instituit, eum sciat seruum esse, an vero liberum putet, & ita ei alium substituat. Si scit seruum esse, seruo hereditatem adeunte substitutus excluditur, quia testator voluit seruum, quem instituebat, hereditatem domino acquirere, aut sub conditione acquirere sibi. Nam aliter hic seruus heres fieri non poterit. Id autem intelligitur testator voluisse, quod iure fieri potuit, vt declaratur *in d. l. vlt. in fin. Inst. de vulg.* Quod si testator seruum, quem instituebat, liberum putauit, nec quicquam amplius significauit de sua voluntate, quatenus vellet eum seruum heredem esse; placuit, quamuis is seruus iussu domini hereditatem adierit, tamen hereditatem admitti, non quidem in totum, sed admitti in partem, vna cum domino serui instituti, vt sic ambo in partem hereditatis admittantur, *§. vlt. in pr. l. & hoc. ff. hic.*

Hoc a veteribus prima ratione absurdum constitutum videtur. Nam cum seruus hereditatem adierit, vt & superiore casu: Cur non & ibidem & hic substitutus excluditur? Hoc Iulianus expedit *in l. si paterfam. ff. h.* & totidem verbis *in d. §. vlt. de vulgar.* explicatur. Est autem hæc ratio, quia & secundum verba substitutionis & secundum voluntatem testatoris seruus quamuis hereditate adita heres non est, & proinde exstitit conditio substitutionis, eoq; & substituto locus factus est. Quod ad proprietatem verborum attinet, iam dictum, seruum hereditatem adeundo, proprie heredem non esse, sed dominum cui hereditas acquiritur, *d. l. placet. de acquir. hered.* Quod attinet ad voluntatem testatoris, perspicuum est, cum testator eum instituerit quem liberum putabat, testatorem hoc animo esse, vt ipse sibi hereditatem acquirat, vel vt ex libero seruus factus, eam acquirat alii, quoniam id futurum erat, si seruus heres institutus liber fuisset, qualem testator esse putauit. Et ideo etiam subiicit: *Quod si heres non erit, Titius heres esto.* In verbis, *heres non erit,* cogitatione sua hoc dixisse intelligitur: *Si neque ipse sibi hereditatem acquisierit, neque in mutata conditione alium heredem fecerit,* vt in proposito nihil eorum factum est, cum seruus hereditatem adiret iussu domini primum quia sibi non acquisiuit hereditatem cum seruus esset, deinde quia mutata conditione non quæsiuit alii, cum neque mutauerit ipse conditionem, & etsi mutasset, hereditatem acquisiuisset sibi & non alii. Ex quo intelligimus secundum conditionem substitutionis eum heredem factum non esse, & ita exsistente conditione substitutionis substituto locum esse.

Sed ex hac re incidimus in maiorem difficultatem. Nam si conditio substitutionis exstitit, substitutus admitti debet in totum, non in partem seruo & domino eius exclusis. Respondeo: Hoc recte diceretur, si constaret plane quid in hac conditione substitutionis testator sensisset: nunc autem quid senserit incertum est & nihilominus pro domino serui instituti faciunt & verba institutionis & voluntas testatoris. Nam seruus heres institutus postquam iussu domini adiit hereditatem, non est quidem heres iure, at est heres voluntate testatoris, neque id sine manifesto effectu. Nam si seruus interim liber fiat, sibi hereditatem soli acquiret: si seruus maneat, tamen hereditatem non adibit, nisi velit, eoque nec domino acquiret, nisi velit, vt dicitur *in d. l. 3. in fin.* Neque cogitatio seu error testatoris refragatur: nam si testator voluit eum seruum, quem liberum putabat, mutata postea conditione nouum dominum heredem facere, consentaneum est, vt si seruus adhuc seruus sit, voluerit testator, vt præsentem dominum faceret heredem, cum nouum dominum testator nosse non posset, præsentem autem antehac nosse potuerit.

In hac ergo incertitudine voluntatis testatoris, visum est neque substitutum excludendum in totum, neque rursus in totum admittendum, sed mediam sententiam sequendam esse, vt ambo ad hereditatem admittantur pro parte, vt alias mediam sententiam veteres sequi placet in ambiguis rebus, in quibus rationes contrariæ rem in contrarias sententias distrahunt. Exempla sunt *in l. antiqua. circa fin. ff. si pars hered. pet. §. cum ex aliena. Instit. de rer. diuis. §. vlt.*

Insti

2 *Inst. quib. ex caus. man. non licet.* Sed videri † potuit in hac incertitudine voluntatis testatoris, neuter esse heres, neq; institutus neq; substitutus, vt fit, cum ex duobus Titiis, Titius tutor datus est, & nõ intelligitur de vtro testator dixerit: placet enim neutrum tutorem fore, *l. duo sunt. ff. de test. tut.* Respond. Dissimilia hæc sunt: nam cum testator Titium tutorem dat, vnum tutorem dat, non duos, & fieri potest, vt si vnum tutorem dedimus ex duobus, eum eligamus, de quo testator non sensit, & ob id neuter erit, ne cõtra eius voluntatem faciamus. At in proposito testator aperte duos heredes instituit, seruum, quem primo loco instituit, & substitutũ, quem secundo loco. Proinde vtrumq; excludi, est contra voluntatẽ testatoris.

Restat ergo, vt cum de parte ignoremus, vtrumq;
3 in partem admittamus. Quæsitum est in † quam partem? Resp. Cum voluntas testatoris & pro domino instituti & pro substituto pariter faciat, consequens est, vt pari caussa, parem quoq; portionem esse vtriusque partis oporteat. Admittentur ergo ex æqualibus portionibus. Id intelligitur *ex d. l. & hoc tit.* vbi simpliciter dicitur, in hac specie hereditatem diuidi inter dominum serui & substitutum. Qui hereditatem diuidit, neq; partes adiicit, æquas partes dicere intelligitur *ex d. §. vlt. Inst. de vulg.* vbi simpliciter scriptum est, in hac specie medium substitutum in partem admitti. Qui partem nominat, neq; adiicit, quotam intelligat, dimidiam intelligere dicitur, *l. nominationem. §. portiones. de verb. sig.*

Sed huic partitioni aduersatur *l. si paterfam. in fin. ff. h.* vbi ita scriptum est, in hoc casu duos semisses fieri, ex quibus vnus diuidatur inter dominum serui & substitutum. Resp. Hoc *in d. l. si paterfam.* scriptum esse in dissimili specie. Nam cum dicimus, hereditatem ex æquis partibus diuidi inter dominum serui & substitutum, id tum dicimus, cum vnus est institutus seruus, & vnus qui seruo sit substitutus. Imperator autem *in d. l. si paterfam.* ait de ea specie, cum duo sunt heredes instituti, primo loco Titius, quem paterfamilias ingenuum putabat, qui tamen seruus erat, & Sempronius, qui vere erat liber, ex quibus Sempronius coheres substitutus est Titio, si ille heres non esset. In hoc casu recte dicitur primum duos semisses fieri. Sic enim fieri necesse est ex institutione, cum duo sunt heredes instituti sine partibus, vnde æquales partes factæ intelliguntur, *d. l. 9. §. heredes. Instit. h. tit.* Hæ partes duæ sunt semisses duo, ex quibus vnum accipit Sempronius ex institutione, de altero semisse ambigitur propter Semproniũ substitutum in eum semissem. Et Iulianus ait hunc semissem diuidi oportere inter dominum serui & Sempronium substitutum: Merito, quia in hunc tantum semissem fuerat substitutus. Quemadmodum igitur cum ex tota hereditate, seruus heres institutus est, substitutus vna cum domino instituti ad diuisionem totius hereditatis vocatur: Ita necesse est, cum seruus ex semisse tantum institutus est, eum solum semissem inter dominum serui & substitutum diuidi.

Sed sententiæ huic refragantur verba legis. Nam in principio *d. l. si paterfam.* tantum proponitur seruus heres institutus, deinde Sempronius ei substitutus. Resp. Alciatus *lib. 1. disput. cap. 2.* testatur in huius loci interpretatione, se legisse in veteri Codice hæc verba *in pr. d. l. si paterfa. Et Sempronium coheredem ei substituerit.* Semproniũ coheredẽ qui dicit, satis significat eum prius heredẽ institutũ fuisse, & Titio seruo coheredem datum. Sed siue Alciatus ita legat, siue non: non dubium est, quin ita legi oporteat, cui lectioni mire respondent illa verba responsi: *Igitur in hoc casu.* Quibus verbis significatur, Iulianum non putare idem iuris esse in omnibus casibus, in quibus testator seruum quasi liberum putat institui, sed in hoc casu, vt intelligamus in eo proprium aliquid propositum esse, diuersum a ceteris, nempe hoc modo, quod duo coheredes instituti sunt.

Vt autem intelligamus, solum Titium institutum esse, vt vulgo veteres interpretes putant, & nihilominus hanc fieri diuisionem, vt vnus tantum semis diuidatur inter istos, nulla ratio patitur. Primo repugnat superioribus locis, de quibus dictum *§. vltim. de vulgar. & l. & hæc. h.* Deinde de altero semisse, de quo tamen præcipue dici oportebat ad diuisionem hereditatis. Præterea vtri ex his, de quibus quæritur, hunc semissem attribuemus, absurdissime faciemus. Cum enim ad eos eadem quasi voluntas defuncti pariter pertineat, dispariter hereditatem partiemur.

Sunt † qui *in d. l. si paterfam.* ita legendum putent: 4
Igitur in hoc casu semisses fient, ita vt as diuidatur ex æquis portionibus, & quæ sequuntur. Qui cum refelluntur auctoritate publicæ & receptæ scripturæ, aiunt Iulianum ita scripsisse, Tribonianum imperitum iuris pro *as* reposuisse alter *semis*, quasi *a*, esset esset alter, & litera *S*, semis valeret. Sed hæc temeritas mutandæ receptæ lectionis valde vitanda est, atque etiam explodenda, vbi mutatio nullo teste, nullo auctore probatur. Quanquam in proposito hæc mutatio euidentissime refellitur. Nam quod dicunt, Tribonianum non intellexisse verbum *As* in responso Iuliani, conuincuntur *ex l. seq. & hoc.* Nam is Tribonianus collegit legem *Et hoc*, quemadmodum collegit legem *Si paterfam.* Et *in l. & hoc.* nominatim posuit, hereditatem inter dominum serui & substitutum diuidendam, hereditatem & assem, vt non sit dubium, quin idem facturus fuisset in Iuliani responso, si Iulianus scripsisset assem, non alterum semissem. Deinde dum verba responsi Iuliani emendare volunt, apertissime eius orationem deprauant. Nam quod dixit duos semisses fieri, in hoc casu tantum addere debuit inter dominum serui & substitutum, non autem adiicere illa verba, ita vt as diuidatur ex æquis partibus. Nam duos semisses fieri inter aliquos, & hereditatem diuidi inter aliquos ex æquo, sunt orationes quidem plane pugnantes.

Hæc sententia declaratur hoc exemplo huius rescripti. Testator Semproniam Cassiani vxorem heredem instituit, his verbis: *Sempronia Cassiani affinis heres esto.* Constat vxorem affinem non esse. Nam affines † definiuntur vxoris & viri cognati, *l. non facile.* 5
*§. affines. ff. de grad. affin.* Ex qua definitione intelligimus virum & vxorem esse affinitatis caussam: affinitatem autem viri & vxoris, seu nuptiarum effectum. Certum est autem diuersa esse natura caussam & effectum. Non est igitur, vt dictum, Sempronia Cassiani affinis, cum sit Cassiani vxor. An igitur heres non erit, cum huius institutionis verba ei non conueniant, & placet nihilominus heredem esse, quia verbo Sempronia satis demonstrata est. Quod adiicitur affinis, demonstratio est noua, quamuis falsa sit. Falsa demonstratio † heredi non nocet, satis est vt dixi *ad l.* 6
*4. supr.* si quauis demonstratione de heredis persona constet, *l. 9. §. si quis nomen. & §. heres. ff. eod.*

*Ad L.6. Si compensandi.*

Impp. Philipp. A. & Philippus C. Antonio.

*Si compensandi debiti gratia vxor maritum fecit heredem: desiderio tuo præter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum iuris seueritas, verum etiam defunctæ voluntas refragatur. PP. 12. Kal. Martii. Præsente & Albino Coss. 247.*

SVMMARIA.

1 *Casus legis proponitur.*
2 *Maritus ab vxore testamento heres cum alio institutus hac lege, vt debitum sibi ab vxore cum hereditate penset, an dimidiam debiti partem ab coherede petere possit.*

1 VXOR † marito debuit 100. ea testamento instituit duos heredes ex æquis partibus, Sempronium & maritum suum, sed maritum hac lege, vt debitum cum hereditate pensaret. Si de debito non petendo nihil cauisset vxor, ius ita futurum erat, vt maritus pro dimidia parte heres exsistens, dimidiam partem debiti amitteret obligatione pro ea parte confusa, reliqua autem pars salua maneret, quam proinde posset maritus petere a coherede, *l. vt debitum. l. si adulta. infr. de hered. l. licet. infr. ad leg. Falc.*
2 Secundum † hoc ius maritus in proposito instituit petere 50. aureos a coherede Sempronio, id est, dimidiam partem debiti. Quæritur an possit? Rescriptum est non posse, quia voluntas testatoris impediat. Idem caueri posse a testatore cautum est *in l. si vxor. j. de bonis auth. iud. possid.* Et merito, quia hæc scriptura pro liberatione coheredi legata accipienda est, huic autem liberationem legari posse, & quod idem est, heredem creditorem damnari posse, ne a debitore petat, inter omnes conuenit, *l. 2. l. non solum autem. §. 1. ff. de liber. leg.*

Adiicitur hoc rescripto & hæc ratio, quod legis seueritas id exigat, quod referri debet ad l. Papiam, qua cautum erat, ne coniuges inter se ex testamento capere possint amplius quam decimam, præterquam certis casibus, de quibus *in fragm. Vlpiani sub tit. Decimis. & tit. seq. & tit. de solidi capacitate.* Sed & hæc lex postea sublata est, & iussum vt coniuges non minus inuicem capere possint ex suis testamentis, quam quiuis alii ciues Romani, *l. vlt. j. de inf. pœn. cælibat.* Post quam constitutionem rescriptum hoc sola voluntate testatoris defenditur, nisi sententiam legis interpretari velimus ius, quo obligatio tollitur per confusionem, quod tamen minus proprie dici potest. Nam confusio æquitatem habet, non seueritatē.

*Ad L.7. Nec apud.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Zinoni.

*Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit: portionem hereditatis, quam is, aduersus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet: restitui tibi præses prouinciæ curæ habebit. PP. 3. Non. Decemb. Diocletiano II. & Aristobulo Coss. 285.*

SVMMARIA.

1 *Adoptatus ab aliquo in fratrem, & postea ab eodem, adoptionem valere rato, tanquam frater heres cum alio institutus, an pro herede habendus sit.*
2 *Nemo alium sibi in fratrem adoptare potest.*
3 *Adoptio quid.*
4 *Obiectio refellitur.*

QVidam apud peregrinos vel hostes, vel eos qui ciues Romani non erant, sibi aliquem adoptauerat in fratrem, & dum putat adoptionem valere, hunc semper pro fratre habuit. Idem postea testamento heredem instituit filium suum, & vna cum filio hunc, quem pro fratre habuit, & instituit tanquam fratrem, nimirum sub appellatione fratris. Cum fieret ei † controuersia quasi heres non esset, 1
de eo ita hoc constitutum est, tum defuncti fratrem eum non fuisse, proinde tanquam fratrem institutum heredem non futurum, quæ sententia conuenit cum *l. 4. j. & l. neq. j. prox. tit.* Adiicitur eam portionem filio defuncti addici debere, quod fit iure accrescendi, *l. qui ex duob. §. vlt. ff. de acquir. hered.*

Adiicitur præterea ratio, cur hic non fuerit frater, quia nemo † alium sibi adoptare potest in fratrem, 2
idque nec apud peregrinos. Quod dicitur neminem in fratrem adoptari posse, sumitur ex definitione & natura adoptionis. Nam adoptio † est modus ciuilis, 3
quo nobis quodammodo generamus liberos, *l. 1. ff. de adopt.* Non gignimus autem nobis fratrem sed liberos. Sed † obstare videtur, quod defunctus fratrem 4
istum sibi adoptasset non apud ciues Romanos, sed apud peregrinos, apud quos facile obtinebat vt adoptione frater fieri posset. Respondent Imperatores, nihil profuturum defuncto aut adoptato, quoniam vbicunque frater adoptatus sit, semper ius ciuile Romanorum eam adoptionem repudiat: nunc autem hereditas, de qua hic, percipitur secundum ius ciuile Roman. & non secundum ius peregrinorum.

*Ad L.8. Collegium.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Hadriano.

*Collegium, si nullo speciali priuilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. PP. 10. Kal. Iun. ipsis IV. & III. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Collegia an hereditatem capere possint? distinguendo affirmatur.*
2 *Collegia illicita collegia non sunt.*
3 *Collegia licita quæ.*

VEtus dubitatio fuit, an capita † certa ciuium 1
Rom. institui possunt, vt collegia, & dum obtinuit, non posse, vt dicemus *ad l. hereditatis. infr.* tandem receptum est, & hæc institui posse omnia, vt ciuitatem, *l. hereditat. j. l. si quis heres. §. vitii. de legat. 1.* vt collegia, de quibus hic dicitur & merito: nam si ciues Romani singuli recte instituuntur, nihil caussæ est, cur non corpora certa ciuium Romanorum recte instituantur, cum sub illis capitibus intelligantur instituti ciues Romani. Sed cum de collegiis dicimus, hæc ex testamento capere posse, licita collegia intelligimus, vt hic declaratur. Nam illicita non † sunt 2
collegia, vt generaliter pro non facto dicimus esse, quod contra legem fit, *l. non dub. sup. de legib.* Licita collegia † sunt non ea, quæ ciues sibi priuatim sua 3
voluntate constituunt, sed quæ permissu vel constituuntur vel confirmantur, *l. 1. ff. quod cuiuscunque vniuers. nomine.* quod & hic significatur.

*Ad L.9. Extraneum.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Iuliæ.

*Extraneum etiam cum quis moreretur, heredem scribi sibi placuit. PP. 16. Kalend. Nouembr. Sirmii. AA. Coss.*

SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Duplex huius loci lectio, & utraque probata.*
2 *Hæc institutio*, Titius heres esto cum Sempronius morietur, *valet.*
3 *Valet & hæc institutio*, Titius cum morietur heres esto.
4 *Adiectio hæc in persona heredis instituti*, cum morietur, *superuacua & pro non adiecta est.*
5 *Inter institutiones has*, Cum heres morietur, & Cum alius morietur, *quid intersit.*

1 HIC † locus legitur dupliciter, vel vt extraneus institui possit, cum quis alius moritur; vel vt extraneus institui possit, cum ipse moritur. Quo posteriori modo Accursium legisse ex glossa eius apparet. Vtraque lectio probata est, & sententiam veram & certi iuris continet. Habet tamen vtraq; institutio nonnihil dubitationis, quæ remouenda est. Dicimus
2 hanc † institutionem valere, *Titius heres esto cum Sempronius morietur.* Hoc amplius dicimus ita valere, vt Titius heres institutus non ante hereditatem possit adire quam Sempronius mortuus fuerit, quoniam institutus sit sub conditione, quam conditionem exspectare oportet, idque de ea ipsa specie conditionis diserte scriptum est *in l. heres meus, §. vlt. ff. de condit. & demonstration.*

Sed opponitur *l. hereditas. ff. eod.* vbi scribitur, hereditatem ex die dari non posse. Quidam respondent, non posse quidem ex die dari, vt dies exspectetur, sed diem reiiciendam esse, vt *in ea d. l. hereditas*, scriptum est, ideoq; in proposita institutione idem faciendum esse, sed male, non enim intellexerunt his verbis, *Cum Titius morietur*, contineri diem incertum, ac proinde conditionem. Nam dies incertus conditionem facit, *l. dies. de condit. & demonst.* Deniq; inter omnes veteres constitit, nihil interesse, vtrum dicam; cum Sempronius morietur, an si moriatur cum venerit, an vero si venerit, *l. si Titio. ff. quand. dies leg. ced. l. quodcunq. §. non solum. de verb. sig.* Vnde & hanc conditionem exspectandam esse scribitur *in d. l. heres meus.* Non obstat, quod dicitur conditionem, quæ certo exstitura est, non facere conditionem, *l. si pupillus. §. qui sub condit. ff. de nouat.* Hoc enim vere dicitur in stipulationibus, quoniam conditionis euentus etiam ad heredes stipulatoris defertur, *§. ex conditione. Inst. de verb. oblig.* At in heredis institutione nisi viuo herede exsistit conditio, frustra eo mortuo exsistet, quoniam mortuus amplius hereditatem adire non potest: hereditas autem non adita ad heredes non transfertur, *l. vn. §. in nouissim. J. de caduc. toll.*

3 Sed † nec minus valet illa institutio, *Titius cum morietur heres esto.* Quidam tamen hanc institutionem inutilem putant, quia heres institutus hereditatem adire non potest, cum moritur. Hi decepti sunt ideo, quia putauerunt heredem institutum non posse hereditatem adire, nisi cum moritur, & in summa, diem mortis esse exspectandum, quod non ita est.
4 Nam † hæc adiectio in persona heredis instituti, cum morietur, superuacua est, quod sic liquido potest intelligi. Cum hæc scriptura, *cum heres morietur*, conditionem habet & diem cum morietur, *l. si Titio. ff. quando dies leg. ced.* quod attinet ad conditionem, hæc pro non adiecta est. Denique non est hæc institutio conditionalis: nam quoties conditionem cernimus viuo herede aut legatario non exstituram, qualis hæc est, toties pro conditione non habetur, *l. heres neq. in pr. ff. de cond. & dem.* Superest dies; At hic etiam frustra institutioni adiicitur, & hæc adiectio perinde habet, quasi pura esset institutio, *d. l. hereditas, ff. h.* Quibus efficitur, cum heres ita institutus est, cum ipse morietur, institutionem pro pura haberi, & ob id valere, quia quandocunq; velit heres possit adire hereditatem, cuius institutio differtur conditione, neque ius perditur mora. Referunt huc eodem exemplo de relicta libertate & relicto vsufructu. Nam si Stychus iussus sit testamento liber esse cum moreretur, placet inutiliter relinqui libertatem, *l. libertas. ff. de manum. test.* non alia ratione, quam quod hic dies mortis Stychi exspectandus est secundum adiectionem testatoris, quo die exspectato nulla libertas esse potest, cum moriatur. Similiter si Titio vsusfructus relictus sit, placet inutiliter relinqui, quia dies mortis eius exspectandus sit, quo exspectato, nullus vsusfructus est, vtpote, qui incipiat eo tempore quo a persona recedit, *l. Titio. ff. de vsufr.*

Sed male hæc comparantur cum heredis institutione. Ideo enim in legatis diem mortui legatarii exspectamus, cum in eius mortem legatum datum est, quia cum libertas & quiduis aliud ex die & sub conditione relinqui possit, *l. 1. ff. de cond. & demonstr.* Heres autem contra ex die heres institui non potest, *d. l. hereditas. ff. h. & §. heres. Inst. h.* Summa † hæc est: Heres quamuis recte instituatur, & cum morietur ipse, 5
& cum alius morietur, tamen inter vtrumque hoc interest, quod cum heres institutus est, cum ipse morietur, pura institutio est, & volens hereditatem recte adibit, ob eam caussam, quam supra dixi. Cum autem institutus est, cum alter morietur, conditionalis institutio est, quoniam non est certum illum alterum moriturum viuo instituto. Proinde exspectanda conditio est, & si ea pendente heres institutus decesserit, nihil ad heredes suos transmittit.

*Ad L. 10. Neque.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Asclepiadæ.

*Neque per se heredes institutos, quibus hoc concessum non est, neque per seruos proprios hereditatem posse quærere, iuris dictat ratio. S. 16. Kal. Sept. Sirmii, Cæs. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Qui per se hereditatem acquirere non potest, nec per seruum suum potest.*
2 *Qui ipsi heredes institui non possunt, eorum nec serui institui possunt.*

QVI † per se hereditatem acquirere non potest, 1
nec per seruum suum potest. Deportati, exempli gratia, institui non possunt, nec instituti capere hereditatem, *l. 1. s. h.* Si eorum serui instituti sunt, nihilo magis per seruos capient, vt hic est constitutum, & recte. Plus est enim acquirere per alios, quam per semetipsum, & cum alicui non conceditur quod minus est, per seipsum scilicet acquirere, non debet concedi quod maius est, acquirere scilicet per alios. Hinc regula nata: Quod quis per se non possit, per alium non posse *c. quod alicui. extr. de reg. iur.* Huic loco opponitur *l. cum autem. §. vlt. ff. de ædilit. edict.* Deportatus cum seruum ex donationis aut emtionis caussa acquisiuisset, eum vendidit, & pretium consecutus est, quod & rite facere potuit, cum & donatio & emtio sit de iure gentium, *l. iuris gent. ff. de pact.* Hic seruus venditus cum apud emtorem esset, heres institutus est, & iussu emtoris eiusdemque noui domini hereditatem adiit, quæ & emtori quæsita est, *§. item vobis. Instit. per quas person.* Postea cum seruum

morbosum aut vitiosum esse appareat, idcirco emtor eum ex edicto ædilitio redhiberi vult venditori, vt in integrum restituatur emtio, quod ex d. lege licet, vbi scriptum est: Emtorem non alia conditione eum seruum redhibere posse deportato, quam si vna cum seruo hereditatem per seruum quæsitam restituat, tametsi deportatus ex sua persona capere non potuerit. Ex quo responso colligi videtur, eum deportatum, quem constat ex testamento alieno hereditatem alienam capere non potuisse, tamen in proposito, aut per seruum suum, aut emtorem capere: vtrum autem dicamus, ad iuris rationem nihil refert.

Sed dicendum est, nihil tale ex eo loco colligi, & in summa nihil hic quæri deportato, quod per se quærere non potuerit. Nam ipse hereditatem per seruum non capit ex testamento: hæc enim prius emtori quæsita est. Rursus hereditatem non acquirit per emtorem: hæc enim semel emtori quæsita, desiit esse hereditas, & cœpit proprium esse emtoris. Non prohibetur deportatus ab emtore requirere res eius priuatas: hic autem eo modo acquirit, cum acquirit ex caussa redhibitionis. Nam redhibitio est ex natura & iure actionis, ex emto, *l. ex emto. §. 3. de act. emt.* Plus
2 dicimus hoc loco: Qui † ipsi heredes institui non possunt, eorum nec serui institui possunt, *l. non minus. ff. eod.* Quod tamen sic interpretandum est: Quod si deportati serui heredes instituti, frustra sint instituti, vt deportatis acquirant, si serui postea manumissi, sint ad hereditatem admittendi, *l. si seruus eius. de acquir. hered.*

Non obstat quod in heredibus instituendis spectatur tempus quo instituuntur, vt sit cum eis testamenti factio, *l. si alienum. §. 1. ff. eod. §. in extraneis. Inst. de hered. qual. & differ.* Hoc enim ita est, nisi is qui capere non potest, instituatur in id tempus, cum capere potuit, *l. in tempus. ff. eod.* Id autem tempore testatoris intelligitur, cum seruus heredem instituit: hic enim intelligitur instituere, vt vel domino suo acquirat, vel si alienatus erit nouo domino, vel manumissus, sibi acquiri possit, *Instit. de hered. instit. & §. alienus. l. si paterfam. ff. eod.*

*Ad L. 11. Extraneum.*

Impp. Theod. & Valent. AA. Hierio PP.

*Extraneum etiam penitus ignotum heredem quis instituere potest. Dat. 11. Kal. Mart. Constantin. Felice & Tauro Coss. 428.*

SVMMARIA.

1 *Extraneus ignotus an heres institui possit?*
2 *Quod dicitur*, Iudicium testatoris in testamento certum esse debere, *quo modo intelligatur.*

1 DVbitatum est, † an quis extraneum sibi ignotum possit instituere, propterea quod constitit inter omnes auctores iuris, iudicium testatoris in testamento certum esse oportere, & eum qui certam legem testamento dicere non possit, testamentum facere non posse, *l. si in testamento. ff. de testam. & qui testam. arg. in l. illa h.* Non videtur autem testatoris iudicium certum esse posse de homine, quem penitus non nouit. Sed nihilominus placuit etiam maxime ignotum institui posse, *vt hic & in §. vlt. Inst. eod.* Nec
2 ad † rem pertinet, quod iudicium testatoris debet esse certum. Hoc enim iudicium requiritur in rebus eius & in persona eius, vt sciret se testamentum facere posse, & sciat se iure posse & habere vnde testetur, vt declaratur exemplo *d. l. si in testam.* Certum quoque iudicium esse debet testatoris in eo, vt sciat nomen eius quem instituerit, ne erret in persona. Cetera quia ad voluntatem supremam testatoris nihil pertinent, quales sunt mores heredis instituti, conditio & familia eius, testatorem ignorare concessum est. Denique dum persona heredis instituti constet, ex ea demonstratione, quæ certa sit, ad institutionem heredis satis est, *d. l. quoties. §. heres. ff. eod.* Nihil huc pertinet, quod dicitur *in l. 1.* peregrinos institui non posse. Alius enim est extraneus ignotus, alius peregrinus ille, qui nulla nos necessitudine attingit; hic etiam maxime ignotus institui potest, dum ciuis Romanus sit, ille ciuis Romanus non est, vnde non potest institui, etiamsi nobis notissimus sit, vt dictum *ad l. 1.*

*Ad L. 12. Hereditatis.*

Imp. Leo A. Erythrio PP.

*Hereditatis vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis domus, aut annonæ ciuiles, aut qualibet ædificia, vel mancipia, ad ius inclytæ vrbis, vel alterius cuiuslibet ciuitatis peruenire possunt. D. 5. Kal. Mart. Martiano & Zenone Coss. 469.*

SVMMARIA.

1 *Ciuitates & municipia olim heredes institui non poterant, nec iisdem legari.*
2 *Ratio huius constitutionis.*
3 *Contrarium hic constituitur.*

COnstat † olim existimatum esse, ciuitates & municipia non posse heredes institui, perinde vt neque legari. Id scriptum *in fragm. Vlpian. tit. qui fac. her. poss.* Sed huius iuris certum est argumentum *in l. omnibus. ff. ad Trebell.* vbi scriptum est, Senatusconsulto effectum esse, vt municipibus fideicommissa hereditas possit restitui. Ex quo intelligimus, ante id Senatusconsultum nullam fuisse necessitatem restituendi, quia videlicet municipium capere non posset. 1
Ratio † hæc videtur, quia incertis personis tum non poterat legari, *§. incertis. Instit. de legat.* quo ex genere putabantur esse ciuitates & municipia, quia ciuitates nihil sunt, sed ex ciuibus singulis æstimantur, ciues autem incerti. Eodem accedebat, quod non videbatur, singulos ciues adire posse, vt cernerent hereditatem. 2

Sed tandem † obtinuit, ciuitates & municipia institui posse, & quiduis ex alieno testamento capere, quod & ante hanc constitutionem inductum videri potest, vt colligitur *ex l. 6. §. si fisco. ff. ad Trebell.* Vtcunque est id diserte hac constitutione cauetur, nec mouebimur, quod incerta persona ex testamento heres institui, & capere non possit: nam singula capita ciuitatis certa sunt. Vt ipsa autem ciuitas instituitur, non singuli ciues, etsi quis putaret singulos ciues institui, tamen non minus hi certi sunt; vnde ciuitates nominantur, cum nominatur aliquid quod certo loco nominetur, id vt & locus ipse certum est, *l. palam. de legat. 1. l. ait. ff. de re iud.* Adde quæ dixi *ad l. collegium.* 3

*Ad L. penult. Quoties.*

Imp. Iustinianus A. Mennæ præfecto pretorio.

*Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorũ loco haberi certum est: Alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterũ legũ tenore ad certam vnciarum institutionẽ referuntur: eos tantũmodo omnib. hereditariis actionibus vti vel conueniri decernimus, qui ex cer-*

*ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Dat. 8. Id. April. Constantinop. Decio V.C. Coss. 529.*

SVMMARIA.

1 *Ex re certa heres quis institui non potest.*
2 *Si quis ita sit institutus, an institutio valeat.*
3 *Quoties aliquid fit partim legitime, partim non, id quod licite fit, valet, nec per partem inutilem vitiatur.*
4 *Quoties fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, & sine quibus ad id, quod volumus, perueniri non potest.*
5 *Duobus heredibus ex rebus certis institutis quid iuris sit.*
6 *Vno ex re certa, alio vel aliis non ex re certa institutis, quid iuris sit.*
7 *Ex re certa institutus, vtrum legatarii an heredis locum habere dicatur, quid intersit.*
8 *Heres ex re certa institutus, reliquis heredibus vel hereditatem non adeuntibus, vel deficientibus, quid consequatur, & num. 9.*

1 QVÆRITVR an quis institui possit ex re certa, veluti ex fundo Tusculano? Et certum † est non posse, vt quidem efficiatur heres ex ea re certa. Nam heres est iuris vniuersi successor, non vnius rei; *l. 9. §. heredes. ff. h. § legatariis. Inst. de testam. ordin. l. hereditas.*
2 *ff. de re iudicat. l. nihil al. nd. de verb. sig.* Vnde † rursus quæsitum est, an si quis ita sit institutus heres, institutio valeat? Et placuit valere, vt vel institutus legatum solum haberet, vel vt in totum heres esset: vt constat ex hoc loco, *& l. 1. § si ex fundo. l. si alterius. cum l. seq. ff. eod.* Sed qui ita institutus est ex re certa, placet alias eum heredem esse in totum, alias legatarii locum habere. Pro herede habetur, si solus ex ea re certa institutus est, *d. l. 1. §. si ex fundo.* Sed hic primum repugnat ratio iuris: nam dicitur neminem ex re certa heredem esse posse. Respondeo: Cum dicimus, institutum hoc casu heredem futurum etiam in vniuersum heredem fieri: non enim ex fundo dixi, vt sit heres, vel quasi sine mentione fundi simpliciter institutus esset, vt ibidem scriptum est.

Sed rursum hic repugnat scriptura testamenti. Nam testator institutum non simpliciter heredem voluit, sed ex re certa. Respondeo: Is qui heres institutus est esset si posset, nunc quia non potest, idcirco quod non legitime adiicitur, pro non adiecto habetur vt sic institutus fiat heres detracta mentione fun-
3 di, idque congruit cum ea definitione: Quoties † aliquid fit, sed partim legitime partim non, id quod licite fit, valere, neque vitiari per alteram partem inutilem placuit, *l. 1. §. antep. ff. de verb. oblig.* Quod contingit in hac institutione: nam testator vult primum Sempronium sibi esse heredem, hoc vtiliter facit, & ideo heres erit. Vult præterea heredem esse ex certa parte, hoc vero inutiliter adiicitur, proinde pro non adiecto habetur. Qua ratione receptum est, etsi quis heres institutus sit ex die, is institutus intelligatur detracta mentione diei, *l. hereditas. ff. eod.*

Sed rursum eadem vtilitas testatoris restringi videtur, quo minus is qui institutus sit in totum heres. Nam cum testator eum instituit ex re certa, amplius eum habere nihil voluit, ac proinde ex voluntate testatoris heres non erit. Respondeo: Imo hoc ipso, quod testator voluerit heredem institutum rem certam habere, etiam illum heredem esse voluit, quia eam rem ex testamento habere non potest, nisi aditur hereditas ex testamento, *l. nunquam. ff. de fideicom.* Non poterit ex eo hereditas adiri, nisi is qui institutus est, sit heres. Proinde testator eum quoque heredem esse voluit. Quoties † enim fieri aliquid volu- 4
mus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, & sine quibus ad id quod volumus perueniri non potest, *l. illud. in fin. de acquir. her. l. 1. §. 1. ff. si vsufr. pet. l. 2. ff. de cond.*

Idem iuris † est, si duo sint heredes ex rebus certis 5
instituti. Nam & hic, cum non possint eas res consequi ex voluntate testatoris, nisi & ipsi heredes sint, fit vt ex eadem voluntate heredes sint, & quoniam non possunt heredes esse, nisi detracta singularum rerum mentione, fit vt non pro modo rerum legatarum sint heredes, sed ex æquis partibus, *l. si alterius. & l. seq. ff. eod.* Solum res ex quibus instituti sunt percipiunt prælegati iure in diuisione hereditatis, de quo multis verbis differitur *in l. ex facto proponebatur. ff. eod.* Quod
si † vnus institutus sit ex re certa, alius autem aut alii 6
instituti non ex re certa, hic locum habet hæc constitutio, qua cauetur eum, qui ex re certa institutus est, legatarii loco, non heredis esse: eum autem eosve, qui non ex re certa instituti sunt, solos heredes esse, solos exercere actiones hereditarias, solos a creditoribus hereditariis conueniri, & solos in summa hereditatis oneribus teneri. Differentiam non facit sola voluntas testatoris: nam quoties testator instituit aliquem ex re certa, toties vult eum rem solum habere, si habere eam potest sine hereditate. Quod si eam habere non potest nisi sit heres prius, vult quoque heredem prius esse. At prioribus duobus casibus quos commemorauimus, institutus ex re certa, eam rem habere non potest, nisi prius sit heres, vt eius aditione testamentum confirmetur, & proinde seruaretur voluntas testatoris, quo fit, vt etiam sit heres. In hoc autem postremo, de quo agitur hac constitutione, euenit, vt heres ex re certa institutus, eam rem solam habere possit, etiamsi non sit heres, quia alii sunt heredes instituti: nam ex re certa, quia veri heredes exsistere possunt, & quorum aditione testamentum confirmetur, vt sit ex eo testamento res certa, quæ huic ex re certa instituto præstari possit. Ergo vt dicimus hic qui exemplo proposito ex re certa institutus est, legatarii tantum loco habetur.

Quid † interest vtrum legatarii locum eum habe- 7
re dicamus, non heredis? Hoc interest, quia legatarius nihil consequi potest præter rem legatam, heres autem in vniuersum ius defuncti succedit, *l. heres in omne. de acquir. her.* Præterea legatarius sine onere legatum habet, id est non tenetur creditoribus hereditariis, soli heredes rei alienæ obnoxii sunt, *l. vlt. ff. de her. act. l. si hereditat. ff. mandat.* Ceteri autem heredes instituti soli heredes sunt, & in solidum tenentur siue instituti sint sine parte, siue ex certis tantum ratisque, vt hic adiicitur. Sine parte hoc modo: Primus ex fundo Tusculano, heres esto. Secundus & tertius heredes sunto. Dicimus hoc casu secundum & tertium solos obligari iure alieno, quod dubitationem non habet, quia heredes sine partibus instituti, in totum instituti intelliguntur, *l. quoties 9. §. heredes. ff. h.*

Ex certis vnciis institutis fit hoc modo: Primus ex fundo Tusculano heres esto, secundus & tertius ex 4. vnciis heredes sunto. Dicimus hic secundum & tertium in solidum heredes esse, & teneri creditoribus hereditariis. Hoc vero videbatur absurdum, teneri

videlicet istos in duabus vnciis, in quas diuiditur hereditas, cum verbis testatoris solum instituti sint ex 4. vnciis. Huius ergo dubitationis remouendæ caussa in hac adiicitur constitutione, reliquos heredes, quamuis ex certis vnciis instituti sint, nihilominus tamen heredes in solidum futuros, & onera hereditaria admissuros. Non obstat, quod sunt tantum ex 4. vnciis instituti: nam quoties testator certas tantum vncias nominat, in his totam hereditatem ponere intelligitur, *l. interdum. §. 1. ff. eod. §. hereditas. Instit. eod.*

Sed hæc omnia ita se habent, si in hac specie hi, qui sine re certa instituti sunt, aut omnes, aut quidam ex iis hereditatem adierunt, vt sic testamenta confirmentur, & legatum præstari possit ei, quem legatari-
8 um esse volumus. Sed quid † si nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat? Prima ratione videri potest ei, qui ex re certa institutus est, nihil deberi; non eam rem certam, quia ea legata est, quo nomine dicitur legatarius is, qui institutus est: hereditate autem ex testamento non adita, nullum legatum deberi potest, *d. l. eam quam. infr. de fideicom.* Rursum nec deficientium heredum portiones huic ex parte instituta possunt accrescere, quoniam ipse non est heres, sed legatarius: portiones autem deficientes solum ei accrescunt, qui & ipse sit heres, & prius portionem hereditatis adierit, *l. qui ex plurib. §. vlt. ff. de acquir. her. l. 1. §. vlt. & ll. seqq. de bon. poss. l. si ex pluribus. de suis & legit. hered.*

9 * Sed dicemus, † eum, qui ex parte institutus est, aliis heredibus institutis deficientibus solum heredem esse, quasi institutus esset detracta rei certæ mentione. Nam hoc ius futurum erat, si solus heres institutus esset ex re certa, *l. 1. §. si ex fundo. de her. instit.* In specie autem proposita, cum hi, qui instituti heredes erant sine re certa, hereditatem non adeunt, solus reperitur institutus esse is, qui ex certa re institutus est. Proinde eodem modo solus heres erit, non quasi iure accrescendi aliorum portiones obtinuerit, sed quasi ab initio solus heres institutus esset, vt dictum. Non obstat, quod in hac constitutione dicatur legatarii loco esse, qui in specie proposita ex re certa institutus est. Hoc enim totum sic accipiendum est, si alii non ex re certa instituti heredes sint, quod fit, illis hereditatem adeuntibus. Idque satis ostenditur ex eo, quod iubentur actionibus hereditariis vti & teneri. Idem declaratur verbo legatarii: nam is qui ex re certa institutus est, non potest esse legatarius, nisi legatum consequatur: non potest autem consequi, si ex testamento alii hereditatem non adierint.

Huic distinctioni, quæ hic tradita est, male vulgo putant aduersari *Auth. nouissime. sup. de inoffi. testam.* in quo agitur de filio, qui trientem habere debet, vel institutionis, vel quouis titulo, ex quo intelligimus, eam legem ad speciem huius constitutionis nihil pertinere omnino. Nam hic aut filius instituitur non ex re certa, aut illic res certa relinquitur, sed non instituitur heres: nobis autem hic sermo est, de eo qui coniunctim instituitur heres, & vitiose instituitur nempe ex re certa.

*Ad L. vltimam. Cum in.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Cum in libris Vlpiani, quos ad Masurium Sabinum scripsit, talis species relata sit, hanc apertius expedire nobis visum est. Quidam testamentum faciens ita instituit,* Sempronius Plocii heres esto. *Veteres quidem existimabant, errorem nominis esse, & sic institutionem valere, quasi testator Plocius nominaretur, & Sempronium sibi scripsisset heredem, &c.*

SVMMARIA.

1 *Institutio hac,* Sempronius Plocii heres esto, *quo accipienda modo, & an valeat vel minus.*
2 *Iustiniani super controuersia huius institutionis decisio. & nu. 4.*
3 *Heres heredis heres quoque est testatoris.*
5 *Ius certum circa interpretationem voluntatis testatoris obseruandum.*
6 *Error nominis in institutione non nocet.*

TEstator † ita heredem instituit: *Sempronius Plocii* 1
*heres esto*, siquidem testator Plocius vocetur, expedita interpretatio est huius institutionis. Sic n. est accipienda, quasi testator instituerit sibi, vt de se sub tertia persona sit locutus. Sin testator Plocius non vocetur, quæsitum est an valeat institutio? Non valere statim dixeris, quia testator sibi heredem non instituit: instituit Plocio, sed non potuit, quia incerta est voluntas testatoris, si quis legauerit rei suæ non alienæ, *l. verbis leg. de verb. sig. l. testandi. 5. prox. tit.* Rursum institutionem valere dixeris, vt valeat detracta Plocii mentione, quemadmodum fieri dicimus in iis speciebus institutionum, de quibus *ad l. pen. sup.* dictum est, *l. 1. §. si ex fundo. ff. h.* Quod posterius veteres quidam secuti sunt, quasi non videretur testator satis nominis sui meminisse.

Iustinianus † hanc controuersiam decidens ita 2
constituit: Institutionem hanc duobus casibus recipi posse: Vnus est si testator alicui nomine Plocio heres prius exstiterit. Sic enim accipietur institutio, quasi testator iusserit Sempronium sibi heredem esse, ac per se Plocio. Quæ interpretatio ita recte defenditur: cum enim testator iubet Sempronium heredem esse Plocio, intelligitur velle ea omnia, sine quibus Plocio heres esse non potest, *arg. in l. illud. de acq. her. l. 2. ff. de iurisdict.* Non potest autem Sempronius Plocio heres esse, nisi prius testatori heres exstiterit, cui si exstiterit heres, idem quoq; Plocii heres erit. Proinde ex voluntate testatoris Sempronius testatori heres erit, ac per Sempronium heres erit Plocio. Id-
que † consentaneum est regulæ iuris: Heredem he- 3
dis, heredem quoq; esse testatoris, quæ regula hic refertur, estq; sententia iuris certi, *ex l. 3. de pet. her. l. interdum. de appell. l. sciendum est heredem. de verb. sig.* Secundum quam regulam dicemus, in proposito Sempronium cum heres factus erit defuncti, de cuius testamento nunc agitur, heredem quoq; futurum testatoris Plocii, cui defunctus hic heres exstiterat, & merito, nam in proprio defuncti reperiuntur omnes hereditates eorum, quibus prius heres factus erat.
Altero † casu defenditur hæc institutio, si testator a- 4
liquem Plocium sibi heredem instituit, deinde ita scripsit: *Sempronius Plocii heres esto.* Hic enim sic accipitur hæc institutio, vt Sempronius testatori sit heres, si Plocius heres institutus, heres non erit. Sed videtur hęc interpretatio verbis institutionis plane repugnare, ac propterea admitti non debere. Nam verba institutionis exigunt, vt Sempronius fiat heres Plocio, secundum sententiam autem Iustiniani fit heres testatori non Plocio. Nam ex substitutione vulgari, qualem hic interpretatur Iustinianus, testatori succeditur, non heredi instituto, *Instit. de pupill. substit.* diserte dicitur *in prin.* Respondeo: Fatendum est,

est Sempronium in proposito secūdum verba institutionis, admitti non posse ad hereditatem testatoris, sed secundum sententiam testatoris admittitur, & institutio valet. Nam his verbis, Sempronius Plocii heres esto, intelligitur testator prius Plocium heredem instituisse, deinde Sempronium ei substituisse, in pupillarem casum, siue in secundum casum, si Plocius heres erit; & intra aliquot annos postea decesserit. Quod ita interpretamur, quia qui in hunc casum primo heredi substituitur, fit heredi instituto heres, non testatori, *dict. leg. de pupill. substit. in princ.*
5 Est † autum ius certum circa interpretationem voluntatis testatoris, quoties testator primo instituto aliquem substituit in secundum casum, si primus heres erit, videri etiam eundem substituisse in primum casum, vulgarē, si primus heres non erit. *l. tam hoc inter, D. de vulg. sub.* Ex hac vulgari substitutione tacita hæc institutio defenditur.

Quod si testator neque exstiterit heres alicui Plocio, neque Plocium aliquem heredem instituerit, placet institutionem inutilem esse. Hic occurritur.
6 At error † nominis non nocet: quid igitur prohibet, quo minus hic errāte testatore intelligatur semper heres institutus esse? De nomine est *in l. 3. §. 1. D. de legat. 1.*

Respondeo: Non dicimus institutionem ideo hic non valere, quasi testator in nomine proprio errauerit, & hic error noceat: tantum enim abest, vt hæc reiiciatur institutio propter errorem nominis, vt nominatim Iustinianus dicat, ideo non improbari, quia testator in nomine errauit. Non vero verisimile esse quenquam in nomine suo errare. Sed hæc ratio est, quam initio ostendit, quia potuerit testator sibi heredem instituere, sed noluit.

At quomodo cum quis ex re certa instituatur, institutio valet rei certæ detracta mentione? Item cum quis institutus est ex die, institutio recipitur, detracto eo die? *l. hereditas, D. eod.* Respondeo: Quia in superioribus caussis testator voluerit eum, quem instituit, aliquo modo heredem esse; vt aliquo modo capere non possit etiam heres, nisi inutilibus detractis. Ea igitur secundum voluntatem testatoris detrahuntur, vt sit heres quem instituerit. In proposito aūt apparet testatorem non instituisse Sempronium sibi, sed Plocio, non detrahetur igitur, quod testator adiectum voluit, ne fiat illi heres is, quem sibi heredem esse noluit.

## AD TITVLVM XXV. COD. De Institutionibus, & substitutionib, & restitutionibus sub conditione factis.

SVMMARIA.

1 *Continuatio huius tituli cum superiore.*
2 *De institutione quæ fit sub conditione tria quærūtur.*
3 *I. An omnes sub quauis conditione institui possint.*
4 *Conditio quæ aperte verbis in alienam transfertur voluntatem inutilem reddit institutionem; secus, si tacite id fiat.*
5 *Institutio captatoria institutionem vitiat & tollit.*
6 *II. An conditio sit exspectanda.*
7 *Impossibilis conditio in testamento pro non adiecta habetur.*
8 *III. An si conditio exspectanda est, ita exspectanda sit, vt nisi impleatur, nulla sit institutio, nullum legatum.*

Dictum est † prox. tit. vt institutio valeat duabus 1
in rebus positum esse, in persona heredis, vt sit qui institui possit, & in instituendi modo, vt rite facta sit institutio. De persona heredis illic dictum est. Instituendi modus hic enarratur. De eo autē in summa hoc est satis. Heredē pure institui posse citra controuersiam: ex die aut ad diem nō posse: sub conditione autem itidem posse, *§. heredem, Instit. de hered. instit. l. hereditas. D. h.* Hinc † de institutione quæ fit sub 2
conditione tria quæruntur. I. An omnis sub quauis conditione institui possit? II. Si quis sub conditione recte instituitur, vt institutio valeat, an omnis cōditio, id est, eius euentio, sit exspectāda? III. Si exspectanda est, an conditione non impleta inutilis sit institutio?

Quod quæritur † an omnes sub quauis conditione institui possint, de eo sic habendum est, regulariter posse: sed hic & quasdam personas excipi, & in omnium heredum persona quasdam conditiones. In personis excipiuntur filii, qui sunt in potestate testatoris, quos placuit non posse heredes institui, nisi sub ea conditione, quæ sit in eorum potestate, *l. 4. h.* vbi dicetur. In omnium autem persona heredum, excipiuntur duæ conditiones, quibus adiectis inutilis est institutio. I. Illa conditio, † quæ aperte verbis in alienam voluntatem transfertur, vt puta hæc inutilis est institutio, Titius heres esto, si Mercurius voluerit, vbi voluntas Mercurii aperte exprimitur. Diuersum est, si conditio conferatur in voluntatem Mercurii, sed tacite, vtpote hæc institutio valet, Titius heres esto, si Mercurius Capitolium ascēderit, tametsi sit in potestate Mercurii Capitolium ascendere aut non. Hæc *in l. illa, D. de her. instit. l. si quis Sempr. eod. l. nunquam, D. de cond. & dem.* ad quam distinctionē pertinet regula iuris, cuius est hic sensus. Si quid lex adiici vetat, id ita nocet, si expressum sit: quod si expressum non sit, non nocet etiamsi intelligatur. Huius generis est hæc voluntas extranei, quam lex in conditione institutionis huius adiici vetat. Alterum † genus est conditionis, quæ captatoria est, & captatoriam facit scriptura, veluti Titius heres esto si me heredē instituerit. Huius generis institutiones, & legata nullius sunt momenti, *l. captatoria, D. de testam. milit.* vbi de hoc genere dicitur.

Si iuste & recte institutio sub conditione facta est, sequens est † quæstio, an conditio sit exspectanda? 6
Et hic hoc conuenit inter institutionem, quæ fit ex die, & eam quæ fit sub conditione, quod vtraque pariter valeat, vt heres admittatur. Hæc differentia est, quod diei adiectio inutilis est, *d. l. hereditatem, D. de hered. instit.* Conditione autem adiecta & institutio vtiliter fit, & conditio vtiliter adiicitur, id est, quod quærimus, conditio est exspectanda, *l. vn. §. sententia, j. de cond. toll.* Differētiæ ratio nata est ex regula iuris, qua efficitur: Neminē in paganis pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse, *l. ius nostrum, de reg. iur.* Aduersus hanc regulam peccatur, si dies vtiliter adiicitur, & ob hanc caussam pro non adiecta habetur. Non item peccatur, si conditio admittetur: Nam cū testator heredem instituerit, post duos annos, quā moriatur, ante eos duos annos heredem esse non vult, ac proinde intestatus pro eo tēpore decedit, sic fit, vt velit interim hereditatem ad legitimos heredes pertinere: argumento est quod ita res transigeretur, si heres ex die a milite institutus esset, *leg. miles ita, de milit. testamen.* Hoc autem vt

dixi regula iuris non patitur in paganico testamento, vt testator pro parte temporis testatus, & pro reliqua intestatus decedat, vbi testator heredem instituerit sub conditione, quemadmodum conditione deficiente non vult institutũ in totum heredem esse. Sic conditione contra exsistente vult in totũ esse heredem, non tantum pro eo tempore quod sequitur euentum conditionis, sed etiam pro tempore antecedente, vt appareat conditionem non tempori adiici, id est, adiici eo, vt intelligatur an testator voluerit institutum heredem esse, non autem ex quo tempore voluerit. Ita rursum fit, vt ex conditione aut in totum testatus decedat, aut in totum intestatus, siue conditio defecerit, siue exstiterit.

Sed hæc de conditionibus possibilibus dicta sunt.
7 Impossibilis † conditio in testamento pro non adiecta habetur, *l. 3. D. de cond. & demonstr. l. 1. de condit. insti. §. turpis her. insti.* aliter atq; in contractibus, *§. si impossib. de inutil. stip. l. non solum, de verb. oblig.* Proinde impossibili conditione institutioni adiecta is qui institutus est, erit heres omni modo, si velit, vt is qui pure institutus erit. Impossibiles conditiones quædam sunt natura, quædam iure: natura, veluti, si digito cœlum attigerit. Postrema quæstio, † si conditio
8 exspectanda est, an ita exspectanda est, vt nisi impleta sit, nulla sit institutio, nullum legatum, cui conditio erat adiecta? Responsio cõsequens est superioribus, postquam conditio vtiliter adiicitur, nisi ea impleta sit, nullam institutionem esse, nihil denique deberi, *l. cedere, de verb. sign.* quod tamen nõ est perpetuum, nam interdum quæ reuera non est impleta conditio, pro impleta habetur, de quo est *in l. 1. h.*

*Ad L. 1. Cum auum.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Alelexandro.

*Cum auum maternum ea conditione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset: non prius eam heredem exsistere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, manifestum est, PP. Calend. Octob. Anulino & Frontone Coss. 200.*

SVMMARIA.

1 *Conditionum distinctio, in quæstione, an conditio pro impleta habeatur, aduertenda.*
2 *Casualis conditio quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum.*
3 *In conditione potestatiua, si per eum in cuius persona implenda est, stat, quo minus impleatur, pro impleta habetur.*
4 *Item si conditio hoc casu non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit, conditio deficit & nulla est institutio, nullum legatum.*
5 *Is cuius interest conditionem impleri, intelligitur in cuius persona conditio est implenda.*
6 *De eo, in cuius persona conditio est implenda, casu mortuo, auctorum iuris dubitatio & triplex præsertim varietas aduertenda est, & nu. 7. 8. & 9.*
10 *Prædictorum conciliatio.*
11 *In conditionibus ceteris, quæ in alterius persona impleri debent, quid obtineat.*
12 *Conditio possibilis non impleta, sine exceptione defecisse intelligitur.*
13 *Conditio impossibilis pro impleta habetur.*

CVm quæritur † an conditio pro impleta habeatur, videndum est, cuiusmodi sit: Nam quædam 1
conditiones conferuntur in euentum, quædam in potestatem heredis, aut legatarii. Priores dicuntur a Iustiniano casuales, posteriores potestatiuæ, *l. vn. §. sui aut. infr. de cad. toll.* Casualis † conditio, quocun- 2
que modo defecerit, institutio nulla est, legatũ nullum. Non enim hic spectamus quid voluerit hic qui instituitur, cum voluntate testatoris non sit conditio in voluntatem eius aut potestatem collata, sed in casum, ex quo testator legatum seu institutionem valere voluit. Quod si conditio in potestatem heredis collata sit, ita vt impleri debeat in persona alterius, in hoc genere hæc distinctio est. Nam † si per eum in 3
cuius persona conditio implenda est, stat, quominus impleatur conditio, pro impleta habetur. Hoc autem † casu si conditio ea non impleatur, cum per 4
rerum naturam impleri non possit, placet conditionem deficere, & nullam esse institutionem, nullum legatum, quantumuis per heredem aut legatarium non steterit, quo minus conditio impleretur. Vtriusque partis distinctiones suppeditat l. 1. Cuius distinctionis pars prior expressa est *in leg. 5. vers. sed si. Dig. quando dies leg. ced.* & statuitur diserte in exemplo h. l. si Seia Titio nupserit.

Eadem regula est expressa a Veteribus his verbis: Quoties per eum, cuius interest cõditionem impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur. Item *l. L. iur. ciuil. de reg. iur.* Is cuius † inter- 5
est conditionem impleri, intelligitur in cuius persona conditio implenda est, vtpote ad quem ex ea re aliquid peruentum est: Vt in hac conditione, si heres Stychum manumiserit, Stychus est is, in cuius persona conditio implenda est, & ita cuius interest impleri, nam ex eo consequitur libertatem. Ita in hac conditione, si Titio decem dederit, Titius est is, in cuius persona conditio implenda est. Iam cuius interest conditionem impleri, vt decem consequatur, talis est Titius in hac conditione, si Seia Titio nupserit: Nam & Titius impleta conditione accipiet vxorem. Ergo eius interest. Quæ conditio eleganter negatiue expressa est, & recte iis verbis: Quoties per eum, cuius interest conditionem nõ impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur, *l. iur. ciuil. de cond. & demonstr.* Is cuius interest conditionem non impleri, est is qui conditione impleta debiturus est vtpote heres, *l. Iulius, §. vltim. de cond. & demonst.* Veluti si quid legatum sit Titio, si heredi 10. daret, hic vere dixeris interesse heredis conditionem impleri vt decem accipiat, & rursum interesse non impleri, ne impleta conditione legatum debeat. Generaliter autem si stet per heredem seu per eum, qui impleta conditione debiturus est, quo minus conditio impleatur, toties pro impleta habetur *dict. l. 5. vers. sed si ea, D. quando dies leg. d. l. Iulius, de condit. & demonst.* Hæc pars nullam dubitationem habet.

Altera pars distinctionis supra scriptæ, de eo in cuius persona conditio implenda est casu mortuo, magnas dubitationes habet. Varia enim & in speciem pugnantia tradita sunt de hoc genere a veteribus. In eo † autem varietatem triplicem animaduer- 6
tere possumus. Nam † cum is in cuius persona con- 7
ditio implenda est, mortuus est priusquam recusaret admittere conditionem; quædam sunt definitiones in quibus respondetur defecisse citra distinctionem. Qualis est hæc conditio, si Seia Titio nupserit, vbi

vbi Titio mortuo priusquam matrimonium recusaret, placet Seiam conditione desertam videri, siue Titius decesserit viuo testatore, siue mortuo. Quæ sententia nō obscure colligitur ex hoc rescripto, sed diserte expressa est *in l. legatum, D. de cond. instit. l. 3. de cond. & demonstr.*

8 Quædam † sunt definitiones, in quibus contra conditio pro impleta habetur, qualis est hæc conditio, si alimenta libertis legata sint, si cum matre aut liberis testatoris morarentur, nam quo minus cum matre aut liberis morati sunt, placet alimenta nihilominus deberi, si per libertos nō steterit quo minus morarentur, *l. 1. de leg. l. annum, de an. leg. l. Caio. §. 1. de alim. & cib. leg.*

9 Est tertium † genus conditionum, in quo ipso veteres videntur contraria scripsisse. Talis est hæc conditio, si heres Stychum manumiserit. Nam mortuo Stycho quibusdā in locis scriptum est conditionem pro impleta haberi, vt *in l. quæ sub cond. §. quoties, de cond. inst. & l. turpia, §. 1. de leg. 1.* Aliis in locis contra scriptum est, conditionem defecisse videri, siue mortuo testatore Stychus decesserit, siue viuo, *l. inde Nerat. §. idem Iulianus, D. ad l. Aquil.* Quæ vt dixi non de re contraria videri possunt. Nec enim audiendi sunt interpretes, qui ista genera conantur distinguere. Aiunt hanc conditionem si heres Stychum manumiserit, esse in potestate solius heredis. Iam autem conditionem, si Seia Titio nupserit, esse in potestate partim Seiæ partim Titii. Nam vtroque mortuo, perspicuum est neutrum fuisse in potestate heredis, vtpote quē casus mortis pariter impedierit. Deinde, quemadmodum in potestate est Titii matrimoniū, ita in potestate est Titii efficere, ne manumittat, vel fugiendo vel sibi manus inferendo. Idē quoq; in manu Dei positum est, si illi mortē attulerit. Neq; enim illud verum est, quod dicunt in hac cōditione, si liberti cum matre morabūtur, mortua matre, conditionem pro impleta esse fauore alimentorū. Nam *in l. illis, de cond. & demonst.* dicitur, hanc cōditionem superiore casu non pro impleta esse, sed defecisse.

10 Hæc † vt conciliari possint, statuēdum est ita. Primum animaduertendum est in hac conditione, si liberti cum matre non morabuntur, propriū quoddam esse diuersum a ceteris huius generis conditionibus, vt scilicet mortua matre & generaliter conditione quoquo modo impedito, conditionē pro impleta videri, dummodo nō stet per libertos, quo minus morentur. Id aūt intelligitur ex fine huius conditionis. Nam cum testator libertos morari iussit cum matre, voluit vt non modo obsequiū præstent matri & iis cum quibus morari debent, id notatur *in d. l. illis, D. de cond. & dem.* Porro quod hic exigitur obsequium ab libertis, non est positum in facto morandi, sed in propensione voluntatis. Is enim obsequio satisfacere intelligitur qui paratus est obsequi, modo liceat, quemadmodum hi serui dicuntur [illegible] ,qui cupientes seruire non potuerunt, quia ægroti erant, *l. 4. § Stychus, de stat. liber.*

11 Ceterę omnes conditiones quæ in alterius persona impleri debent, sunt dissimiles. In his autem cum quæritur, an mortuo eo, in cuius persona cōditio implenda erat, conditio pro impleta habeatur? distinguendum est. Interest enim vtrum mortuus sit tunc, cum conditio potuit impleri, an vero tunc cum non

12 potest. Nam priore † casu conditio sine exceptione defecisse intelligitur, quia fuit possibilis, cōditio autem implenda est, si potest *l. quæ sub cond. §. quoties, in fi. de cond. inst.* id est, si potest impleri iure & natura. Vnde intelligimus, si tum non est impleta, defecisse videri. Posteriore autem † casu conditio pro impleta habetur, quoniam quæ conditio impleri non potest, est impossibilis. Impossibiles autem cōditiones non nocent, non tam quod habeantur pro impletis, quæ impleri nō potuerāt, quam quod habentur pro non adimplendis, *l. 3. de cond. & demonst.* 13

Ex hac distinctione natum est, quod distinguātur conditiones a veterib. si Seia Titio nupserit: & si heres Stychum manumiserit. Scire enim oportet hanc conditionē, si Seia Titio nupserit, quandocunq; impleri posse, nō solum mortuo testatore, sed etiam testatore adhuc viuo, *l. hæc cōditio 10. l. cond. 9. de cond. & dem.* Contra aūt hæc conditio, si heres Stychum manumiserit mortuo testatore impleri potest, viuo non potest, *l. 2. de cond. & dem.* Ob hanc causam placuit in hac conditione, si Seia Titio nupserit, Titio quandocunq; mortuo conditionē defecisse, & Seiam heredem Titii futuram, scilicet, quia quandocunque Titius decedit, tunc decedere intelligetur, cum Seia illi nubendo conditionē implere potest. At in hac conditione, si Seia Stychū manumiserit, res aliter se habet. Nā si Stychus decessit, adhuc viuo testatore, placet Seiam heredem conditione defecta non esse, sed conditionem pro impleta videri.

Hæc est species *l. quæ sub cond. §. quoties, de cond. inst.* vbi proponitur Stychus mortuus, sed nominatim adiicitur viuo testatore. Igitur hoc casu cōditio defecisse nō videtur, quia tunc cōditio fuit impossibilis heredi, sub hac conditione instituto. Non enim potuit eam iure implere. At si idē Stychus moriatur mortuo testatore, conditionē placet defecisse videri, & eum qui sub cōditione institutus est, heredem non futurum. Hęc enim species est *l. inde §. idem Iulianus. D. ad leg. Aquil.*

Sed vtraque species huius distinctionis suas obiectiones habet. Nam 1. quod dicitur, si Stychus viuo testatore, decesserit conditionē pro impleta haberi, id negari videtur *in d. l. inde Nerat. §. idem Iul. ad l. Aquil.* Non enim tātum illic dicitur, si Stychus occisus sit mortuo testatore defecisse cōditionem, sed etiam adiicitur: si viuo testatore occisus sit, æstimationem heredis cessare. Quibus verbis significatur, etiā hoc casu amissam esse hereditatē domino, qui conditione defectus sit, sed tantū hoc casu hereditatē nō esse æstimandam in actione l. Aquiliæ de seruo occiso. Hoc loco adducti interpretes, generaliter statuerūt, quocunq; tempore occisus sit Stychus, conditionem superiorem defecisse videri, diuersum esse si Stychus nō sit occisus, sed naturaliter mortuus sit, quo rursus casu statuunt, semper conditionē haberi pro impleta, quocunque tempore mortuus sit, & ita interpretantur *d. l. quæ sub cond. §. quoties, de cond. inst.*

Et nos hanc distinctionem sequeremur libenter, vt non improbabilem plane, nisi & verba Vlpiani & vera ratio huic definitioni refragetur. Nam Vlpianus *in d. l. quæ sub cond. §. quoties infligitur*, de Stycho mortuo nihil distinguit quando mortuus sit, tam enim moritur qui occiditur, quam qui naturaliter moritur. Deinde vera ratio facit, vt in quibus caussis eadē ratio est, in iis idē ius statui debeat, *l. illud, D. ad l. Aquil.* Nihil aūt interest ad casum naturę, an Stychus naturaliter moriatur, an occidatur ab alio, tam n. casu moritur, qui moritur natura, quā qui ab alio occidit. Ac pinde in vtraq; morte ad conditionē vel

implendam vel deficiendā nihil interest. Nam quod illi hanc rationem differentiæ reddere conātur, plane ridiculū est. Volunt, cum Stychus ab alio occisus est, ideo conditionem defecisse, quia dominus sub ea conditione institutus, hereditatem persequi possit ab eo qui occidit. Quod preposterè & absurde dicitur. Non enim ideo conditio deficit, quia dominus hereditatem amissam persequi potest, sed ideo persequi potest, quia prius conditio defecit. Oportet igitur prius demonstrari conditionem defecisse, deinde tractari de hereditate persequenda. Isti autem contra naturam faciūt priorem persecutionem domini, quam defectum conditionis.

Deinde si hanc rationem sequimur, cōditio hæc, si heres Stychum manumiserit, pro impleta habebitur, si viuo testatore occisus sit. Nam hoc casu dominus hereditatem ab extraneo cōsequi non potest, vt dicitur nominatim, *in d.l. inde Nerat. §. idem Iul.* Et tamen illic sequitur conditionē videri defecisse hoc casu. Tenebimus igitur: Vbi viuo testatore Stychus decessit siue, naturaliter siue, occisus sit, cōditionem non videri defecisse ob eam rationem, quam supra dixi, quia tum conditio fit impossibilis probatu, *in d. l. quæ sub condit. §. quoties, de condit. & demonstr.* Ad obiectionem autem, *l. inde Neratius. § idem Iul.* sic respondemus: Illic non dici, si Stychus viuo testatore occisus sit, conditionem defecisse, vt in priore casu, sed dici hoc casu hereditatis æstimationem cessare, etsi conditio defecerit, quod ideo dicitur ab Vlpiano, quia etiamsi viuo testatore Stychus occidatur, interdum tamen potest deficere conditio, vt puta si testator fecerit potestatem Titii manumittendi, etiam se viuo. Item ita instituendo, Titius mihi heres esto, si Stychū manumiserit, vel me viuo, vel me mortuo. Ceterum si testator simpliciter ita scripserit: Si Stychum manumiserit, cōstanter tenendum est, eam conditionem viuo testatore impleri non posse, *d.l.2. D. de condit. & dem.* Quod si impleri non potest, ne deficiente quidem potest, quæ est impossibilis.

Rursus quod dicitur: si Stychus mortuo testatore decesserit, conditionem defecisse, siue naturaliter mortuus sit, siue occisus sit ab alio: Hæc quoq; pars incurrit in alios locos speciē contrarios, in quibus generaliter tradi videtur: mortuo Stycho superiorem conditionem haberi pro impleta, quandocunque mortuus sit, hac ratione, quia per heredem aut legatarium non stat, quo minus Stychus manumittatur qui mortuus est. Hoc scribi videtur primo *in d. l. quæ sub condit. §. quoties.* Nam in extremo illa verba sunt: Nam mortuo Stycho nemo diceret heredem submouendum, implenda est enim conditio si potest. Respondeo hæc verba postrema, ad priora referenda sunt: Nam Vlpianus eo loci persequitur vnum eundemque sermonem. Initio autē proposuerat de Stycho, qui mortuus est viuo testatore, quæ igitur sequuntur, cum eadē adiectione intelligenda sunt, vt sit sensus: Nam mortuo Stycho, viuo adhuc testatore, vt proposuimus, nemo dicet heredem submouendum, implenda est enim conditio si potest natura impleri, quod non fit, vbi Stychus viuo testatore moritur.

Rursus hic obstat *l. turpia*, §. i. *D. de leg. 1.* vbi ita scriptum est generaliter, sed etsi mors Stychi peremerit manumissionem, cum legatum esset, si legatarius Stychum manumisisset, legatū debebitur: quia per legatarium non stat, quo minus cōditio impleatur. Responsio est in his verbis, si mors Stychi impedierit manumissionē: Et illa verba intelligenda sunt viuo testatore, nam prius scriptum erat, si Seiæ legatum relictum esset sub conditione, si Titii arbitratu nupsisset, & Titius viuo testatore mortuus esset, legatum debetur. Cōtinenter subiicitur, sed etsi mors Stychi impedierit manumissionem, ex quo apparet hæc verba ad priora referri, vt sic idem casus intelligatur vt prius.

Postremo obstat, *l. si fundum per fideiuss. §. de legat. 1.* vbi proponitur fundus legatus esse Titio, & Titius rogatus Stychum seruum alienum manumittere, videtur Stycho mortuo Titium legatum consecuturum, vbi non dubium est, quin intelligi debeat, Titium consecuturum esse legatum, etiamsi Stychus mortuo testatore decesserit. Sed nihil aduersatur, vt & vulgo bene acceperunt. Nos enim agimus de eo, qui heres institutus est, aut cui legatum sit sub conditione, si Stychum manumiserit, *in d. l. si fundum. per fid. §. 1.* Apparet ex his quæ diximus, legatū relictum fuisse pure, sed legatarium rogatum esse, vt Stychum manumitteret. Certi iuris est legatum pure relictum statim deberi, nec adimi legatario, nisi aliqua culpa sit legatarii, propter quam adimatur, quæ culpa nulla est in eo, qui manumittere seruum alienū & mortuum non potuit. Cōditionis diuersa est caussa, nam hac adiecta nisi ea prius exstiterit nihil debetur, *l. legata sub conditione, D. de condit. & demonst. l. cedere, de verb. sign.*

## *Ad L. 2. Conditioni.*

## Imperator Antoninus A. Cassiæ.

*Conditioni, sub qua testamēto matris tuæ heres institutus es, si non paruisti: locū habet substitutio. Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ consobrino tuo probabili consilio matrimonio iungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges: cum ex his precibus, quas libello complexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret. PP. 8 Id. Mart. Romæ, Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.*

### Summaria.

1 *Filia sub conditione, si consobrino nuberet, instituta, an si conditioni non paruerit, nihilominus tanquam reiecta conditione, hereditatem habere possit?*

2 *Conditio non reiicitur, nisi aut contra bonos mores, aut contra leges sit.*

3 *Filia, quæ conditioni non paruit, an in integrum restitui possit, vt hereditatem consequatur & seqq.*

Si filia † instituta est sub conditione, si consobrino nuberet, quod si non nuberet Titius substitutus 1 sit, filia conditioni parere non vult, & nihilominus tanquam reiecta conditione vult hereditatem habere, an possit quæritur? Respondeo: Nisi conditioni paruerit eam non futuram heredem, & recte. Nam non † reiicitur conditio, nisi aut contra bonos mores, aut leges sit. Cōtra bonos mores, vt si viduitatem 2 iniungat, *l. cum ita legatur, de cond. & demonstr.* Contra leges, vt si matrimonium inter consobrinos consistere non possit, quorum neutrum in proposito accidit. Nam conditio inuitat ad matrimonium. Huius generis conditiones omnes receptæ sunt, si modo honeste nubere liceat ei, in cuius persona conditio implenda est, *l. Titius 100. §. 3. de condit. & demonstr.* Sed & iure matrimonium inter consobrinos recte

contrahitur,

contrahitur, vt hic scriptum est, & *in §. duorum, Instit. de nupt. l. in copulandis, C. de nupt.* Cum igitur nihil obstet conditioni, res pertinet ad regulam iuris communis. Nisi conditio prius exstiterit, institutioni locum nõ futurum. Proinde in proposito substitutioni locus erit.

Hoc metuens filia cum iam recusasset consobrino suo nubere, amplius quæsitum, † an possit in integrum restitui, vt hereditatem consequatur. Filiam finge fuisse minorem 25. annis, cui etiã restitutio tribui solet, adhoc, vt repudiatã vel semel omissam hereditatem iterum adire sibi liceat, *l. si vt omissa hereditate, infr.* Respõdet Alexander, eam auxilio extraordinario non indigere, cum per eam factum sit quominus matrimonium consequeretur, non autem per consobrinum, vbi auxilium extraordinarium vocat restitutionem in integrum, vt in *l. 1. in pr. de min.* Hæc
4 sententia † certa est, si adhuc filia conditioni parere possit: Potest autem parere quam diu viuit, & consobrinus aliam vxorem non habet. Nam extraneus & maxime filius vel filia heredes instituti ea conditione parere possunt, cum per naturam licet aut per ius, *l. 4. supr. de hered. instit. l. vlt. de cond. insti.*

Quod si consobrinus aliam vxorem duxerit, desinit conditio impleri posse. Nam ei nubere non potest, qui aliam habet vxorem *§. affinitat. Instit. de nupt.* Hic igitur dicimus quamdiu consobrinus aliam vxorem non habet, tamdiu filia minor ad consequendam hereditatem restitutione in integrum non indiget, nam si vult consobrino nubere consequitur hereditatem iure cõmuni, dum scilicet conditioni paret. Porro qui iure cõmuni munitus est, is extraordinario nõ indiget, *l. in caussa, de minor.* Quod si non vult filia nubere consobrino, etiam hoc casu restitutione in integrum non indiget, quia dum conditioni non paret, etiam hereditatem habere non vult, quoniam hac conditione deferebatur, si conditioni pareret. Non indiget autem in integrum restitutione, vt aliquid obtineat, qui id obtinere non vult, proinde cessabit vtroque casu restitutio.

5 Sed † quid si consobrinus vxorem duxerit, & filia dum vult ei nubere, nõ potest, quia sic impeditur, an non saltem hoc casu recte postulabit in integrũ restitui aduersus substitutum? Dixerit aliquis recte postulare. Nam cum prius conditioni parere voluerit, eodem facto hereditatẽ amisit, ac proinde recte aduersus infirmitatem ætatis restitui petere videtur, *d. l. si vt amissam hered. l. ait prætor, §. hoc iure, & §. restitutus, l. non omnia, de min.* Sed generaliter hic scriptum est filiam, per quam stetit, quo minus conditioni superiori pareret, non indigere restitutioni: ergo restitui non debere. Ex quo intelligimus etiam hoc casu illam ab hoc beneficio excludi: & verũ est. Tam diu enim minor heres instituta in integrum restitui poterit, vt cõsequatur hereditatẽ quam amiserat, quamdiu nihil petet contra voluntatem testatoris. Nam in testamento totum voluntas testatoris facit, *l. ex facto. §. ita, D. de her. instit.* Proinde nec minor, nec quisquam alius contra voluntatem testatoris heres fieri potest, vt puta institutus minor, si nauis ex Asia venerit, naue capta heres non erit, quia testator id noluit. Eodem modo si minor institutus fuerit sub conditione, quæ in eius potestate erat, & conditio vitio eius defecerit, nec hoc quidem casu heres erit, quia heres fieret contra voluntatem testatoris, quæ fuit, vt conditioni pareret.

Non obstant superiores loci de in integrum restitutione, minoribus ad adeundam hereditatem concessa. Nam in omni testamento hæc conditio inest, si minor læsus aut circumscriptus erit, non est autẽ læsus, qui iure communi vtitur, *vt est l. vlt. supr. de rest. in integr. l. inter, §. pen. de fideius.* Cuius sensus est, non videri læsum minorem qui aliquid facit, ꝙ iure communi & publico facere cogitur. Omnes autẽ qui heredes testamento instituti sunt, voluntati testatoris parere necesse habent. Sed cur hoc casu nõ dixit Imperator: Auxilium extraordinarium nõ habebis, potius quam, auxilio extraordinario non indiges, cum manifestum sit, filiam hoc casu hereditate exclusam, indigere restitutione si habere velit hereditatem, vtpote quæ alio modo ad hereditatem peruenire non possit. Resp. Auxilium hic viã persequendi debemus accipere, vt sit sensus, extraordinaria via non indiges & persecutione, quam ex rescripto meo prosequor, nam hæc tibi apud iudicem esset inutilis, quoniam hoc casu restitui non potes.

*Ad L. 3. Si mater.*

Imper. Antoninus A. Maxentio & aliis.

*Si mater vos sub conditione emãcipationis heredes instituit, & prius quam voluntati defunctæ pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est: morte eius vel alio modo patria potestate liberati, ius adeundæ hereditatis cum sua caussa quæsistis. S. Prid. Cal. Maii, Sabino & Anulino, Coss. 217.*

SVMMARIA.

1 *Conditio quando videatur impleta.*
2 *In conditionibus maxime volũtas testatoris spectanda est.*
3 *Testatrix in vnum casum liberationis a potestate patria liberos heredes instituens, in omnes alios casus, quib. liberi sui iuris efficiuntur, instituisse videtur.*
4 *In his quæ pendent ex auctoritate legis, voluntas legis spectanda est.*
5 *In his, quæ ex voluntate testatoris pendent, solius testatoris voluntas sequenda.*

CVm constat conditionem vtiliter adiectam esse, ita vt iure impleri debeat, aut eo deduci, vt pro impleta habeatur, ad quam partem pertinet illa constitutio, quam initio hoc titul. proposuimus, consequens est, vt quæratur an conditio impleta sit? De eo sub extremum huius loci vtilis præceptio traditur. Eam † tunc impletam videri, non solum cum id factum est quod verbis comprehensum est in conditione, sed etiam quod testator voluit, si id ex verbis conditionis apparet. Id declaratur exemplo huius loci. Mater liberos heredes instituit, si emancipati essent a patre. Nõ sunt emãcipati, sed pater aut mortuus, aut deportatus est in insulam, liberis nõ emancipatis. Nihilominꝰ placet hoc loco liberos heredes futuros & habituros hereditatẽ cum sua caussa, id est, cum ea cõditione, in qua est hereditas, vt scilicet vel fisco restitui debeat, vel non, & denique vt quatenus debeat ex conditione deportationis restituatur. 1

Hic statim occurritur, conditionẽ impletã non esse, ac proinde liberos heredes esse nõ posse. Nã conditio emancipationẽ exigebat, quã non secutam esse fatemur. Dicendũ vero secundũ verba conditionem non esse impletam, secũdum voluntatem impletam, quod satis est, vt conditio impleta intelligatur. Nam in † conditionibus maxime voluntas testatoris spectanda est *l. in conditionibus, l. pr. de cond. & demonst.* 2

Porro cum mater hanc conditionem adiecit, verbo emancipationis, etiam de ceteris casibus sensisse intelligitur, quib. liberi efficiũtur sui iuris, quæ voluntas ex fine & consilio testatricis manifesta est. Nam emãcipatio hoc spectabat, vt liberi sui iuris efficerẽtur. Est enim hæc vis emancipationis, *§. præterea, Insti. quib. mod. ius pat.* Voluit autem mater liberos fieri sui iuris, ideo, vt sibi hereditatem acquirerent, qui alias patri acquisituri essent saltem vsumfructum *§. 1. Inst. per quas pers.* At hoc quod testatrix voluit efficitur etiam hoc modo, si pater mortuus sit, efficitur & deportatione patris, *l. 1. quib. mod. ius pat. pot. §. cũ omnib.* Proinde ex eius voluntate conditio impleta est.

Non obstat quod dicitur *in l. qui heredi, in pr. D. de cond. & dem.* non videri conditionem impletam, nisi ad præscriptum verborum & formã impleta sit. Hoc enim semper ita accipiẽdum est, nisi manifestum sit, aliud sensisse testatorẽ, quam id, quod verba in specie præscribunt. Secus vero vt dixi in conditionibus voluntatis testatoris spectandum est, idque etiam satis intelligitur ex exemplo *d. l. qui hered. &c.* Nam legata eius qui Stycho 10. dare iussus est, domino Stychi dando, non implet conditionem, quia non id apparet sensisse testatorem, vt domino recte daretur. Quin imo verisimile est aliud testatorẽ sensisse, quoniam est aliquid in eo, vt prius Stycho detur, deinde per Stychum ad dominũ perueniat. Hæc enim datio facit aliquid ad conciliandum Stycho dominum, vel propter meritum, vel propter fidem in pretio accepto quæsitam.

Quod de emancipationis casu diximus, idem de quouis alio casu liberationis a patria potestate intelligendũ est. Vtputa: Mater instituit liberos, cum pater morietur cuius in potestate erãt. Cõditio implebitur etiam viuo patre, si liberi emancipati erunt, aut deportatus pater, *l. mulier, ad Treb. l. si ita esset, D. quãdo dies leg. ced.* Vnde generaliter definiẽdum est, cum
3 testatrix † in vnum casum liberationis a potestate liberos heredes instituit, etiam in omnes alios casus, quibus liberi sui iuris efficiuntur, instituisse videri.

Huic parti aduersari videtur *l. commodissime, de liber. & posth.* vbi si quis posthumum instituat in vnum casum natiuitatis, in alterũ prætermisisse videtur, etiãsi casu expresso id egit, vt qui nasceretur heres esset. Et proinde vterque casus eos effectus habebit. Vtputa instituit testator eum qui se viuo postea nascetur, si is qui in vtero est, nascetur eo mortuo, institutus nõ videtur, idemq; placet e conuerso. Resp. Dissimilitudo rerum obseruanda est, alia caussa est earum rerum quæ ex auctoritate leg. pendent, aliæ earum quæ ex
4 voluntate testatoris. Nã in his † quæ pendent ex auctoritate legis, huius ipsius legis voluntatem spectabimus, vt si fit quod l. iubet, ratum id sit, si non fit pro infecto habeatur, quia legi paritum non fuit, etiamsi testator hoc animo fuerit, vt idem factũ vellet. Huius generis est institutio post mortem, non enim testator posthumos pro arbitrio instituit, sed lex iubet institui, *§. posthumi, Insti. de exher. liber. l. posthumus, de iniusto rupt.* Et iubet institui in omne tempus. Proinde si is institutus nõ est, quia nascetur viuo patre, pro instituto nõ erit, etiamsi testator de eo senserit, quia non fecit quod lex iubebat, & res in voluntate testatoris posita non est, sed in legis auctoritate.
5 At in his † quæ ex voluntate testatoris pendẽt, huius solius voluntatem sequi dicemus, idq; fit nõ modo non refragante lege, sed etiam lege voluntatem testatoris confirmante, vti quisque legassit, &c. *l. verbis legis. de verb. sign.* Huius generis conditiones in testamento sunt, quas adiici institutioni aut legato neque leges iubent, neq; vetant. Proinde conditione in vnũ casum adiecta, si testator de aliis partibus sensit, hanc sententiam sequemur. Hic etiam occurritur nobis: Nam in his quæ pendent ex auctoritate priuatorum, cum quis sibi in vnum casum cauit, in alterum non cauisse videtur, etiamsi eundem effectum habeat, vt probatur exemplo *l. si cum darem, sol. matr.* Vbi si extraneus in dote pro muliere danda paciscatur, aut stipuletur in vnũ casum vel diuortii vel mortis alterius ex coniugibus dotẽ sibi reddi, placet eum actionem non habere in eum casum qui omissus est, etiamsi constet iure ciuili pariter matrimonium solui diuortio & morte.

Respõdeo in his, quæ ex vnius voluntate pendent, vt sunt res testamenti, quæ pendent ex vnius testatoris voluntate, cuius solius voluntatem spectamus, vt sic vno casu expresso, ceteri quoque contineri intelligantur, de quibus senserit. At stipulatio & pactio ex consensu duorum constat, stipulantis & promittentes, idcirco vtriusque consensum & placitum spectare oportet, & vno dissentiente nihil agitur. *l. inter stipulantẽ, §. 1. de verb. obl.* Hinc fit, vt cum stipulator sibi in vnũ casum cauit, in alterum actionem nõ habeat, quia etiamsi ipse sensit de alio, tamen promissor non consensit de eo, cuius hic animus est, vt quam minimum debeat, certe vt nihil debeat, nisi quod verbis comprehensum est, vsque adeo vt orationem ambiguam aduersus stipulantem semper interpretemur, nisi quid actum sit constet, *l. stipulatio ista §. in stipulatione, l. quicquid, de verb. oblig. l. semper, de reg. iur.*

## Ad L. 4. Si pater.

### Imperator Alexander. A. Æmiliano.

*Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione quæ in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum eius exheredauit: iure testatus non videtur. Cum autem trans mare & longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patriam, quæ in prouincia Mauritaniæ erat, regressus fuisses, nec exheredatum te alleges, si in eum locum non redisses: manifestum est multis casibus non voluntariis, sed fortuitis euenire potuisse, vt eam implere non posses: & ideo adire hereditatem non prohiberis PP. VI. Calend. Apr. Iul. II. & Crisp. Coss. 225.*

### SVMMARIA.

1 *Filius, qui est in potestate, an sub conditione institui possit? Distinguendo respondetur sub nu. 2. & 3.*
4 *Filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in potestate eius non est, pater intestatus decedit.*
5 *Quæstio, an ab hac lege sit discessum constitutionibus Iustiniani, late discutitur & negatiua defenditur.*
6 *Conditionum, quæ in potestate filii non sunt, tria genera.*
7 *Filio sub impossibili conditione instituto, & institutio & testamentum nullius est momenti.*
8 *Filio sub conditione possibili, quæ tota in casum confertur, instituto, inutilis est institutio.*
9 *Conditio collata in potestatem filii, non videtur omni ex parte in eius esse potestate, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit.*
10 *Conditio in potestate filii posita, quæ sit.*

11 Quod

11 *Quod dicitur, filium non posse institui sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, an sit perpetuum.*

12 *Nepotes & ceteri liberi an sub conditione institui possint.*

Filius qui in patris potestate est, iubetur heres institui, aut nominatim exheredari, idque in omne tempus; quod si neque institutus, neq; exheredatus est, etiamsi id dici possit factum esse in aliquam partem, placet testamentum nullũ est, ʒ. *de exher. lib. Inst.*
1 Hinc quæsitũ est: An filius † qui in potestate est, possit institui sub conditione: Nam fieri potest vt cõditio deficiat, hac deficiente filius reperitur non institutus esse, sed nec exheredatus est, nam de eo loquimur qui non omnino sit exheredatus. Proinde in id tempus eundemq; casum præteritus videtur. De hac re placuit hæc distinctio veteribus, vt intersit, quæ-
2 nam sit conditio sub qua est institutus. Sub ea † conditione quæ in eius potestate est recte instituitur, vt siue pareat conditioni sit heres ex testamento, siue non pareat omnino nõ sit heres, neq; ex testamento, neq; ab intestato *l. 4. l. iam dubitatur, D. de her. instit.*

Sed hoc ius emendatũ videtur cõstitutione Iustiniani, cui placuit intra legitimã filio herede instituto reiici de institutione omnem conditionem, quæ ius filii imminuat, quæq; hereditatem aut onus inducat, *l. quoniã in prioribus, supr. de inoffic. testam.* Quare conditio noua constitutione Iustiniani postea confirmatur vna ex 50. decisionibus *l. scimus, §. cum vero, supr. de inof. test.* Et hoc vt dixi vsque ad legitimam. Quod si vltra legitimam filius institutus erit sub ea conditione, quę in eius potestate est, nihil mutat Iustiniani constitutio. Proinde exigemus a filio vt conditioni
3 pareat. Sub ea vero † conditione quæ in eius potestate nõ est, filius institui nõ potest, ob caussam quam initio reddidimus, quod deficere cõditio nõ potest, ita vt nihil imputetur filio, cur impleta non sit. Hac deficiente reperitur esse præteritus, quo fit vt eo tanquam præterito res pertineat ad definitionem initio positam. Et ideo cum dicimus filium sub eiusmodi conditione institui non posse, hoc dicimus, si erit institutus, non inutilem esse conditionẽ, vt hac reiecta institutio valeat, sed inutilẽ esse institutionẽ, & tanquam eo præterito testamentum nõ valere, id quod cauetur hic. Idem significatur *in l. vlt. de cond. inst.*
4 Ergo † filio qui in potestate est, sub ea conditione instituto quæ in eius potestate non est, intestatus pater decedit. Est enim is intestatus nõn tantum qui testamentũ non facit, sed etiã qui iure nõ facit. Proinde filius heres erit patri, vt in hoc rescripto dicitur in fi. sed non ex testamento, vt quidam putauerunt, quoniam testamentũ nullũ est, sed ab intestato, quoniam vt dixi intestatus pater decedit. Hic opponitur *l. 2. §. si sub cond. D. de poss. secun. tab.* Nã si filius sit sub quauis conditione institutus, illic scriptum est, eum statim petere posse bonorũ possess. secundum tabulas, eamque possessionem necessariã esse emancipato. Resp. Recte sentiunt hi, qui eum locum etiamsi indefinite scriptum, accipiũt de filio emancipato, in cuius personã cadit, vt possit institui sub quauis conditione, ad filium familias nõ pertinet: Nam qui sub conditione inutiliter instituũtur, vt est filius qui in potestate est, si bonorum possess. secundũ tab. petere non possunt, vt diserte traditum est *in l. si demum, de bon. poss. secun. tab.* non tantum efficeretur testamentum iure ciuili valere. Nam prætor dat bonorum possess. secundum tabulas, si 7. testium signis signatæ sint, & sit aliquis testamẽto institutus, etiamsi mero iure testamentum nõ valeat, *§. non tãtum, Inst. quib. mod. test. infirmentur.* Itaq; hactenus sententia prior manet de filiofam. instituto sub ea conditione, quæ in eius potestate est.

Quæsitum est † an ab hac lege discessum sit cõsti- 5
tutionib. Iustiniani. Bartolus, quem alii certatim sequuntur postea, putauit ei iuri derogari, *leg. quemadmodum in priorib. supr. de inoff. test.* vbi diserte Iustinianus vsq; ad legitimam filii remouet conditionem institutioni filii adscriptam, neque distinguit de filio aut conditione vt videtur. Sed verba constitutionis aperte refragantur, ex quibus apparebit eos omnes, qui in hac sentẽtia sunt, valde esse hallucinatos. Nam primum cõstitutio nominatim loquitur de his filiis qui ex iure veteri querelã inofficiosi mouere potuerunt. Hæc verba aperte non pertinent ad filium, qui est in potestate, qui idem institutus est sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, nam hic iure ciuili ab intestato heres fuit patri, ac proinde querelam mouere non potuit. Nã quoties quis alio iure ad hereditatem peruenire potest, locus nõ est querelæ inofficiosi testamenti, *§. tam autem, Inst. de inoff. testam.*

Deinde in ea constitutione Iustinianus reiicit, non omnes conditiones, sed eas quibus minuũtur filii iura. Item eas, quibus dilatio aut onus inducitur. In hoc numero non est conditio, quæ in potestate filii non est, si sub ea conditione a patre nõ sit institutus. Hæc enim non imminuit filii ius, quia perinde est, quasi scripta non esset, & quia filius pro parte hæreditaria, quam alioqui habere potuisset ex testamento, nõ totam hereditatem obtinet ab intestato, tamẽ inducit etiam dilationem ac onus, postquam hæc contenta statim viderit. Proinde dubitari non potest, quin ea constitutione nihil in iure veteri superiore innouetur, cum filiusfamilias institutus est a patre sub ea cõditione, quæ in eius est potestate. Sed mouentur Bartolus & alii *l. scimus, §. cum autem, supr. eod. de inoff. test.* vbi proponitur extraneus aliquis heres institutus, & rogatus, cũ morietur restituere hereditatẽ filio testatoris. Hic hereditatem reliquit filio sub conditione, nihil enim interest vtrũ dicat testator, cum morietur heres, an si morietur, *l. si Titio, D. quãdo dies leg. ced. l. centesimus. §. pen. de verb. obl.* Eandem etiam conditionẽ manifestum est nõ esse in potestate filii, & tamen Iustinus eo loco interpretatur legem suam priorem, quomodo in prioribus cõstitutionibus, vt ea conditio non exspectetur vsq; ad legitimã filii, sed statim legitima portio repræsentetur. In reliqua autem parte hereditatis exspectetur mors heredis. Existimauit igitur Bart. quod illic dicitur de fideicõmissaria hereditate, filio restituenda, id etiã probandum esse in institutione, in quo ab illo vehementer erratum est. Nam filius sub ea cõditione, quæ in eius potestate nõ est, institui nequit, qa lex vetat ita institui, vetat enim præteriri, & ideo si sit institutus institutio non valebit, quia cõtra legem facta est. At fideicommissum filio relinqui potest quouis modo, id est, & pure & sub conditione qualibet, quia lex non iubet fideicommissum relinqui filio, sed hoc relinquit in potestate testatoris, & ideo quocunq; modo testator fideicommissum reliquerit, iure valebit, quia nihil hic contra legẽ fit, siue hoc modo, siue illo relinquatur. Male igitur quod de fideicommisso illic dicitur, transfertur ad institutionem. Hoc amplius, vt intelligamus eam legem nullo modo obstare, nec ad hanc quæstionem pertinere, diligenter animaduertẽdum

est, illic aut agi de filio emãcipato, aut de filiofam. exheredato. Nã proponitur solus extraneus esse institutus, quod ex eo intelligitur, quia rogatur nõ partem hæreditatis, sed totã hereditatem restituere, quod fieri nõ potuit, nisi esset ex asse institutus. Necesse est igitur si testamentũ valere volumus, in quo filius institutus non est, aut eum emancipatũ esse, aut filiumfamilias exheredatum, nam emancipatos non est necesse heredes instituere aut exheredare *§. emãcipatos, Instit. de exher. liber.* Filiifamilias recte exheredãtur. Quod si neq; exheredantur, neq; instituuntur, testamentum nullum est, ac proinde nihil illic valet fideicommissum, *tit. de exher. lib. in pr. l. eam quam, infr. de fideicom.* Hoc si ita est, nihil constitutio ad hanc quæstionem pertinet, nam non agimus de filiis emancipatis, non agimus etiam de filiisfam. qui sunt exheredati, sed qui sub conditione instituti sunt, quæ in eorum potestate est. Quare manebit rata sententia, hęc etiam post constitutiones illas Iustiniani, si filiusfam. institutus sit sub conditione, quæ non est in potestate eius, nullum esse testamentum, proinde filium ab intestato patri statim heredem futurum.

Videndum nunc est quæ sit conditio in potestate
6 filii, quæ non sit. Et earum † cõditionum, quæ in filii potestate non sunt, sub quib. instituto filio testamentum nullum est, tria sunt genera. Aut enim cõditio est impossibilis, aut possibilis, sed in euentũ tota collata, aut ita collata in futurũ & potestatẽ filii, vt tamẽ nõ possit statim incipere eam implere, aut non possit eã implere sine longinquo itinere, aut summo peri-
7 culo. Filio † sub impossibili cõditione instituto, singulare ius est, quod non reiicitur conditio, vt sic institutio propterea valeat, sed & institutio & testamentum nullius momenti est, siue conditio impossibilis sit natura, siue iure. Veluti, filius meus heres esto, si cœlum digito attigerit, vel si ex hoc loco cras Lugdunũ peruenerit, si ab vxore diuerterit, aut si liberos nõ aluerit, & hoc diserte scriptũ est *in l. vlt. D. de cond. inst.* Hic opponitur reg. iur. qua efficitur in testamẽtis impossibiles conditiones vel institutioni vel legatis adscriptas, pro non adiectis haberi, & nihilominus legatũ valere, *l. 3. de cond. & dem. §. imposs. b. de her. insti. l. 1. l. conditiones, de cond. inst.* Intelligendum est, hoc dictum esse de ceterorũ omnium institutionib. & legatis, in institutionib. filiifam. locum nõ habere, differentiæ rationem esse hanc, quia in ceteris liberum est, his aliquid relinquere vel non, liberum etiam conditionem impossibilem adiicere, ac proinde ea adiecta nihil nocere, quia in ea adiicienda nihil fit contra legem. At filiorum præteritio non est libera, sed videtur pater instituere, nisi velit exheredare. Proinde vetatur instituere sub conditione, quæ in filii potestate nõ sit, ideoq; quamcunq; conditionem adiecerit, eiusmodi institutio non valebit, quia contra legem facta est, & generaliter constitutum est de his, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium, C. de legib.*

8 Sub secundo † genere conditionis, quæ tota in casum cõfertur, nulla dubitatio est, quin instituto filiofam. inutilis sit institutio, ac propterea testamentum: Veluti, Filius heres esto, si nauis ex Asia venerit: Nam semper constitit hãc conditionẽ reiici ex testamẽto. Sed etiamsi † conditio collata erit in potestatẽ filii, tamen non videbitur omni ex parte in eius potestate esse, nisi statim possit incipere eam implere quando velit, & ideo si sit institutus sub conditione, si in Alexandriam venerit, nullum erit testamẽtum, si hyems ei obstet, quo minus possit nauigare, tametsi præterita hyeme peruenire in Alexandriam possit, *l. 4. §. præter. D. de her. inst.* Idem dicendum est, si statim possit incipere conditionem implere, sed res longum iter desideret, & impleri non possit sine periculo. Veluti, si sit institutus filius sub hac conditione, si in patriam Mauritaniam rediret, cũ longe abesset, quod est exemplũ, *h. l. 4.* vel si Titio 10. dederit, cum Titius peregre profectus esset, quod est exemplum *in l. 4. §. puto, de her. instit.* Ex his intelligi potest † conditionem 10
in potestate filii eam esse, quam filius nõ aliquo tempore implere potest, sed quã statim incipere implere potest, nulla caussa eum impediente, quo minus possit, & quam eandem sine molestia longinqui itineris & sine metu periculi implere potest, *l. 4. §. puto, de hered. instit.*

Quod dicitur † filium non posse institui sub ea 11
conditione, quæ in eius potestate non est, nõ est perpetuum, sed hanc exceptionem habet, nisi sub contraria conditione, seu in defectum cõditionis sit exheredatus, vt hoc rescripto cautũ est, *& l. iam qui dubitare, de hered. instit.* Quod ideo recipitur, quia cessat hic periculum præteritionis, propter quod superior institutio reiiciebatur, vt puta filius institutus est, si nauis ex Asia venerit, quod si nauis nõ venerit, exheres esse iussus est. In hac specie si cõditio existit, institutus est, si deficit exheredat⁹ est, & ita neutro tẽpore præteritus est, quia vtroq; aut institutus, aut exheredatus est. Nõ obstat quod dicitur filium pure exheredatum esse, *l. 3. §. pure, de lib. & posth.* Hoc enim semper cum hac exceptione accipiendũ est, nisi sub cõtraria conditione sit institutus, vt hoc loco & similib. caueatur. Nõ obstat etiam quod dicitur, filios certo iudicio ab herede remoueri debere, *l. sed sub cond. D. de bon. poss. contr. tabul.* Nihil enim vetat, quo minus pater iustas caussas exheredationis habeat, propter quas certo iudicio exheredet filium, & tamen placeat patri filium sub conditione exheredare, in qua conditione etiam certum patris iudiciũ intelligitur, cum filium heredem sub contraria conditione instituit, tunc enim filium ab hereditate non remouet.

Expendenda aũt sunt verba definitionis hoc loco positæ, quam supra exposuimus. Verba enim concepta sunt de filio, qui est in potestate patris. Vtrumq; recte & consulto. De filio definitio cõcepta est, quia alia † caussa est nepotum & deinceps ceterorũ libe- 12
rorum, de iis scriptum est *in l. 6. §. 1. D. de here. inst.* hos institui posse sub quauis conditione aliter atq; filii, qui sunt in potestate. Et animaduertendũ diligenter, illic agi de nepotibus, qui sunt in potestate aui, sic enim verba sunt: Nepotes autem & deinceps ceteri, qui instituti non rumpunt testamentum. Quæ verba notant eos nepotes, qui ita demum non rumpunt, si sint instituti, id est, qui institui debeant aut exheredari, alias rumpunt. Hi autem soli id faciunt, qui in potestate sunt aui, & qui filiis sublatis in parentum suorum locum successerunt quasi agnascendo, vt res explicatur *in §. posthumorum, Instit. de exhered. lib. & l. 6. §. sin autem, de iniust. rupt.* Tantum abest autem vt repugnent illa verba, quæ sequuntur *in d. l. 6. §. 1. de hered. instit.* licet redigantur nepotes ad filii cõditionem, vt maxime hæc ipsa verba superiorem sententiam confirmet. Nam sic nepotes rediguntur ad filiifamilias conditionem, vt sicut filius ita & ipsi institui aut exheredari debeant.

Quid sibi igitur vult, quod Vlpianus ait, licet nepotes re-

tes redigantur ad filii conditionem, si nepotes aliter institui possunt quam filii? Respōdeo: Ex verbis præcedentibus apparet, Vlpianum hoc sentire licet ceteris in rebus quæ in conditione redigantur nepotes ad filii conditionem, id vt dixi ex præcedentibus liquet, quia prius Vlpianus conditionem excepit. Sed hic rursum occurritur: Nam si nepotes sub cōditione instituuntur, deficiente conditione instituti non sunt. Nos autem illis non institutis, aut non exheredatis, dicimus æque nullius esse testamentū momenti, ac si filius esset præteritus, *d.l. de exher. lib. Instit.* Respondeo & hoc verissimum est, si certum esse cœperit conditionem sub qua nepotes instituti sunt, defecisse, sed priusquam defecerit exspectandū est vtrum exsistat an deficiat cōditio. Nam fieri potest, vt consistat, qua exsistente nepotes recte instituti reperiūtur. Et in hac re consistit discrimen inter nepotes & filium qui sunt in potestate, quamuis omnes sub eadem conditione casuali instituti sint.

Nam in nepotibus exspectamus euentum rei, in filiis non spectamus euentum, sed quod euenire potest. Potest autē accidere natura, vt conditio casualis deficiat: ob hanc caussam ex eo quod euenire potest, placet filium in omnem euentū institutum non videri, ac proinde præteritum. Sed cur non idem dicimus in nepotibus? Resp. quia plus in hac re tributum est filiis quam nepotibus, vt olim ius fuisse certum est, *ex d. l. de exher. lib. in pr.* in illis verbis, sed non ita: Quod ius in conditione mutatum non est. Præterea definitio huius loci concepta est de filio, qui est in potestate. Recte hoc quoque, quia emancipatos iure ciuili heredes instituere aut exheredare necesse non est, §. *emancipatos, Insti. de exher. lib.*

*Ad L. 5. Reprehendenda.*

Impp. Valerian. & Galien. Maximo.

*Reprehendenda tu magis es quam mater tua, illa enim si heredem te sibi esse vellet: id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. Tu porro voluntatem eius diuortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio huiusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: Enimuero cum boni mores hac obseruari vetent: sine vllo damno coniunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritū, sciens hæreditatē matris, etiam si redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorsus ab ea non recessisses. P.P. 12. Kal. Decem. Valeriano IIII. & Gallieno III. AA. Coss. 258.*

SVMMARIA.

1 *Conditiones turpes, & quæ contra bonos mores, item contra leges sunt, in testameno adiectæ, pro non scriptis habentur, & cur.*
2 *Exemplo hoc declaratur.*
3 *Verba hæc,* non iuberet, *quomodo intelligenda.*

1 CONditiones † turpes, & quæ contra bonos mores sunt, item contra leges si in testamento adiiciantur institutioni aut legato, pro nō scriptis habentur, *l. conditiones 3. D. de cond. inst.* Hoc ideo quia sunt impossibiles, quæ enim facto lædunt pietatem, æstimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos nec posse credendum est. ratio & sententia Papinia-
2 ni est *in l. si filius, D. de cond inst.* Huius † generis conditio est, *si vxor a marito diuerterit.* Nam si secundum naturam est matrimonium seu viri & mulieris coniunctio indiuiduam vitæ consuetudinem retinens. §. *nuptiæ, Inst. de pat. pot.* est contra ius naturæ, ac proinde contra bonos mores a marito sine caussa diuertere, eaque lex naturæ valuit inter nationes semper. In populo aūt Dei scimus hoc Dei præceptū esse, ne id fiat. Proinde si mulier a matre sub hac conditione instituta erit, nihilominus filia heres futura est, siue omnino non diuerterit a marito, siue aliquādo diuerterit, & deinde ad maritū redierit, vt hic cautum est.

Quid si diuertendo cōditioni paruerit? Resp. Erit etiā hoc casu heres, sed ita vt sic magis reprehendendenda sit, quam si conditioni nō paruisset. Itaq; cum filia in specie, diuortio facto, cōsuleret Imperatores, an rediens ad maritū, posset obtinere hereditatem, increpatur ab Imperatoribus ꝙ conditioni paruisset. Illa excusabat ꝙ diceret matrem fuisse in culpa, quæ talem conditionem induxisset, ex qua omne responsum huius rescripti sumtū est. Mater reprehendenda est, quod nō debuit te sub cōditione turpi & inciuili instituere, sed tamē magis es reprehendenda. Quid quod mater verbis tantū iussit, tu tuo facto comprobasti, diuertisti enim a marito, in quo duplex tuum peccatum est? Nā etiamsi cōditio superior admitteretur iure, id est, etiamsi heres matri esse non potuisses, nisi conditioni paruisses, tamē oportebat te lucro præferre concordiam maritalem, id est hereditatem repudiare potius, quam hanc turpitudinem in te admittere, vt a marito diuertas. Sed crescit in eo peccatum, quod nulla necessitas fuit parendi conditioni. Nam hæc conditio est contra bonos mores, qua neglecta, etiam hereditatem potuisses obtinere. Redi igitur, inquiunt, ad maritum, sciens fore, vt nihilominus hereditatem matris obtineas.

In hoc rescripto verba, quæ sunt in pr. animaduertenda sunt. Aiūt imperatores: Si mater te heredē sibi esse vellet, non te a marito diuertere iuberet. Quæritur, quomodo id dicant imperatores, cum appareat contra, matrem voluisse filiam sibi heredem esse, & præterea iussisse vt a marito diuerteret. Respondeo, hæc verba, † *Non iuberet*, potentiali modo dicta sunt, 3
pro non deberet iubere, siue nō debuisset, vt sit sensus: Si mater te sibi heredem esse vellet, vt voluit, non debebat iubere vt a marito diuerteres, non enim debuit tibi hanc turpitudinem iniungere; & rationem reddunt imperatores, quia hoc inutile est, sic enim vulgaris est lectio & in omnibus libris recepta. Sed sententia loci necessario flagitat, vt legamus inciuile hac ratione, quia nō est peccatum a matre, ideo quia iussit, quod est iure impossibile, id est, quod turpe est & contra bonos mores, vt inciuile vsurpatur plerunque apud iuris auctores, *l. si medicus, D. de extraord. cognit. l. vbi, §. pen. & vlt. D. quod met. caus.*

*Ad L. 6. Generaliter.*

Impp. Valer. & Galien. A. ad Senatum.

*Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, vt edicat, si filius vel filia intestatus vel intestata, vel sine liberis aut sine testamēto vel sine nuptiis decesserit: & ipse vel ipsa liberos sustulerit, siue nuptias contraxerit siue testamentum fecerit firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni &c.*

SVMMARIA.

1 *Conditionibus pluribus institutioni aut legato adiectis, an omnes impleri oporteat.*
2 *Species huius legis, & Iustiniani in ea constitutio.*
3 *Ratio huius constitutionis.*
4 *Duo huius loci consectaria.*

COnditionem possibilē implendam esse diximus initio huius tit. & confirmatur *in l. 1. 2. 5.* Et hoc

Ll 2

expeditum est, si vna conditio institutioni aut legato
1 adiecta est. Quid † si plures sint adscriptæ, an omnes impleri oportet? De eo hæc est distinctio, si coniunctiue adscriptę sint, omnes exsistere oportet, si distinctiue, sufficit vnam aliquam exstitisse, *l. 5. de cond. insti. l. pen. de her. insti. l. si ita 129. de verb. obl.* Hoc ius in pluribus conditionib. cōiunctim adscriptis perpetuum est: In pluribus autem conditionibus distinctiue adscriptis, non item, *l. nam hic interdum, D. de here. Insti.* In quo genere est exceptio huius loci, vbi instituens sub cōditione, *si sine liberis decesserit*, & præterea alias conditiones fideicommisso adiicit. Nam etiamsi adiecerit has omnes cōditiones distinctim, Iustinianus constituit non esse locū institutioni nisi omnes con-
2 ditiones exstiterint. Et Iustinianus † hāc speciem ꝓponit: *Filius meus heres esto: Si intestatus decesserit, cum decesserit sine liberis, vel sine nuptiis, hereditatē restituat L. Titio.* Secundū verba locus esse debebat fideicommisso, etiāsi solum filius intestatus decessisset, quamuis suscepisset liberos, aut nuptias cōtraxisset: itemq; de quauis alia conditione, quæ ex infra scriptis exstitisset, dicendum etiam erat. Nunc autem Iustinianus constituit non aliter fideicommissum deberi, quam si coniunctim hæc omnia concurrant, vt filius & sine testamento, & sine nuptiis, & sine liberis decedat: ita vt si eorū aliquid ex his desit, non sit locus fideicommissi restitutioni, & hæc est summa cōstitutionis Iu-
3 stiniani. De hac † parte autem Iustin. hanc habuit actionem, ꝙ etiamsi ceterę omnes cōditiones adscriptæ exstitissent, tamē pater semper voluit, hanc conditionē coniungi, *si sine liberis decesserit.* Nam si filius liberos susceperit, volūtas patris est, vt hereditas potius ad eius liberos pertineat, de quo dicetur *in §. seq.* Quod si testator in hac conditione, *si filius sine liberis decesserit*, voluit persistendū, aut ꝓ coniunctione eam accipi, non potest existimari aliter eam particulā ac-
4 cepisse in aliis conditionib. Ex quo † colligimus duo, si testator filium negauerit post mortem suam, hereditatem restituere pluribus conditionibus disiunctim adscriptis, inter quas non esset illa cōditio, *si sine liberis decessisset*, semper secundum regul. iur. omnes iuris conditiones pro disiunctis accipiendas esse, vt quæcunq; ex his exstiterit, sit locus restitutioni. Alterum colligimus, si testator extraneū instituerit heredem, & rogauit eū hereditatem alii restituere, sub iisdem conditionibus, si heres intestatus decesserit, vel sine liberis aut nuptiis decesserit: has quoq; conditiones pro distinctis habendas esse, quia cessat coniectura potestatis in extraneo, propter quam coniunctio conditionum admittitur.

*Ad §. Vltim.*

*Cum autē inuenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorū actione habita, optimo intellectu disposuisse euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem, &c.*

SVMMARIA.

1 *Pater filio heredi instituto substituens, aut simpliciter iubens hereditatē post mortē restituere, semper intelligitur id sub hac fecisse conditione:* Si filius sine liberis decesserit, *ac proinde liberis susceptis, nec substitutioni, nec restitutioni locus est.*

2 *Duplex Iustiniani constitutio circa hanc materiam.*

Cum pater † filio heredi instituto substituit ali- 1
quem, *si heres filius non erit*, aut filiū iubet hereditatē post mortē restituere, etsi verbis nullā conditionem adiicit, tamen intelligitur hæc conditio, *si filius sine liberis decesserit.* Proinde liberis ab eo susceptis nunquam restitutioni neq; substitutioni locus erit. Hoc verum est respōsum Papin. quod exstat *in l. cum auus, de cond. & dem.* Confirmatur a Iustinia. *in l. cum acutissimi, de fideicom.* Hoc idem † responsum confir- 2
mans Iustinianus hoc loco duo circa id cōstituit: Primo id produci ad filium naturalem. Constat filiū naturalem a patre institui heredē posse ex his partibus, de quib. cautū est *in l. hereditatis, & Auth. licet, seq. ꝟ. de nat. lib.* Hoc modo institutus filius naturalis si rogetur hereditatem simpliciter restituere, tamen liberis susceptis non erit fideicommisso locus, non magis quam si filius legitimus fuisset, qui rogatus est.

Alterum Iustinianus constituit hic, liberis a filio susceptis excludi substitutum, aut fideicōmissarium si liberi legitimi sint, id est, iustis nuptiis procreati, quib. verbis filii naturarales excluduntur. Cui parti significatio verborum repugnare videtur, nā & multi loci sunt quib. declaratur nominatim in hac cōditione, si heres aut legatarius sine liberis decesserit, omnes liberorū appellatione cōtineri. Proinde etiam naturalib. susceptis, deficere fideicommissum, *l. Lucius. §. tamen. l. cum pater, §. volo, de leg. 2. l. heredis. §. vlt. ad Treb.* Dicendū est aliā esse interpretationē huius conditionis, *si heres sine liberis decesserit*, cum conditio a testatore adiecta est; aliā in specie proposita. Nam cū agitur de conditione a testatore adscripta, & quęritur quid in ea sumserit testator, sequimur verbi significationem, nisi manifestum sit testatorem aliud sensisse, *l. non aliter, in pr. de leg. 3.* Liberorū aūt appellatione significantur non tantum legitimi, sed etiam naturales, *d. l. pen. de leg. 2.* Proinde & naturales quoq; ex volūtate testatoris hic intelligimus, vt cōsequens sit his susceptis fideiussionē defecisse, & hoc ita, nisi ex dignitate & consuetudine testatoris appareat testatorem auersatum esse omnes inhonestas consuetudines, & eos solos pro liberis habuisse, qui iusti essent, quo referri oportet sententiam Vlpiani, *in l. ex pacto, §. si quis rogatus, D. ad Treb.*

At in specie proposita, cū filius simpliciter rogatus restituere hereditatem, vbi hæc conditio, *si sine liberis decesserit*, intelligitur ex mente legis & eorum, qui hanc conditionem intelligi voluerunt, non possumus intelligere filios naturales, quia in his ratio intelligendæ eius conditionis deficit. Nam cur hæc conditio intelligatur hæc ratio fuit, quia non est verisimile testatorem voluisse alienas successiones propriis anteponere, quæ ratio expressa est *in d. l. cum acutissimi, infr. de fideicom.* Hæc autem ratio ad legitimos tantum filios pertinet, ad naturales nō pertinet, quia soli legitimi filii perueniunt ad successionem patris & aui, naturales nullo modo perueniūt ab intestato, *d. Auth. licet, supr. de nat. lib.* Dantur quidem naturalibus liberis duæ vnciæ patre intestato mortuo, sed non velut heredibus, verum vt inde alantur, vt ibidem scriptum est.

*Ad L. 7. Si quis hered.*

Impp. Valer. & Galien. Ioanni præfecto prætorio,

*Si quis heredem scripserit sub tali conditione*, si ille consul factus fuerit, vel prætor: *vel ita filiam suam instituerit heredem*, si nupta fuerit: *viuo autem testatore vel ille*

*vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia eius nupta fuerit, vel adhuc viuo testatore consulatũ quidem vel præturam ille deposuerit, filia autem eius a marito diuerterit: omni veterũ dubitatione explosa sancimus, quandocunque impleta fuerit conditio, siue viuo eo, siue mortis tempore, siue post mortem, conditionem videri esse completam, &c.*

SVMMARIA.

1 *Conditiones in euentum collatæ, quandocunque exstiterint, pro impletis habentur.*
2 *In conditionibus in potestatem heredis collatis, quid aduertendum.*
3 *Conditiones potestatiuæ, quæ promiscue seu quouis tempore impleri possunt, non nisi post mortem testatoris recte impleri possunt.*
4 *Conditio, quæ quouis tempore natura impleri non potest, eiusmodi est, vt recte & viuo testatore impleatur.*
5 *Ratio cur conditionum genera hic distinguantur.*
6 *Particula distinctiua, vel, in hac constitutione pro coniunctiua accipienda est.*

HOc loco attingitur, quod dictum *ad leg. 2. supr.* Etsi in exemplis conditionum, quæ hic proponuntur, dicitur, eas & viuo testatore impleri posse & mortuo, non tamen sic accipiendum est, quasi ad omnes conditiones pertineat. Nam quædam non nisi post mortem testatoris impleri possunt, *l. 2. de cond. & demonstr.* Vt igitur de re liqueat, quando conditiones impleri possint, videndum est, vtrum conditio in euentum collata sit, an in potestatem heredis
1 vel legatarii. Quæ † in euentum collatæ sunt, quandocunque exstiterint, pro impletis habentur, vt nihil intersit testatorem viuum an mortuum esse, *leg. 2. in prin. de condit. & demonstrat.* quod confirmatur & hac constitutione.

Non exigimus in his, vt sciat heres eas conditiones certe esse adscriptas, aut vt velit eas impletas esse, quoniam nihil in his in volũtatem heredis collatum, sed totum pendet ex euentu, proinde & solum
2 euentum hic spectare debemus. Quod si † conditio in potestatem heredis collata sit, veluti *si 10. dederit, vel si in Capitolium ascenderit, si Seia Titio nupserit*: refert vtrum conditio per rerum naturam promiscue, id est, indifferenter quouis tempore impleri possit, an vero non. Quouis tẽpore promiscue impleri possunt naturaliter hæ, *si 10. dederit, si Capitolium ascenderit.* Nam qui viuo testatore dedit & ascendit, idem si viuit & valet potest dare & ascendere mortuo te-
3 statore. Huius † generis conditiones placet non nisi post mortem testatoris impleri posse, & ideo non videri impleuisse eum, qui viuo testatore dedit, aut ascendit, *l. 2. infr. de cond. & demonst. l. si iam facta 11. §. vlt. D. eod.* Quod præter significationem verborum receptum est a veteribus, ex sententia testatoris, idq; colligitur hac ratione. Nam cum testator contulit conditionem in potestatem heredis, simul contulit in eius voluntatem vt vellet conditioni parere. Non obtemperat autem conditioni, qui casu & fato facit, quod erat in conditione; sed is solum qui iudicio facit, & eo animo, vt conditioni pareat, *dict. l. 2.* Non potest autẽ iudicio obtemperare conditioni, nisi qui scit conditionem esse testamento insertam, & insertam certo & vtiliter. In totum enim quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt, *l. in totum, de reg. iur.*

Et hactenus progreditur ratio *d. l. 2. in fi. de cond. & dem.* Adiiciendum autem est non intelligi hereditatem siue cõditionem certo insertam viuo adhuc testatore, quantumuis interfuerit cum testator nuncuparet testamentum, aut cum testamentum scriptum curaret recitandum, nam testator voluntatem mutare potest, vt ambulatoria est suprema voluntas, vsque ad vltimum vitæ spiritum, *l. 4. de adim. leg.* Quo fit vt tum solum intelligatur testamentum esse, & in testamento aliquid certo scriptum, cum testator decessit. Ex quibus efficitur quod est propositum, conditiones propositas in quibus implendis destinationem exigimus, non nisi post mortem testatoris impleri posse. Quod si † conditio quouis tẽpore natura impleri nõ potest eiusmodi est, vt recte & testatore viuo impleatur, qualis est hęc conditio: *Titia si Sempronio nupserit*, hæc quamuis nubat viuo testatore, tamen conditio pro impleta habetur, *l. hæc conditio 10. l. 11. §. vlt. l. conditionum 19. de condit. & demonst.* Id quod hac constitutione idem confirmatur. 4

Sed cum † hęc conditio conferatur in potestatem Seię, non minus quam illa *si 10. dederit*, cur hæc genera distinguimus? Respondeo, quia si conditio commode quouis tempore impleri potest secundum naturam, hæc voluntas est testatoris, vt impleat post mortem tantum eius, quia hæc voluntas eius esse intelligitur, vt heres ei conditioni omnino obtemperet, quod fieri non potest, nisi post mortem testatoris, vt dictum. At cum conditio nõ potest semper impleri, sed vt plurimum semel tantum; hic rursus animus testatoris esse intelligitur, vt impleatur conditio cum potest, quoniam vult eam impleri, non potest autẽ impleri nisi per opportunitatẽ & occasionem naturæ. Talis est conditio hæc, *si Seia nupserit.* Nam si exspectamus mortẽ testatoris vt nubat Seia, fieri potest vt non nubat, vel quia Sempronius decedat, vel quia interim ducat aliam. 5

Atqui hæc eadẽ in veteri iure fuerunt, vnde quæri potest, quid opus fuerit hac constitutione? Animaduertendum est non tantũ hanc cõstitutionem pertinere ad confirmationem superioris iuris, sed præcipue ad hoc, vt hæc particula adiiciatur iuri veteri, nempe in his conditionibus quæ viuo testatore impleri possunt, probandum esse ita eas conditiones tunc impletas vere pro impletis haberi, vt nihil referat vtrum implementum non perseueret. Proinde ex his conditionibus, *Si Titius consul factus fuerit: si factus fuerit prætor: si Titio Seia nupserit*: intelligũtur exstitisse cõditiones, cũ ille cõsul factus fuerit aut prętor viuo testatore, aut Seia viuo testatore nupserit, & adhuc testatore viuo vel ille consulatũ aut præturam deposuerit, aut hæc impleta esse desierit. Et ideo † in illis verbis quæ leguntur in hac constitutione: *Vel adhuc viuo testatore*, distinctiua particula, *vel*, pro coniunctiua accipienda est, vt alias sæpe in vsu iuris, *l. supr. de verb. sign.* 6

*Ad L. penult. Si testam.*

Impp. Valer. & Galien. A. Ioanni præfecto prætorio.

*Si testamentum ita scriptum inueniatur*: Ille heres esto secundum conditiones infra scriptas: *Siquidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, superuacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento vtimur, quod Papinianus respondit: vicos*

*Reipublicæ relictos qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, &c.*

SVMMARIA.

1 *Institutio hæc,* Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas, *conditionibus nullis adscriptis, valet & pura est: conditiõe postea adiecta, conditionalis habetur, & nu.3.*

2 *Obiectiones quæ contra adferri poterãt, refelluntur.*

1 HÆc institutio,† *Titius heres esto, secundum conditiones infra scriptas*, etiã nullis conditionibus adscriptis valet, & qui institutus est heres, erit quasi pu-
2 re institutus. In† hanc tamẽ sententiam hæc dicuntur. Primum non valet institutio, eoq; nec testamentũ, vbi institutio imperfecta est, id est, vbi institutioni testator aliquid adiicere voluit, nec adiecit, *l. si is qui testam. D. qui testam. fac. pos.* In institutione autẽ hac proposita, testator conditionem adiicere voluit, nec adiecit, proinde imperfecta institutio, eoque testamentum. Resp. Falsum est testatorem in hac institutione voluisse conditionem adiicere, imo quia non adiecit, ideo certe colligitur, eum adiicere noluisse. Noluit igitur. cur ergo conditionum facit mentionem in institutione? Respõdeo, quia cõstituerat deliberare, an postea cõditionem adiiceret nec ne, cum non adiecerit, apparet propositũ prius omisisse.

Deinde obiicitur, *l. quoties §. tantum. D. de hered. instit.* vbi ita scribitur, si testator conditionem adiicere destinans, non adiecerit, heredem pro non instituto haberi, quæ sententia Marcelli est, quam nominatim postea probat Vlpianus. Respondeo: Nihil est verius hac sententia; si modo testator conditionem adiicere destinauit, vt illic scriptũ est. sed prius constare oportet, illum hoc voluisse, vt diserte scribitur *in d. l. si is qui test. D. qui testam. fac. pos.* Nos autẽ hic dicimus ex his verbis secundum conditiones supra scriptas, non colligi testatorem omnimodo conditionem adiicere, quam non adiecit, voluisse. Postremo dici potest institutionem propositam ideo nullius esse momenti, quia sit sub conditione, quæ conditio defecerit. Nam hæc verba, *secundum conditiones infr. scriptas* hoc significant, secundum conditiones, quas infra scribam. Hæc autem oratio, *quas infra scribam*, conditionem habet. *leg. 6. de leg. 1.* Respondeo: non ideo recte colligitur hanc institutionem conditionalem esse. Nam hæc conditio, *si conditiones infra scribam*, non adiicitur institutioni, sed conditioni adiicitur. Hoc dicere intelligitur testator: Titius heres mihi esto, sub conditione, sed hac lege, si conditionem infra scribã: vnde colligitur si cõditionem infra non scribam, heres esto sine conditione. Nam quoties aliquid fieri iubetur sub conditione, sub contraria conditione non iuberi intelligitur, *l. quib. diebus, §. quidam Titio, de condit. & demonst.* Quæ ratio euidenter sufficiebat, vt probaretur nullis conditionibus infra adscriptis institutionem propositã puram esse non conditionalem.

Maluit tamen Trebonianus ad hãc institutionem confirmandam vti responso argumento Papiniani, quod subiicit, quod totidem verbis exstat *in leg. cum pater, §. vlt. de leg. 2.* cum testator vicos legauit, & adiecit, *se fines vicorum postea monstraturum*, nam etiam his finibus non demonstratis, placet vicos deberi. Sed verendum est, ne non hæc cõstitutio posita, cum legato illo recte comparetur. Nam hæc oratio, *quos fines postea demonstrabo*, nullam habet conditionem, sed tantum demonstrationem. Hæc autem verba, *Secundum conditiones infra scriptas*, conditionẽ, quam dixi, continent. Itaq; tutius erit hanc institutionem superiori ratione defendere.

Vt autem † in hac institutione, si conditio nulla 3
infra scripta est, valet institutio, & pura est: Ita quacunque parte testamenti postea conditio adscripta est, institutio habetur conditionalis non secus, quam si in ipsa institutione conditio expressa & adiecta esset. Vt puta testator in principio testamẽti sic scribit, *Titius mihi heres esto, secundum cõditiones infr. scriptas*: Deinde in extremo dixit, *Conditionẽ de qua initio dixi hanc esse volo, si nauis ex Asia, &c.* Dicimus institutionem Titii perinde accipiendam, quasi testator initio dixisset ita coniunctim: *Titius heres esto, si nauis ex Asia venerit.* Ad quod constituendum visum est opus fuisse hac constitutione, quia dici potest: Institutionem hoc modo scriptam puram esse, non conditionalem, vt dixi. Nam in principio institutio conditionem non habuit, in extremo conditio adiecta est, sed nulla institutio. quo fit, vt neutra parte videatur conditionalis esse institutio.

Sed hæc recte dicuntur, cum institutio & conditio separantur, cum autem coniunguntur, necesse est institutionem conditionalem videri. Constituit autem Iustinianus hæc cõiungi oportere, quasi eodem loco scripta essent, quod non constituit ea ratione, quæ redditur ab Accursio, quia quæ in continenti fiunt, ea inesse intelliguntur. Nam si testator ita scripsisset: *Titius heres esto secundum conditiones quas codicillis adscribam*: Deinde multo post tempore conditionem adscribat, videbitur a principio fuisse conditionalis institutio testamento adscripta, *l. asse. de her. instit.* Sed hæc ratio est, quod in qua parte aliquid demonstratur, ex eo quod postea euenturũ est, quandocunq; euenerit, iam in principio expressum fuisse, in ea parte videri. Puta testator, in testamẽto scripsit; *Is mihi heres esto, quem codicillis scribam*: His verbis statim Titius heres institutus & demõstratus intelligitur, quandocunque etiam in codicillis postea scribat. *d. l. asse. de hered. instit.*

*Ad L. Vltimam.*

Impp. Valer. & Galien. A. Ioanni PP.

*Cum quidam prægnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam vxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adiecit, si non posthumus natus fuerit, alium sibi heredẽ esse, posthumus autem natus impubes decessit: dubitabatur, quid iuris sit, tam Vlpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quæstionem scribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse posthumo nato, & impubere defuncto, matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum, &c.*

SVMMARIA.

1 *Quoties pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in vtrumque substituisse videtur.*

2 *Species huius legis plenius declaratur, & quid iuris in ea sit deciditur.*

CVm pater filio impuberi substituit Titium in hunc casum, *Si filius posthumus natus nõ erit*, id est, si filius heres non erit, quamuis filius nascatur & heres exsistat patri: Si deinde intra pubertatem decedat,

cedat, pure & vulgariter institutus nihilominus admittetur ex constitutione D. Marcelli. Qua efficitur:
1 Quoties † pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in vtrumq; casum substituisse videtur, siue filius heres fuerit, siue non, & intra pubertatem decesserit, *l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupil.* de qua constitutione dicetur suo loco tit. sequenti. Hinc dubitatio orta veteribus in specie proposita: Testator qui vxorem prægnantem habebat, vxorem heredem instituit ex parte, ventrem, id est, qui in vtero est filium, instituit in reliqua parte. Huic filio Titium in hunc casum substituit, id est, in hanc conditionem, *Si posthumus natus non esset*, id est, heres omnino non esset, nam non potest heres esse, qui omnino non est in rerum natura. Deinde posthumus natus est, & iure ipso patri heres exstitit, ac deinde intra pubertatem decessit. De eius hereditate quæritur inter matrem & substitutum, substituto ex substitutione hereditatem sibi vendicante: matre autem sibi vendicante legitimam filii, ex Senatúsconsulto Trebelliano.

Quæstio in eo est, vtrum substitutus in hunc casum substitutus sit, si impubes heres erit, & intra pubertatis tempus decesserit. Nam si est substitutus, iure admittetur, quoniam pater filio in hunc casum potest substituere; sic mater excluderetur: nam quãdiu ex testamento hereditas adiri potest, tamdiu ab intestato legitimis non defertur, *l. quamdiu. de acquir. hered.* Rursum si Titius in hunc casum alterum substitutus non est, impubes decessit intestatus: Intestatorum liberorum hereditas ad matrem pertinet, vbi neque est pater neque descendens, *Instit. de Senatusconsulto Orphit.* Hic si superiorem regulam constitutionis sequimur, Titius in vnum casum substitutus, etiam in vtrumque casum substitutus intelligitur, eoque admittetur exclusa matre.

Sed hæc sententia non placuit: visum est Papiniano & Vlpiano, matrem potius in proposito admitti debere, si modo heres esset instituta cum filio: sed hæc dubitanter dicebant. Iustinianus hæc duo effecit, eorum dubitationem sustulit, & sententiam certam effecit. Alterum, admisit matrem excludere substitutum aduersus tacitam pupillarem, siue heres instituta esset, siue non. Vt vero obstet constitutio superior, & quamobrem placuerit hunc casum excipi, dicetur suo loco *ad l. precibus. j. seq. tit.*

## AD TITVLUM XXVI. COD.
## De impuberum & aliis substitutionibus.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis & tractandi modus.*
2 *Substituere quid proprie significet, & quomodo hoc loco accipiatur. n. 3.*
4 *Fideicommissarius heres proprie substitutus non est. & num. 29.*
5 *Substitutio, secundi heredis institutio dicitur.*
6 *Instituti & substituti qui dicantur, & quomodo in vsu iuris distinguantur.*
7 *Vocabulum, Institutionis, & generale & speciale est.*
8 *Gradus vocabulum quid iuris auctoribus significet, & cur hic vsurpetur. & nu. 10.*
9 *Primus & secundus locus heredum quomodo accipiatur, & quis sit primus, quis secundus heres. & n. 11.*
12 *Heres primus quot modis dicatur deficere.*
13 *Substitutionum genera quot. & nu. 30.*
14 *Conditiones substitutionũ in vsu iuris casus appellantur, & cur: & hinc quidam in primũ casum, quidã in secundum dicuntur substituti. & num. 15. 16. 17.*
18 *Casus in substitutionibus duo tantum sunt.*
19 *Quis dicatur primus, quis secundus casus.*
20 *An vt natura, sic etiam iure in vtrumque casum substituere liceat, vt valeat substitutio. & nu. 22.*
21 *Vulgaris substitutio vnde dicatur.*
23 *Substitutio impuberum vel pupillaris vnde dicta; & quæ in eadem requirantur?*
24 *Substitutio pupillaris quomodo a vulgari differat.*
25 *Tertium substitutionis genus, quæ vulgo exemplaris, a Duareno quasi pupillaris, & hic substitutio mente capti vocatur.*
26 *In pluribus personis heredem in secundum casum substituere, iure directo non licet.*
27 *Directe substitui quis dicatur.*
28 *Oblique substituere quid sit.*
31 *Directa substitutio quæ, & quotuplex.*
32 *Vulgaris substitutio quæ.*
33 *Non vulgaris quæ, & quotuplex.*
34 *Fideicommissaria substitutio quibus permissa sit.*
35 *Cetera substitutionum genera ab interpretibus addita, vt sunt substitutio compendiosa & breuiloqua, improbantur.*

VT licet heredes instituere testamento, ita his & substituere, non tantum secundo gradu, sed tertio, quarto, quinto & in infinitum, *l. 36. potest. de vulgar. & pupill. subst. tit. de vulg. Institut. in pr. l. verbis legis 120. de verb. sig.* Ex quo post † institutiones heredum, 1 recte agitur de substitutionibus heredum, in quo explicando prius de verbo dicemus, deinde de iure, quod sic constituitur.

Substituere † Latinis est in locum aliarum rerum 2 deficientium vel inutilium, alios submittere & subrogare, vt cum dicimus fructuarium in locum demortuorum capitum alia substituere debere, & ita gregem supplere, *l. vetus 68. in fin. & l. seq. de vsufruct.* Valet hęc ipsa significatio cum heredes substitui posse dicimus. Est enim † substituere in locum primi deficientis 3 vel heredis vel exheredati alium heredem instituere. Recte instituere: nam & substitutio institutio est heredis, vt vbicunq; heres non instituitur, ibi intelligendum sit nec substitutionem esse. Quam ob † caussam fideicommissarius heres proprie non 4 est substitutus: nam proprie non est heres is, cui restituitur ex fideicommisso hereditas, *§. restituta. Inst. de fid. her.* Hinc substitutio † dicitur a iuris auctoribus 5 secundi heredis institutio, *l. ex facto 43. §. Lucius. de vulg. & pupill.* Et cum quis heres institutus esset sub conditione, si testatorem instituisset, placuit videri heredem conditioni paruisse, si testatorem in quouis gradu instituisset, id est, etiamsi substituisset vel secundo vel tertio gradu. Et † tamen in vsu iuris distinguuntur 6 instituti a substitutis, non vt genus a specie, sed vt species contrariæ.

Nam instituti dicuntur, qui instituti sunt primo gradu: substituti autem secundo gradu instituti sunt, *l. 1. de vulg. & pupil.* Et passim hic vsus loquendi occurret in argumento heredum institutorum & substitutorum. Sed hęc contraria non sunt. Nam † institutio 7 dicitur & generaliter & specialiter. Generaliter instituere est heredem scribere aut nuncupare, quocunque gradu id facias, id est, etiamsi substituas quarto vel quinto loco. Vt enim in subscriptione inest simplex verbũ *scriptio*, sic in substitutione inest semper institutio. Sed cum hæc coniunguntur instituti & substituti, tunc institutos proprie intelligimus eos,

qui primo gradu instituti sunt. Sic vsus est adoptionis *in l. 2. & 1. ff. de adopt.* sic cognationis, sic agnationis *in l. non facile. §. cognationis. l. Iureconsult. §. 1. de grad. & affin.* sic actionis *in l. pecuniæ 17. §. actionis. ff. de verb. signific.*

Sed vt substituere est alium heredem instituere, sic non omnis institutio, substitutio est, sed tunc demum cum quis instituitur in locum alterius deficientis, qui vel sit a testatore prius institutus, vel exheredatus. Quod de exheredato dixi, ideo dixi, quod pater filio impuberi, quem in potestate habet, substituere potest heredem, non tantum instituto, sed etiam exheredato, de quo postea. Id autem an ita sit, quoniam aperte certis locis expressum non est, danda est opera, vt ex iis, quæ a veteribus hac de re scripta sunt, confirmetur. Exstat autem *in d. l. 1. de vulg.* hæc definitio institutorum & substitutorum, vt instituti sint primo gradu, substituti autem, qui secundo vel
8 tertio, vel deinceps instituti sunt. Gradum † vocant iuris auctores locum, quo heres institutus est, vt eo loco succedat. Is primo gradu institutus est, qui primo loco: Is secundo gradu, qui institutus est secundo loco, & sic deinceps, vt hoc verbum explicat Vlpianus *l. 2. §. defertur. ff. de bon. poss. secundum tab.*

9 Sed primum † & secundum locum heredum accipere debemus non ex ordine scripturæ, sed ex ordine successionis, vt intelligatur esse institutus secundo loco is, non qui secundo loco scriptus est, sed qui ita institutus est nominatim, vt secundo loco succedat post heredem primo scriptum. Nam fieri potest, vt quisquam secundo loco scribatur, qui tamen institutus erit, vt in hoc exemplo: Primus ex semisse heres esto, secũdus ex quadrante heres esto, tertius ex quadrante heres esto. Hic secundus & tertius quamuis ordine scripturæ secundo & tertio loco scripti sunt, tamen pariter cum primo heredes instituti intelliguntur, *l. si quis heredes 14. cum l. seq. de hered. instit.* scilicet quia non sunt ita instituti, vt succedant post primum, sed simpliciter instituti. E conuerso potest quis primo loco scriptus esse heres, qui tamen substitutus erit non institutus, vt in hoc exemplo: Titius heres esto, si secundus heres non erit. Hic secundus quamuis postea scriptus, tamen institutus est: Titius quamuis scriptus primo loco, tamen est substitutus, *l. si quis ita 28. de her. instit.* nempe ob id, quia Titius nominatim ita institutus est, vt heres esset post secundum.

10 Ad id † significandum appositissime iuris auctores vsi sunt verbo *gradus*, vt dicerent institutum esse, qui primo gradu institutus esset, substitutum qui esset institutus secundo gradu. Vt autem in gradibus primus quisque gradus nobis occurrit, nec ad secundum peruenitur nisi post primum, nec ad tertium nisi post primum & secundum, sic institutus & substitutus. Hic est ordo progressionis, vt primo deferatur hereditas institutis, deinde iis deficientibus deferatur substituto, nec vnquam locus sit substituto, nisi instituto excluso, *l. quamdiu institutus 69. de acquir. her.* Ex hoc ordine successionis institutorum & substitutorum heredum hæ appellationes veteribus na-
11 tæ sunt. Nam † heres institutus dicitur primus heres: substitutus autem dicitur secundus heres, vt intelligatur is, qui ita institutus est, vt secundo loco succedat.

Occurrunt hæ voces *in l. precibus. infr. h. l. si posthumus. vers. nam & cum. ff. de liber. & posth.* sicque primi & secundi heredis nomen vsurpatur a Cicerone, cum alibi tum præcipue in Topicis. Inde substitutio dicta secundi heredis institutio, vt supra dixi, *l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulgar.* Pro iis Caius in fragmentis institutionum *lib. 2. de substitut.* substitutionem vocat secundi heredis appellationem. Quæ si recte dicta sunt a veteribus, non errauit Accursius *in pr. tit. de vulg.* cum substitutionem dixit secundam institutionem. Nam secundi heredis institutio & secunda institutio coniugata sunt. Substitutus autem est secundus heres, proinde huius heredis institutio est secunda institutio: neque eo moueri debemus, quod dicitur heredem substitui posse non tantum secundo loco, sed etiam tertio, quarto, quinto & in infinitum, *l. 1. & l. potest. de vulgar.* Nam qui quinto loco substitutus est, si conferatur cum primo ex ordine scripturæ, recte dicitur quinto loco institutus, non autem secundo: sed si conferatur cum proximo herede, id est, quarto vel alio, cui defertur hereditas, ceteris heredibus prioribus deficientibus, non potest dici nisi secundo loco institutus & secundus heres, quia prior heres, cui soli defertur hereditas, incipit solus esse heres institutus, vtpote ceteris omnibus exclusis. Quam rationem sicuti veteres, non aliter substitutum omnes appellauerunt quam secundum heredem.

Hic autem intelligitur heres institui, ita vt secundo loco succedat post primum, cum nominatim instituitur in primi deficientis locum, id est, cum instituitur sub conditione, si primus defecerit, si primus remotus erit. Proinde, vt propositum est, vere definiuimus initio substituere heredem, esse in primi heredis deficientis locum alium heredem, vt heredem instituere. Deficit † autem primus heres du- 12
pliciter, vel quod heres non exsistit, vel quod heres fit, sed postea moritur, atque ita heres natura esse desinit. Vnde intelligimus, † substitutionum totidem 13
esse genera, vt vel substituatur quis sub conditione, si primus heres institutus heres non erit: vel vt substituatur sub altera sequenti conditione, si primus heres institutus heres erit, & deinde decesserit. Quæ conditiones notantur & comprehenduntur in substitutione impuberum, *l. 1. de pupil. substit. in pr.*

Hæ duæ † conditiones substitutionum in vsu iu- 14
ris appellantur casus, in quos quis heres substituitur. Vt is qui substituitur, si primus heres nõ erit, dicatur in primum casum † substitutus, vt sit sensus in pri- 15
mum casum substitutionum, id est, in primam conditionem, sub qua heredes substituuntur. Is autem, qui † substituitur sub hac conditione, si primus he- 16
res erit, & postea decesserit, dicatur substitui in alterum casum, in quem heredes substitui solent. Sic vocantur passim hæ conditiones præcipue *in l. precib. §. h. & in l. 4. ff. de vulg. & pupill.* Et † recte hæ conditio- 17
nes vocantur casus: nam conditio nihil aliud est nisi euentus & casus, in quem aliquid differtur, vt definitur *in §. sub conditione. in Instit. de verb. oblig.* Sunt † au- 18
tem hi casus in substitutionibus tantum duo, vt consequens sit, substitutionum non plura esse genera summa.

Id docet primum natura: nam si substituere est surrogare in locum deficientis heredis; consequens est non plures esse posse conditiones substitutionis, quam suprascriptas duas, quoniam non deficit heres institutus, nisi vel quia heres non est, vel quia cum heres esse cœperit, postea desinit. Id etiam manifesti loci

loci iuris confirmant. Nam *in l. precibus*, nominantur tantum substitutionis duo casus, primus & secundus. Sed euidentius id declaratur *in d. l. 4. de vul.* vbi casus substitutionum nominantur vnus & alter, quod verbum posterius non vsurpatur nisi de duobus. Quemadmodum autem de numero horum casuum hoc te-
19 nendum est, duos tantum esse: sic & † illud obseruandum de ordine horum casuum: In vsu iuris priorem illum (Si primus heres non erit) dici primum casum substitutionum; illum autem alterum (Si primus heres erit & postea decesserit) dici secũdum casum siue sequentem *d. l. precibus. infr. l. Lucius. de vulg.* idque duabus de caussis. Vel quia ille casus, Si primus heres non erit, primo receptus est iure, alter autem longe post cœpit recipi, non iure scripto, sed moribus, *l. 2. de vulg.* Vel quod est verius, quia cum hi duo casus coniunguntur in substitutione impuberum, id est, cum quis substituitur impuberi; si impubes heres non erit, siue heres erit, & intra pubertatem decesserit: Ordo id exigit, vt prius quæratur, an sit heres necne, quoniam si heres non erit, inepte quæritur, an postea desinat. Quod si heres erit, tunc quærendum est, an postea decedat, atque ita heres esse desinat. Ex quibus, vt dixi, apparet, & quid sit substituere heredes, & quibus conditionibus substituantur, & ex iisdem conditionibus quæ sint genera substitutionum natura. Hæc de nomine substitutionis dicta sunt, deque re huic verbo subiecta. Nunc de iure substitutionis videndum est.

20 Est autem † de iure substitutionum hæc quæstio, an quemadmodum natura licet substituere in vtrumque superiorem casum, ita etiam liceat iure, vt substitutio valeat? Et placuit non licere, de quo ita ius est. In priorem casum, Si primus heres non erit, licet prioribus institutis, alios quos velint, & quot velint, heredes instituere, *l. potest. ff. de vulg. & pupil. §. de vulg. in pr. Inst. h.* Hic casus a iuris auctoribus vulgaris dicitur, & qui substituitur in hunc casum, dicitur
21 substitui vulgari nomine, *l. 4. §. 1. ff. de vulg.* Vnde † & substitutio ipsa vulgaris dicitur, *§. fin autem. Instit. de pupill. & tot. tit. in ff.* Appellatio hinc nata, non quod vulgaris substitutio sit directa, vt quidam hoc loco imperitissime scripserunt, nam & pupillaris directa est, *l. post aditam. infr. h.* vbi dicetur, quæ tamen nihil minus est, quam vulgaris, sed nata est ex eo, quod substitutio in hunc casum, Si primus heres non erit, omnibus iure permittitur, vt sit in vsu omniũ vulgari; quomodo vulgares actiones, & vulgaria actionum nomina dicuntur vsitata, *l. 1. & 2. de præscript. verbis.* Quo nomine ita appellatur hoc genus substitutionis, vt distinguatur a pupillari & similibus, quæ fiunt in secundum, quæ non omnibus permissæ sunt, sed
22 paucis & certis personis, vt postea patebit. Ergo † in secundum casum, Si primus heres erit, & postea decesserit, iure ciuili, id est, leg. 12. tabularum, nulli licet heredem substituere, ac ne patri quidem vt filio impuberi alium heredem substituat in secundum casum, Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit. Quod ex eo intelligimus, quod de hoc genere substitutionis postea introductum est moribus, *l. 2. ff. de vulg. & pupill. Instit. in pr. h.*

Hoc ius sumtum est ex lege 12. tabularum, quæ ita facit potestatem heredis instituendi & substituendi, si quis instituat suis bonis, non alienis, his verbis: Vti quisque rei suæ legassit, &c. *l. verbis leg. de verb. sig. l. testandi. sup. de testam.* Hinc sic recte collectum est a veteribus. Licet heredem substituere suis bonis, alienis non licet. At cum quis substituitur a testatore in hunc casum, Si primus heres institutus non erit substitutus instituitur in bonis testatoris: cum autem substituitur in hunc casum, Si heres institutus, heres exstiterit, ac postea decesserit, substituitur bonis heredis non testatoris, *tit. de pupill. in pr. vers. quo casu.* Proinde in priorem casum substituere licet, in alterum sequentem iure non licet. Sed hoc ius postea in quibusdam personis remissum est.

Ac primum moribus populi Romani obtinuit, id est, vsu & consuetudine, vt parentes filiis suis impuberibus, quos in potestate habent, substituere heredem possint, in hunc casum, Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, *d. l. 2. in pr. ff. de vulg. & Instit. h. in pr.* Hæc † substitutio ex re dicta est substi- 23
tutio impuberis, quia esset impuberum propria, vt quibus satis posset parens in secundum hunc casum substituere, *§ fin autem. in fin. Instit. de pupil. subst. l. sed si plures. §. ad substit. ff. de vulgar.* Vnde inscriptio huius tituli, de impuberum & aliis substitutionibus, vt sic de pupillari substitutione & aliis generibus substitutionum admoneremur. Hæc eadem magis proprio vocabulo appellatur substitutio pupillaris, *d. l. de vulgar. & pupill. l. 2. & l. seq. de pupill. instit.* Ita dicta, quia pupillus est is impubes, qui sui iuris esse cœpit, vel morte patris, vel emancipatione, *l. pupillus. de verbor. sig.* In hoc autem solum tempus confertur substitutio pupillaris, cum impubes sui iuris erit post mortem patris. Substituitur enim in hunc casum, Si heres erit. Non potest heres patri esse nisi defuncto: ac proinde nisi tunc, cum sui iuris erit factus, morte patris.

Obseruandum est † autem, cum in hac substituti- 24
one tria hæc exiguntur, vt sit parens, qui substituit, vt sit impubes is cui substituitur, & preterea, vt sit in potestate patris, satis confirmari his quæ supra diximus, hanc substitutionem non esse vulgarem, vtpote quæ extraneo nulli permittatur, & quæ parenti ne quidem permittatur vt substituat liberis emancipatis, aut substituat post pubertatem. Quæ omnia contra cum permittantur in substitutione, quæ fit in priorem casum non exsistentium heredum, apparet merito vulgarem substitutionem eam dici, quæ ita in vulgus & in omnes passim recepta sit. Hæc substitutio pupillaris, de qua dicimus, primo sola recepta est, vnde non plura genera substitutionum apud veteres fuerunt cognita, quam hæc duo vulgaris & pupillaris substitutio. Vnde titulus de vulgari & pupillari, & duo illi separati in Instit. vnus de vulgari, alter de pupillari substitutione. Confirmatur id in fragmentis Caii *lib. 2. Instit. tit. de substitut.*

Postea † autem constitutione receptum est, vt li- 25
ceret parenti, etiam post pubertatem in secundum superiorem casum heredem substituere, filio furioso seu mente capto, si in ea alienatione mentis decessisset, de quo exstat Iustiniani constitutio *in l. hereditatis.* ]. Cuius summa exponitur *in §. qua ratione. Inst. de pup. subst.* Hanc vulgo exemplarem vocant, quia *in d. §. qua ratione*, Iustinianus scribit, hanc se introduxisse ad exemplum pupillaris substitutionis.

Sed hoc verbũ nobis repudiandũ est. Primo quia est contra consuetudinẽ iuris auctorũ, ac nõ tantum barbarũ: deinde qualecunq; hoc verbum sit, etiamsi Latinum esset, tamen est ad id de quo quæritur explicandum inutile. Cum enim exemplarem substitutionem dico, dubium relinquo, & cui substitutio

fiat,& a quo & in quem casum,vt nihil hic plus explicem, quam si nihil dixero. Verba autem rebus consequentia esse oportet, vt bene monet Iustinianus *in §.est & aliud.Instit. de donat.* Duarenus quasi pupillarem vocat *lib.2.disput.cap.2.* Sed ne hoc quidem satis rem explicat. Commode igitur substitutionem, quæ fit impuberi, eiusque propria est, appellamus substitutionem impuberis. Sic eam, quæ fit mēte capto & furioso, dicimus eadem ratione substitutionem mente capti vel furiosi, idque ad rem quam volumus intelligendam accommodatissimum.

26 In pluribus personis † substituere heredem in secundum casum nulli licet, si de iure directo & communi quæritur,de quo nunc agitur,cum tractatur de heredum institutionibus & substitutionibus. Dixi iure directo,quia oblique & per fideicommissum etiam in hunc secundum casum quibuslibet heredibus a nobis institutis licet alios substituere. Directe

27 dicitur † heres substitui, cum testator substituit his verbis aut aliis idem significantibus: *Si primus heres non erit, secundus heres esto.* Quibus verbis heredem substitutum, heredem esse interest, ita vt hereditatem a testatore recte capiat, §.*in primis. Inst.de fid.her.*

28 Oblique † autem idem facit testator, cum heredem a se institutum rogat, vt hereditatem secundo restituat,vel viuus,vel post mortem suam. Hoc genus fideicommissariæ restitutionis iure communi receptum est,de quo *in Instit.de fideicom.her. & l.ad Senatusconsult.Treb.ff.& C.* Hæc restitutio, vt apparet, fit in secundum casum: iubetur enim heres restituere, non nisi prius eam habuerit, vnde etiam inuitus eam adire cogitur.§.*sed quia heredem.Instit.de fid.her.* Is au-

29 tem, † cui restituitur hereditas, proprie non est substitutus,quia non est heres lege ciuili, §.*restituta.Inst. de fid.her.* Et ideo cum proprie institutionem & substitutionem heredum nominamus,inter substitutiones non numeratur fideicommissaria substitutio. Vnde factum est,vt in hoc argumento institutionum & substitutionum non agatur de Senatusconsulto Trebelliano, sed omnibus partibus exponantur ea, quæ pertinent ad directas heredum institutiones & legata testamento relicta.

Sed, etsi is, cui restituitur hereditas ex fideicommissaria hereditate,non est heres, tamen heredis loco habetur ex Senatusconsulto Trebell. quia effectu actiones hereditariæ omnes ei dantur,& aduersus eum transeunt, non secus, quam si vere heres esset testatori, §.*sed quia stipulationes. Instit.de fideicom.hered. l.1.in pr.ff.ad Senatusconsult.Trebell.* Hac ratione fit, vt non male is,cui restituitur ita hereditas, dicatur substitutus heres, & id fideicommissum testatoris recte dicatur substitutio, quomodo Papin.vocat *in l.41.coheredi.§.cum filiæ.de vulgar.& pupillar.* his verbis: Nec aliud seruandum est,cum substitutionis conditio pupillarem ætatem verbis precariis egreditur. Verba precaria cum nominat, declarat se intelligere hereditatem fideicommissariam, quam tamen substitutionem vocat.

Dixi non licere in hunc casum secundum aliis substituere,quam suprascriptis personis iure directo & communi, quia aliud militibus licet ex priuilegio militum, *l.precibus.infr.h.* Nunc autem de iure communi instituendorum & substituendorum heredum agimus.Ex his nullo negotio intelligi potest,quæ genera sint receptarum iure substitutionum, de quo tam multæ sunt interpretum dissensiones. Igitur substitutionem † si proprie intelligimus institutio- 30
nem secundi heredis, qui vere heres sit, solæ substitutiones sunt, quæ sunt directæ,qua in significatione de substitutionibus agitur *h.l. & tit. de vulgari & pupill.in ff.item in Instit.* Sin autem substitutionem dicamus generaliter, vt contineatur ea non tantum substitutio veri heredis, sed etiam eius, qui heredis loco habetur, substitutionum duo sunt genera summa; aut enim directa est,aut obliqua,quæ eadem est,quæ fideicommissaria.

Directa nominatur *in l.post aditam.infr.hoc tit.* Fideicommissaria eodem verbo satis significatur, nominatur autem a Papin. sæpius, *vt in l.41.coheredi.§.cum filiæ.de vulg.l.heredes masc.§.1.& §.vlt.ff.ad Trebel.* Directa † substitutio est, cum quis ita substituit 31
heredem,vt iubeat heredem esse, vel ita vt velit eum recte hereditatem ex testamento suo capere non ab alio herede prius instituto.Fideicommissaria quæ sit, supra diximus. Directa substitutio duplex est, vulgaris & non vulgaris. Vulgaris † est, qua quis substitui- 32
tur in priorem casum; Si primus heres institutus,heres non erit. Dicta quod vulgo permissa sit, eoque in vsu etiam vulgari. Non vulgaris † est, qua persona 33
substituitur in sequentem casum; Si primus heres erit ac postea decesserit, in quem casum quia non omnibus conceditur alios heredes substituere, ideo non vulgaris dicta est. Vt sunt hæ personæ,quibus in hunc casum substitui potest, ita huius substitutionis genera distinguuntur. Quia igitur solis parentibus concessum est in hunc casum substituere duobus generibus liberorum, nempe impuberibus & mente captis,hinc totidem species huius substitutionis siue superioris casus exstiterunt.

Sunt igitur duæ substitutiones huius generis. Vna impuberis,quæ & pupillaris dicitur: altera furiosi,siue mente capti. De vulgari dicetur *in l.post aditam. infr.h.* De pupillari,*in l.si testam.eod.* De furiosi,*in l.hereditates.eod.* Et hæc genera sunt solum cognita iure communi. In militibus licet in eundem secundum casum quibuslibet heredibus institutis, alios substituere,*l.precib. infr.h.* Sed hoc ex priuilegio militum, de quo nunc non agimus.Fideicommissaria † substi- 34
tutio omnibus testatoribus & quibuslibet heredibus institutis, iure communi permissa est, vt scilicet qui heres institutus est rogetur hereditatem alii restituere vel viuus,vel post mortem suam, prout testatori visum erit, vt supra dixi. Cum neque in plures casus substituere liceat,quam in superiores,quos initio posuimus,& in sequentem secundum casum non admittatur substitutio in pluribus personis, quam quas supra comprehendimus, & ea forma de qua supra; conuincitur non plura genera esse substitutionum, quam supra posuimus,quæ quidem agnoscantur iure.

Imperite autem † fecerunt interpretes, quod alia 35
quædam addiderunt,ex quibus potuit intelligi, quid hic quæreretur,ab illis perceptum non fuisse, multo minus quid ius constitueret. Faciunt illi quandam substitutionem, quam vocant compendiosam, *ex l. precibus.infr.h.tit.* cum scilicet miles filio impuberi heredi instituto alium substituit,in hunc casum;Si filius intra vigesimum annum decesserit:comprehendens compendio orationis duo tempora, pupillaris ætatis, & ætatis puberis. Sed hæc non sunt vlla noua genera substitutionis: nam si filius impubes decedit, non continentur hac substitutione aliæ, quā illæ, de qui-

quibus diximus, vulgaris & pupillaris, post pubertatem autem continetur substitutio noua in secundum casum, etiamsi filius heres exstiterit. Sed hoc ex priuilegio militum est, non ex iure communi, in quo merum nouum substitutionis genus non efficitur. Forma conceptionis, qua vsus est miles & qua paucis verbis hæc genera substitutionum complectitur, diuersa est a formulis singularum substitutionum, sed hæc diuersitas in verbis & non in rebus est: nam species substitutionis semper eædem sunt.

Faciunt præterea & illi quandam substitutionem, quam appellant breuiloquam, quam possumus reciprocam appellare, cum videlicet testator vel pluribus filiis impuberibus institutis breui sermone eos inuicem substituit. Hoc, inquam, genus substitutionis diuersum a ceteris faciunt, quia *in l. 4. §. 1. de vulg. & pupill.* Modestinus hoc genus substitutionis tertium posuit, in quo ab illis etiam in iure manifesto valde erratur. Nam in ea ipsa constitutione, quam citant, nominatim dicitur, in huiusmodi substitutione reciproca nihil amplius contineri, quam substitutionem in vtrumq; casum, id est, in vulgarem & pupillarem, vt sit sensus, his verbis contineri non nouas species substitutionis, sed illas duas priores, de quibus Modestinus dixerat, interdum vnam duntaxat, interdum duas. Fefellit eos, quod Modestinus appellat hanc substitutionem tertium genus, dum non intelligunt tertium genus illud dici, non ex re & specie substitutionis, sed ex conceptione & formula substitutionis. Nam vulgaris substitutio sic exprimitur: Filius meus impubes heres esto, si heres non erit, secundus filius heres esto. Pupillaris autem sic exprimitur: Si filius meus primus impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, secundus heres esto. Ab iis differens conceptio & formula substitutionis hæc est, cum vtroq; filio herede instituto, testator ita breuiter dicit: *Eosq; inuicem substituo.* Sed cóceptio ita fieri debet, vt tamen *substituendi* verbo perinde sit quasi testator expressisset vtrumque casum substitutionis vulgaris & pupillaris. Non sunt igitur, vt dixi, genera plura substitutionis cognita, quam quæ supra posuimus, quæ dum nobis occurrent, nos admonebunt non in alios casus, non aliis personis heredem substitui posse, quam iis, de quibus initio dixi.

*Ad L. 1. Cum heredes.*

Imp. M. Ælius Antoninus A. Secundo.

*Cum heredes ex disparibus partibus instituti, & inuicem substituti sunt, nec in substitutione facta est vllarum partium mentio: verum non est non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt. Datum Claro II. & Seuero Coss. 171.*

SUMMARIA.

1 *Plures heredes instituti nullis partibus adscriptis, ex æquis partibus instituti intelliguntur: itemq; in substitutis locum habet.*

2 *Instituti ex partibus æqualibus & postea substituti nulla partium mentione facta, in eas partes, quæ in institutione expressæ sunt, instituti intelliguntur. & num. seq.*

1 CVm plures heredes † instituuntur nullis partibus adscriptis, intelliguntur ex æquis partibus instituti esse, *l. 9. §. 3. de hered. inst. §. si plures. Inst. eod.* Consentaneum videri poterit, vt si plures heredes in locum deficientis prioris substituti sint sine partibus, videantur similiter æqualiter esse substituti, quod & verum est, si hi substituti sint, qui prius instituti non fuerunt: nam substitutio nihil aliud est nisi institutio secundorum heredũ. Sed si iidem prius instituti sint, qui & postea inuicem sunt substituti, hoc ius placuit, vt si instituti † sint ex inæqualibus partibus, deinde 2 substituti nulla mentione partium facta, tunc quæ partes in institutione expressæ sunt eædem & in substitutione repetitæ intelligantur, quod hic constitutum est, *§. 1. Inst. de vulg. l. si in testamento. de vulg.* Exemplum constitutionis *in l. si plures ff. eod.* exstat.

Coniectura voluntatis ducta est ex iis, quæ præcesserunt in institutione, ex quibus etiam amor testatoris in heredes colligitur: nam quibus maiorem honorem habuit in institutione, eos etiam magis dilexit, vt apparet, quos autem pluris fecit in institutione, verisimile est eosdem plus dilexisse in substitutione, neque subito amorem istum mutasse. Sed hoc ius tunc † locum habet, cum duo concurrunt in substitutione, videlicet cum & heredes sub nominibus ap- 3 pellatiuis substituti sunt, vt fit his verbis: *Eosque heredes inuicem substituo*, & præterea eos, qui substituuntur, non onerauit testator, vt quid præstarent ei heredi qui deficit, aut heredibus eius. Quod si testator inter heredes ex inæqualibus partibus institutos, vni alterum substituat, vel substituat omnes inuicem, sed nominibus singulorum propriis appellatis, placuit videri ex æquis partibus substitutos, *l. nonnunquam. ff. ad Trebell.* Hoc nominum propriorum appellatio efficit, vt personæ exæquentur, quoniam in his in capita res diuisa, *argum. l. si hered. 124. de legat. 1* Sed etiamsi testator sub nominibus appellatiuis heredum eos substituerit, ceterum iusserit singulis tantundem dare, quantum cui substituti sunt: Placuit hoc quoque casu ex onere substitutis adscripto etiam quantitatem eiusmodi confici debere, vt qui in onere pares sunt, in commodo hereditatis percipiendo pares fiant, *l. quoties. ad Trebell.*

*Ad L. 2. Hereditatem quidem.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Frontiniæ.

*Hereditatem quidem defuncti intestati filii delatam tibi dubitari non oportet. Substitutio enim testamento patris facta, ad pubertatis tempora porrigi non potest: Quia ipso & aliis non eiusdem conditionis heredibus institutis, & inuicem substitutis, propter eorum personam, quibus in vnum casum duntaxat substitui potest, etiam in filio idem debere seruari, & ratio suadet, & diuus Marcus pater constituit. PP. 6. Kal. Aug. Chilone & Libone Coss. 205.*

SUMMARIA.

1 *Substitutus an quis sit in vulgarem aut in pupillarẽ.*

2 *Substitutio, quæ verbis expressa non est, quando admittatur.*

3 *Vulgari substitutione expressa, an contineatur pupillaris, & vice versa.*

4 *Lectio huius legis emendata.*

PEndet hic locus, quemadmodum *& l. 4. infr. h.* ex eo iure, quod refertur *in l. 4 ff. eod.* de quo hic dicendum est, non tantum vt exceptio horum locorũ intelligatur, quæ alioqui intelligi non potest, sed etiam, quia his exceptionibus ius superiorum in cõtrariis caussis euidẽter confirmetur. Ius autem refertur ad hanc quæstionem, vt quæratur, *quæ sit vis & effectus vulg. & pupillaris substitutionis?* Prius quærendum est, an † quis sit testamento in vulgarem casum sub- 1 stitutus, aut in pupillarem, de quo frustra quæretur, si vtraque substitutio existimaretur tantum verbis

testatoris; nunc autem placet eas etiam sine verbis intelligi ex sententia testatoris, de quo ita est constitutum, cum pater filio impuberi substituit, vt alterum in eum casum verbis expressum, & in alterum non expressum substitutus intelligitur, *l. iam hoc iure. de vulg.* Idque ita est, siue pater substitueritantum in vulgarem casum, siue in pupillarem tantum. Itaque tertiæ hæ debent esse ratæ priori de vulgari substit. si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *Si filius impubes heres non erit*, vi ipsa etiam in hunc casum substituisse, *Si heres erit, & intra pubertatem decesserit*.

Sententia in specie confirmatur *in l. 2. §. vlt. vers. sed etsi ita scripserit. ff. de vulg. item l. vlt. infr. de instit. & subst.* vbi posthumo substitutus quis est in hunc casum, *Si posthumus natus non esset*, id est, si heres non esset, & tamen placet si posthumus natus erit & heres fiet, sed intra pubertatem decesserit, substitutum admitti, si viuo impubere adhuc mater decessit. Altera sententia de pupillis est hæc: Si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit*, qui casus secundus dicitur & pupillaris, etiam in vulgarem casum substituisse intelligitur, si impubes heres non erit, vt sic in vtrumque euentum substitutus admittatur ex substitutione. Hęc sententia diserte expressa est *in d. l. 4. §. 1.* in illis verbis: *Cum autem impubes.*

2 Hinc ergo fit, vt quæramus, † quando admittatur ea substitutio, quæ verbis expressa non est? Respondeo: Ex voluntatis coniectura admitti sine verbis. Nam cum voluntas testatoris intelligitur, hæc etiamsi verbis expressa non sit, seruanda est. Tota enim testatoris voluntas fieri debet, *l. ex pacto. §. verum de hered. l. 12. in fin. de leg. 1.* Voluntas autem hæc testatoris facile inde colligitur, si filio impuberi substituat in vulgarem casum, *Si filius heres non erit.* Nam ex hac substitutione pater vult substitutum sibi heredem esse, *tit. de pupil. sub. Instit.* Hoc casu consentaneum est, eum testatorem, qui voluit substitutum sibi heredem esse, tum cum filius heres non esset; etiam voluisse eundem heredem esse sibi, cum filius heres exstitisset & intra pubertatem decessisset. Id autem tunc ōtingit, cum pater eundē substituit filio impuberi in hunc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Nam ex hoc casu, si substitutus admittitur ad successionem impuberis, vna opera, & fit heres impuberi primo & principaliter, deinde vulgariter & pupillariter, *vers. hoc casu*, & sic etiam patri testanti, vt diserte scriptum est *in l. pr. in fin. ff. de vulg.* Idque ex regula iuris; heres heredis impuberis, heres quoque est testatoris, cui impubes heres exstitit, *l. vlt. infr. de her. instit. l. 7. si quis filiusfam. §. vlt. de acquir. her.*

Hæc coniectura voluntatis confirmatur etiam hac ratione, quia verisimile est, testatorem voluisse etiam in secundum casum consulere filio impuberi, vt ei heredem daret, & consentaneum est, quem pater heredem sibi esse voluit, eundem non indignum iudicasse, quem heredem impuberis faceret. Quæ coniectura si admittitur in vulgar. substitut. expressa, multo magis in pupillari substitutione expressa admittenda est, vt propter eam etiam vulgaris intelligatur. Nam ex pupillari substitutione, vt dixi, substitutus fit heres & impuberi & patri. Si pater voluit ex ea substitutione substitutum vtrique heredem esse, multo magis voluit heredem sibi soli esse, quod euenit in hunc casum, *Si impubes heres non erit*, qui est casus vulgaris substitutionis. Quo † magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem mouent, & cum admiserunt vulgari substitutione expressa contineri etiam pupillarem, negant tamen idem ius esse vice versa, vt pupillari expressa contineatur vulgaris, quod contra omnino dici oportebat, vt ratio euidens ostendit, præsertim cum *in princip. d. l. 4. §. 1. vers. cum autem.* tam aperte refellantur. 3

Huic constitutioni quædam obstant, quæ discutienda sunt. Ac primum dici potest, nihil in testamento valere, quod scriptum non sit, ac proinde frustra intelligi substitutionem, quæ non sit expressa, *l. quoties 9. de her. instit.* Respondeo: Non est necesse, quiduis nominatim in testamento scribi, vt ex testamento valeat, satis est si aut scribatur, aut scribatur aliud, ex quo id quod volumus confici potest, *l. heredes. §. 1. in fin. qui test. fac. pos. l. si seruus plurium. §. vlt. de leg. 1.* Secundo loco dici potest, si testator in vnum casum substituit, ideo in alterum casum substitutionem factam accipi non debere, quod non solum scriptum desit, sed etiam voluntas testatoris. Iam cui quid sub conditione datur, sub contraria conditione vel adimi vel non dari intelligitur, *l. aliquando. l. quib. de reb. §. 2. de condit. & demonstr.* Proinde qui substitutus est sub conditione, si filius heres non erit, dicendum est potius eum sub contraria conditione substitutum non esse, si filius heres erit & impubes decesserit. Respondeo: Hæc in re dubia vere dicuntur, sed vbi intelligimus, testatorem etiam sub contraria conditione idem sensisse, voluntas eius seruanda est. Id autem contingit, cum testator in vnum casum filio impuberi heredem substituit, sic enim substituit, vt velit eum sibi heredem esse. Volet autem heredem sibi esse non tantum, si filius heres non erit, sed etiam multo magis, si filius heres erit, vt sic pater, & simul sibi heredem faciat & prospiciat etiam filio.

Postremo siue testator de casu non expresso sensit, siue non sensit, tamen obstant hi loci, in quibus declaratur, cum testator sibi in vnum casum cauit, alterum casum omissum videri, *l. 10. commodissime. de liber. & posth.* vbi si testator instituerit heredem eum, qui se mortuo nascetur, traditur, si quis eo viuo nascetur, eum institutum non videri, tametsi caussæ dici nihil potest, cur testator filium vtroque tempore sibi natum non pariter velit heredem esse. In eandem sententiam scriptum est *in l. 22. si cum dotem. in pr. de solut. matrim.* si quis in dote danda stipulatus sit sibi dotem reddi matrimonio morte soluto, eum actionem non habiturum, si matrimonium solutum sit diuortio. Respondeo: Multum interest, vtrum id, de quo sensit testator, pendeat ex eius voluntate, an vero positum sit in iuris voluntate, vt scribat aut exprimat testamento. Si res in eius voluntate posita est, sufficit testatorem de ea sensisse, si modo ex alio scripto id colligatur, cuius generis est substitutio, quæ fit impuberi. Pater enim impuberi substituere potest, si vult, si non vult non habet necesse.

At cum exigitur a testatore, vt quid scribat aut caueat testamento, id nisi scripserit non valebit, quantumuis de eo senserit, quoniam legi non satisfecit. Quicquid autem contra legem fit, pro infecto est, *l. non dubium. C. de legib.* cuiusmodi est institutio liberorum posthumorum. Non enim liberum est patri liberos instituere, si instituere iubetur aut exheredare, *l. inter. de lib. & posth. tit. de exhered. lib. in pr.* cui consequens est, vt qui posthumus in vnum tempus institutus

tutus nominatim non est, is pro instituto haberi non debeat, quod ad id tempus attinet. Exemplum *legis Si cum dotem*, huc non pertinet. Nam stipulatio & pactio est quidem posita in voluntate contrahentium non vlla iuris necessitate, *l. sicut. infr. de oblig. & act.* sed pendet ex duorum consensu, non autem solius stipulatoris seu creditoris. Proinde non est mirum, si is qui in vnum casum sibi aut nominatim in alterum casum actionem nō habeat, quia etsi ipse de altero fortasse idem sensit, non tamen idem sensit promissor & debitor, cuius hæc mens est, ne plus debeat, quam aperte cautum est, voluntas testatoris ex vno testamento pendet.

Hæc constitutio superior hanc exceptionem habet, nisi voluntas refragetur, *l. 4. in fin. ff. h.* Nam cum superior constitutio sumta sit ex coniectura voluntatis, ea aduersus voluntatem testatoris seruari non debet. Interdum autem aperte voluntas refragatur, quo minus, qui in vnum casum substitutus est, in alterum casum intelligatur substitutus. Id contingit, cum testator in singulos casus separatim singulos dat substitutos, hoc modo: Si filius heres non erit, primus heres esto: Si heres erit, & impubes decesserit, secundus heres esto, *l. cum ex filio. §. 1. ff. eod.* Vbi autem nihil a testatore aperte in vtramque partem expressum est, perpetua est hæc sententia: Quoties pater filio impuberi substituit in secundum casum, id est, Si filius heres erit, & impubes decesserit, toties etiam in vulgarem casum heredem substitutum videri. At non idem perpetuum est, vt cum quis in vulgarem casum substitutus est, etiam intelligatur substitutus in secundum casum, Si filius impubes decesserit, cum heres exstitisset. Refragatur enim interdum voluntas, quæ colligitur nonnunquam ex verbis testatoris, interdum ex persona heredum legitimatur impuberis. Intelligitur contraria voluntas ex verbis testatoris, quoties testator, cum persona impuberis alios vel puberes vel extraneos coniungit, & iis communiter substituit, vna oratione & conditione, Si hi heredes non erunt. Exemplum est *l. 15. ff. h.* Est autem huiusmodi: *Filius meus Firmianus & vxor mea heredes sunto, si filius & vxor mea heredes mihi non erunt, Firmianus in totum mihi heres esto.* Placet hoc casu, si filius heres exstiterit patri, Firmianum ex substitutione pupillari heredem non futurum, quantumuis filius impubes decesserit. Hæc ratio redditur, quia conditio communiter relata est ad filium & vxorem, vt proinde in vtriusque persona idem exprimere debeat. At in persona vxoris exprimere non potest secundum casum, quia extraneæ personæ in secundum casum substituere non possumus, proinde nec in persona filii hic casus intelligitur, sed is solum, in quem vtrique personæ testator substituere potuit, id est, vulgaris. Idem probandum est, si testator cum impubere alios heredes coniunxit & communi verbo seu communi oratione eos inuicem substituit, quæ species est hui⁹ l. 2. Vtputa, testator ita scripsit: *Filius meus impubes ex semisse mihi heres esto, primus, secundus, tertius, &c. ex altero semisse heredes sunto, quos omnes inuicem substituo.* Placet si filius impubes patri heres non erit, reliquos coheredes ex substitutione heredes futuros tanquam substitutos in vulgarem casum, quemadmodum & pupillus iis coheredibus in secundum casum substitutus est. Ceterum si filius heres exstiterit patri, deinde impubes decesserit, substitutionem nullam esse, ex qua coheredes in hunc casum admittantur, in quam sententiam est *l. in testamento. ff. de testam. milit. l. 4. §. 1. ff. eod. de vulg.* Ratio hic addita est, videlicet constitutum hoc ideo esse, quod coheredum persona, quibus in vnum casum tantum substitui potuit, nempe in vulgarem, quasi incongruum sit, vt iis heredibus inuicem substitutis, in quorum persona duplex substitutio locum habet, id est, duæ substitutiones, vulgaris & pupillaris: in duorum autem persona locum habet sola vulgaris, vt scriptum est *in d. l. 4. §. 1. ff. h.* Sed cur hoc ita videtur absurdum, cum verbum *substituo* vtramque speciem substitutionis admittat? Ratio rationis reddi hæc videtur *in d. l. 4. §. 1.* Quod hi verbo cōmuni substituti sunt, *Eosq; inuicem substituo*: Hic enim verbum commune significat, non quod commune est vtriq; substitutioni, vulgari & pupillari, alioqui hac ratione efficeretur potius vtramque substitutionem hoc casu contineri: Sed dicitur commune, quod communiter ad omnes heredes institutos & pariter refertur, idq; semel & sæpius. Quod argumentum est, testatorem semel hoc verbo prolato rem vnam in omnium heredum persona significasse, non plura.

Est autem in verbis huius legis secundæ & lectio & rationes obseruandæ. Species hęc fuit, quam supra dixi, sed hoc accesserat, quod filius heres exstiterat patri, ac deinde pubes factus decesserat. Eius mortui hereditatem sibi vindicabant coheredes ex substitutione suprascripta. Mater impuberis dicebat & contendebat filium intestatum decessisse, eoque hereditatem filii ad se pertinere ex Senatusconsulto Tert. *Instit. de Senatusconsulto Tertull.* Consultus a matre Alexander respondit, dubitari non de re in proposito, quia nulla sit substitutio, atq; ita hereditas intestati filii ad matrem pertineat, idque duabus rationibus, quæ subiiciuntur. Prior est, quod substitutio testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, id est, post 14. annum fieri non potest, *l. 7. verbis. l. 15. centurio. ff. de vulg.* Hic autem proponitur filius pubes decessisse. Altera ratio est, quia etiamsi filius impubes decessisset, tamen cum filio & aliis heredibus diuersa conditione substitutis, hi omnes inuicem substituuntur. Verbo *substitutionis* non intelligitur nisi substitutio vulgaris, ob eam caussam, quam supra dixi. Ex quo † intelligimus, lectionem huius loci mendosam esse, & pro *quia*, legendum, 4
*quin*, hoc modo: *Substitutio enim testamento patris facta, ad tempora pubertatis porrigi non potest, quin & ipsi & aliis,* & quæ sequuntur. Nam non ideo substitutio ad pubertatem porrigi non potest, quia heredes inuicem substituti sunt, ideo vero non potest, quod in secundum casum tantum moribus recepta est substitutio pupillaris, singulari ratione, quæ in puberibus locum non habet. Ex persona autem heredum legitimorum intelligitur testator vulgari casu expresso non substituisse in secundum casum, quoties mater impuberis est superstes, de qua exceptione dicetur *ad l. precib. infr.*

*Ad L. 3. Heres instituta.*

Imp. Alexander A. Achillæ.

*Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, & ab intestato bonorum possessionis ius habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit, &c.*

Vide ad l. post aditum.

Mm

*Ad L. 4. Quamuis placuerit.*

Imp. Alexander A. Firmiano.

*Quamuis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, aparente factam ita*, Si heres non erit, *porrigi ad eum casum, quo posteaquam heres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur, &c.*

Dixi *ad l. 2. supr.*

*Ad L. 5. Post aditam.*

Impp. Dioclet. & Max. AA. Hadrianæ.

*Post aditam hereditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ, exspirare solent. PP. 10. Kal. Iun. ipsis IV. & III. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Legis huius summa.*
2 *Substitutiones non impuberibus filiis facta quæ sint.*
3 *Vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirant, & an etiam ante.*
4 *An idem verum sit in hereditate adita a seruo herede instituto, qui iussu domini adiit hereditatem.*
5 *Quid iuris in filiofamilias olim, & hodie.*
6 *Substitutio quo pacto finiatur: & an perpetuum sit, vt conditione substitutionis euanescat.*
7 *Quid si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit patri, ac deinde hereditas ei a fisco auferatur tanquam indigno.*
8 *Institutus quamdiu admitti potest, tamdiu substituto locus non sit.*
9 *Hereditas quibus modis amittatur.*
10 *Quid in seruo herede instituto, cui substitutus datus sit.*
11 *Quid in filiofam. herede instituto, cui substitutus datus sit.*
12 *Filiusfam. vtrum repudiante patre admittatur, an vero locus fiat substituto ex voluntate patris.*
13 *Voluntas testatoris si est manifesta, seruanda est.*
14 *Heres institutus si repudiat hereditatem ex testamento, sufficit vt sit substituto locus.*
15 *Ex testamento quamdiu heres aliquis esse potest, tamdiu hereditas legitimis non defertur.*
16 *Heres an aliquis possit esse desinere iure, & quot modis contingat.*
17 *Institutus si quis sit, qui decedens hereditatem transmittat ad suos heredes ex suprascriptis locis, si is substitutum habeat, vtrum eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad eius heredes secundum ius scriptum, an vero ex iudicio testatoris substituto locus fiat.*
18 *Ex substitutione vulgari ad cuius hereditatem quis admittatur.*

1 SEntentia † est; post aditam ab herede instituto hereditatem, vulgaris substitutio exspirat, atque hoc modo substitutus excluditur. Ait rescriptum, *directæ substitutiones.* Directæ, additum est propter substitutionem fideicommissariam, qua adita ab herede instituto, hereditates non modo non exspirant, sed maxime cōfirmantur. Nam institutus heres rogatus hereditatē alteri restituere, non potest restituere, nisi prius hereditatem habeat quā restituat, neq; habere potest nisi hereditatem adeundo, vsq; adeo, vt si volens adire nolit, cogi possit ex Senatusconsulto, *l. nam quod. § ad Trebell. §. sed qui. Inst. de fid. her.* Directæ institutiones & fideicommissariæ quæ sint, initio huius tituli dictum. Notandum est autem, ex his verbis confirmari, restitutionem fideicommissariam etiam substitutionē dici. Nā illud *directæ*, differentiæ caussa additum est, vt intelligamus quasdā esse substitutiones non directas, alioquin sufficiebat ita dicere, *Substitutiones non impuberibus filiis factæ, euanescunt.*

Ait: *Non impuberibus filiis facta*, id est, non pupillares, quoniam pupillaris substitutio, itidem vt fideicommissaria, tunc solum locum habet, cum pupillus heres patri exstitit. Hæc enim conceptio est substitutionis, Si filius impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, *tit. Instit. de pupill. substit.* Non † impuberibus filiis factas sic accipere debemus, quæ non sunt factæ impuberibus vt impuberibus: nam & filio impuberi pater in vulgarem casum substituere potest, quæ substitutio non minus euanescit impubere filio herede exsistente. Sed eiusmodi substitutio vulgaris fit impuberi non vt impuberi, sed vt cuiuis extraneo, illa solum fit impuberibus vt impuberibus, 2

* *

quæ fit in secundum, Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, hæc demum non exstat impubere herede exsistente. Hic rursum notandum est, substitutionem pupillarem siue impuberibus factam, directam dici, alioqui stulte ex numero directarum exciperetur, & directam esse, plus quam manifestum est ex non dubiis locis, vt *l. centurio. l. verbis leg. de vulg. & pup. substitut.*

* * * *

In summa autem tota hac descriptione nihil aliud exprimitur, nisi † vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirare. Nam quo tempore hoc rescriptum relatum est, duo tantum genera fuerunt substitutionum directarum, *vt initio h. tit. dictum*, vulgaris & pupillaris. Nam furiosi substitutio nondum recepta erat, proinde qui ex directis substitutionibus pupillarem excipit, is vulgarem solam relinquere intelligitur, de qua dicat. At post aditam hereditatem hoc sic accipiendum est, non prius ante aditam a substituto herede, quo tempore maxime confirmatur substitutio, sed post aditam ab instituto herede hereditatem, quod ius ex conditione & forma substitutionis facile intelligitur. Nam vulgaris substitutionis conditio hæc est, *Si primus heres institutus, heres non erit*, hac conditione deficiente, necesse est exspirare substitutionem: quod conditione deficiente nihil debetur, neque ex institutionibus, neque ex legato, neque ex contractibus, *l. cedere diem. de verb. sig.* At heres institutus fit heres hereditatem adeundo, *§. vlt. Instit. de hered. qual.* Ita hoc modo deficit conditio substitutionis, qua deficiente, nulla substitutio. Hac ratione intellecta dicemus vulgarem substitutionem exspirare, non tantum adita hereditate ab herede instituto, sed generaliter quocunque modo heres institutus, heres exstitit, puta si erit iuris heres, & ipso iure exstiterit heres patri. Et ideo si pater filium impuberem heredem instituerit, eique substituerit Titium, Si filius heres non esset, mortuo patre filius impubes heres exsistet patri ipso iure, id est, sine vlla aditione, *§. sui. Instit. de hered. quæ ab. l. in suis. ff. de suis & legitim. l. quidā. de verb. oblig.* Et simul dicemus statim euanescere substitutionem pupillarem. Ac proinde, quāuis impubes filius postea decedat, intra pubertatē tamen substituto ex substitutione vulgari locum non futurum. Sed quia pupillus heres exstiterit, atq; ita defecerit conditio substitutionis, poterit quidem substitutus admitti ex tacita pupillari, *l. Iam hoc iure. ff. eod.* secundum ea quæ dixi *ad l. 2. sup.* Ceterum ex vulgari substitutione non admittetur. 3

Dicet

Dicet quis, quid refert, ex quo casu aut qua substitutione admittatur substitutus, dummodo admittatur? Respondeo: Multum interest. Nam in vulgari expressa non semper pupillaris intelligitur, vt declaratur exemplis, *l.4.& l.2. hic.* Id autem cum fit, in totum substitutus excludetur: non enim admittetur ex substitutione pupillari, quod nulla est, neq; ex vulgari, quæ euanuit conditione substitutionis deficiente. Neque vero probandum videtur, quod Bartolus scribit *ad l.1.ff.eod.* differens de substitutione vulgari, nempe cum pater filio, quem in potestate habet, substituerit in vulgarem casum, *Si heres non erit*, filium ex hac conditione necessitate vltima heredem fieri. Nam hæc verba *Si filius meus heres non erit*, non significant, si heres esse nolit, quoniam fieri potest, vt velit esse heres, & tamen non possit; vtputa, si patre viuo moriatur, aut si posthumus institutus non nascatur. Idque etiam probatur verbis *l. Iulianus. ff. de acquir. her.* vbi proponitur pater impuberi filio, quem in potestate habebat, substituisse heredem, & tamen dicitur pupillus in ea specie se abstinuisse, quod verbum cadit tantum in eos, qui heredes sui exstiterunt, *l.nunquam.de acquir.her.*

Ait rescriptum generaliter, *post aditam hereditatem*, quo loco quæsitum est, an idem accipiendum sit
4 etiam † de hereditate adita a seruo herede instituto, qui iussu domini adierit hereditatem. Hic, inquam, quæritur, *an si huic seruo substitutus aliquis sit heres, hereditate ab eo adita iussu domini substitutio euanescat?* Dubitatio nascitur ex contrariis in speciem locis. Nam verum est, ab hoc seruo hereditatem aditam esse ac proinde secundum verba huius rescripti euanuit substitutio. Rursum seruo ita hereditatem adeunte, non existimatur defecisse conditio substitutionis, sed potius exstitisse. Ac proinde locus esse debuit substituto. Nam cõditio hæc erat, *Si seruus heres non esset*, seruus autem in proposito heres non fit, sed dominus, cui statim hereditas acquiritur per seruum, *l placet. de acq. her. §. item vobis. Inst. per quas pers.* Ergo placuit etiam hoc casu substitutionem exspirare, vnde definitio veterum in substitutione vulgari, his verbis, *Si primus heres non erit*, hoc significat, si hereditatem alii non acquisierit, aut mutata conditione sibi, vel contra, si sibi hereditatem non acquisierit, vel mutata conditione alii, *l. si paterf. ff. de her. inst. §. vlt. Inst. de vulg.* Sed placet hoc in persona serui ita accipiendum esse, si testator non ignorabat eum, quem instituebat, seruum esse. Quod si ignorauit, placuit hoc casu hereditatem diuidi inter dominum serui instituti & substitutum seruo, propter incertitudinem voluntatis testatoris, qui locus a nobis tractatus est *ad l. cum proponas. s. de her. inst.* Hoc idem o-
5 lim † in filiofamil. seruabatur, si is heres institutus esset ab extraneo, eiq; substitutus datus, ac deinde filius iussu patris hereditatem adiisset: nam & hic itidem vt seruus hereditatem statim acquirebat patri, *§. 1. Inst. per quas pers. d. l. placet. de acq. her.* Hodie & constitutio hæc in filiofam. sublata est, quoniam filiusfam. heres institutus consensu patris adiens hereditatem, non minus acquirit sibi hereditatem, quod ad proprietatem attinet, quam quiuis paterfam. *l. vlt. §. 1. j. de bon. quæ lib.* Proinde in huius persona dubitandum non est, quin hereditate ab eo adita non minus euanescat substitutio vulgaris, quam si substitutus cuiuis alteri substitutus esset, & hereditas ab intestato adita esset.

Ait rescriptum: *Exspirare solent*, quibus verbis hic exprimitur vulgaris † substitutionis adita hereditate 6
finis, vtpote conditione substitutionis euanescente, ita vt substitutus excludatur substitutione. Quod tamen non est perpetuũ. Nam si institutus, hereditate adita, defectu ætatis, quia minor, est restitutus in integrum, vt sibi hereditatẽ repudiare liceat, retro versus substituto locus erit, *l.7. at prætor. §.7. sed quod Pap. de minor.* Neq; refragantur huius rescripti verba, quod enim dicitur, *substitutionẽ exspirare post aditã hereditatem*, hanc sententiã habet, quãdiu adita erit hereditas, seu quãdiu ꝓ adita habebitur. Incipit autẽ pro nõ adita haberi, cũ minor restituitur. Idẽ dicendũ est, si filius suus heres se abstineat hereditate patris. Idẽ n. consequitur abstinẽtia, ꝙ ceteri minores restituti in integrũ, nempe vt heredes nõ sint, *l. vnquã. de acq. her.*

Hic quæsitum est, † an idem probandum sit, si he- 7
res institutus hereditatem adierit, aut suus heres extiterit heres patri, ac deinde hereditas a fisco ei auferatur tanquam indigno, puta quod non vindicauerit mortem testatoris occisi. Et placet hic nõ idem probandum esse, sed statim excludi admisso fisco, *l. si sequens. de Senatusconsulto Syllan.* Et merito. Nam is, cui aufertur hereditas tanquam indigno, etiam hereditate ablata nihilominus heres est. Ideo enim ei aufertur, quia prius heres exstiterat, & qui semel heres exstitit, propterea heres esse non desinit, *l. 43. ex facto. §. vlt. ff. de vulg. l.7. §.7. in fin. de minor.* Vt substitutus in vulgarem casum, Si primus heres non erit, excluditur cõditione substitutionis, Si primus heres exsistat; sic admittitur ex substitutione, Si primus heres non erit, vtputa conditione substitutionis exsistente. Sed hæc conditio sic accipienda est, non si primo quoq; tempore heres non erit, sed si certum erit, eum heredem esse non posse. Nam quamdiu † institutus ad- 8
mitti potest, tamdiu substituto locus non fit, *l. quamdiu. Institut. de acquir. her.* Amittitur autem † heredi- 9
tas, & certum est, aliquem heredem amplius fieri nõ posse, duobus modis, vel quod noluit esse heres, vel quod iure non potest, *l. cum proponas. s. de her. instit.* Non vult esse heres extraneus, qui repudiat, suus qui hereditate se abstinet, atq; vtroque modo amittit hereditatem, *l.2. & l.4. j. de repud. hered.* Ac proinde substituto locus fit, *d. l. cum proponas. de hered. instit.*

Hic quæsitum est, † an idem probandum sit in ser- 10
uo herede instituto, cui substitutus datus sit, si forte seruus iussu domini hereditatem non adierit? Mouet dubitationem, quod videtur satis esse, si dominus heres esse velit, cum ipso seruo hereditatem adeunte, heres fiat, non autem seruus, *vt supr. dictum.* Et placuit hoc quoq; casu substituto locum fieri, quod verum seruo repudiante, quod facere potest etiam inuito domino, neque enim heredem exstitisse, quod noluit, neque dominum heredem fecisse, quod non potuit hereditatem alii acquirere, quam ipse nõ habuit & nunquam acquisiuit, quod comprehensum est *d. l. cum proponas. de hered. instit.* Hinc † oritur quæ- 11
stio de filiofamilias herede instituto, cui substitutus datus sit, vtrum idẽ dicendum sit, si ipse quamuis iubente patre hereditatem repudiauerit? Mouet quæstionem *l. vlt. §. 1. infr. de bon. quæ lib.* vbi Iustinianus constituit, filiofamilias herede instituto ab extraneo, si is hereditatem repudiet, patrem hereditatem adire posse, non aliter quam si ipse heres esset institutus. Quæritur igitur, † vtrum filiusfamilias repu- 12
diante patre admittatur ex hac constitutione, an vero locus fiat substituto ex voluntate testatoris? Quod

verum sit, filiumfamilias repudiantem heredem factum non esse, atque ita exstitisse conditionem substitutionis, quod mihi verius videtur.

Non debemus moueri Iustiniani constitutione: hæc enim in voluntate obscura testatoris locum habet, id est, tunc, cum filiofam. nullus substitutus datus est. Nam ei substituto dato, manifestum est testatorem velle substituto locum esse, cum filius heres non
13 exstiterit. Est autem certum, cum † voluntas testatoris manifesta est, hanc seruandam esse, idq; vt fiat publice expedire, *l. 1. supr. de sacr. Ecclesiis. l. vel negare. ff. quemad. test. aper. l. verbis leg. de verb. signif. §. disputatum. Nouell. de nupt.* Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus indistincte locutus est: nam hæc sententia tenenda est; Quoties testator aperte in aliquem casum prouidit, heredem nimirum in eum casum instituendo, toties cessare contrariam prouisionem legis, *l. cum ex filio. §. filio. l. ex facto. de vulg.* Multo minus mouere nos oportet argumentum Bartoli, quo ille vtitur *ad l. 1. ff. eod.* cum ait: Ideo in proposito patrem admitti, quod iis verbis, *Si institutus heres non erit*, significetur etiam is, qui alium heredem fecerit. Hoc enim verum est. Sed in proposito filiusfamilias repudiando hereditatem patrem heredem facere non potest, etiamsi concederemus patrem hereditatem adire posse. Multum autem interest, vtrum dicatur, filiumfamil. occasionem dedisse acquirendæ hereditatis, an vero caussam acquirendi præstitisse. Is qui rem amittit, facit vt alius eam rem possit recipere, sed ei tradere dici non potest, quia prius non habuerit, non magis quam heredes instituti repudiando dici possunt proximos cognatos facere heredes ab intestato. Item non magis quam is, qui rem pro derelicto habet, dici potest eum dominum rei fecisse, qui postea rem occupauit. Postremo non magis, quam Liuius Salinator dici potest tradidisse Tarentum Q. Fab. Max. quod Salinator Tarentum amiserat, quod postea Fabius recepit, de quo apud Ciceron. *in Caton. Maior.*

Quod si ita est in filiofamilias repudiante, recte generaliter definimus: *Quoties heres institutus, cui substitutus datus erat, repudiauit hereditatem, toties substituto locum esse. siue sit sui iuris heres qui institutus est, siue alieno iuri subiectus, & siue seruus erit, siue filiusfam.*

14 Hoc loco notandum est, sufficere † heredem institutum repudiare hereditatem ex testamento, vt sit substituto locus. Itaq; si is heres institutus sit, qui etiam testatori ab intestato succedere poterat, si ei substitutus datus sit in hunc casum, *Si heres non esset*, & repudiauerit hereditatem ex testamento eo animo, vt ab intestato hereditatem possideret, nihilominus in totum excludetur, & substituto locus erit, vt cautum est *in l. 3. §.* Obstat *l. nec is 17. § 1. de acq. her.* vbi dicitur, si is institutus sit heres, qui ab intestato heres esse poterat, eum hereditatem repudiando ex testamento, non ideo tamen legitimam hereditatem amittere. Sed hoc *ex d. l. 3. §.* sic accipiendum est, si is solus sit institutus, aliter si ei substitutus datus sit. Sed rursum refragari videntur verba conditionis, *Si institutus heres non erit.* Nam hæc verba generalia non sunt, & hoc continent, *Si heres non erit*, quouis modo, vel ex testamento vel ab intestato. Nam totidem modis heredes esse alicui possumus. Verbo autem generali omnes species contineri intelligendum est, *l. si seruitus. de seru. vrb. præd.* Respondeo: Secundum verba hoc recte dicitur, id enim verba significant, sed refragatur voluntas testatoris, cuius coniectura ex prioribus verbis ducitur iuxta regulam traditam *in l. si seruus plurium. §. vlt. de leg. 1.* Nam cum testator heredem instituit his verbis; *Lucius Titius mihi heres esto*, manifeste hoc dicere intelligitur, *heres esto ex hoc meo testamento*, non autem ab intestato, alioqui testator secum pugnaret, qui testatus decedere voluit, non intestatus. Cum ergo eadem verba repetit, & ita scribit; *Si is mihi heres non erit*, plane eadem significatione repetere intelligitur & hoc dicere, *Si heres non erit*, vt supra voluit, id est, ex testamento, secundum quam sententiam repudiata ex testamento hereditate substituto locus fit. Et hæc coniectura voluntatis adiuuatur regula iuris, qua efficitur, quamdiu † ex 15
testamento heres aliquis esse potest, tamdiu hereditatem legitimis non deferri, *l. in plurium 70. de acqu. hered.*

Hæc de repudiatione & voluntate heredis in hereditate admittenda; sed aliquis † etiam heres esse 16
posse desinit iure, quod contingit & herede viuo & mortuo. Viuo contingit, cum heres institutus est sub conditione, & conditio deficit, quo casu certum est & iure & voluntate testatoris locum fieri substituto, *l. 2. sup. de instit. & substit.* Mortuo herede hoc idem certum esse incipere, cum mortuus est non adita hereditate. Nam neque minus heres effectus est, cum hereditatem non adierit, neque mortuus adire potest, vt heres fiat. Sed nec in persona heredum suorum heres effici potest, prohibente regula iuris, quæ efficit hereditatem non aditam, ad heredem non transmitti, *l. vn. §. in nouissim. infr. de cad. toll.* exceptis quibusdam personis & caussis, in quibus etiam hereditas non adita transmittitur. Personarum huiusmodi sunt duo genera. Primum est liberorum, qui a parentibus instituti etiam ignorantes, hereditatem ad suos heredes transmittunt, *l. vnic. de iis quæ ant. ap. tab. infr.* Alterum est omnium heredum, etiam extraneorum, qui intra annum a morte testatoris decedunt, dum de hereditate deliberant, *l. cum antiquiorib. infr. de iur. deliber.* Caussæ, in quibus idem accidit, sunt hæ, qualis describitur *in l. 84. de acquir. hered.* de quibus alio loco dicetur commodius.

Hæ personæ & caussæ quæstionem hic introduxerunt, si forte is † sit institutus, qui decedens here- 17
ditatem transmittat ad suos heredes ex suprascriptis locis, & is substitutum habeat, vtrum eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad eius heredes secundum ius scriptum, an vero ex iudicio testatoris substituto locus fiat? Mouet dubitationem, quod hic, qui ita decessit, omnino heres non est, neque esse potest, si persona eius tantum spectetur, secundum ea, quæ modo dixi, atque ita conditio substitutionis exstitit, vt proinde substitutioni locus fiat. Sed verius est, quæ & sententia vulgo recepta est, iis casibus hereditatem secundum ius commune ad heredes trāsmitti excluso substituto, idque efficitur non tantum iure, sed certo iudicio testatoris, quia conditio substitutionis hoc casu defecerit. Nam his verbis: *Si substitutus heres non erit*, iure putatur heres ad excludendum substitutum, si vel ipse heres erit, vel alium heredem fecerit, *l. 40. ff. de her. instit.* Qui autem ius adeundi, quod habet, transmittit ad heredes suos legitimos, is legitimos suos in eo heredes facere intelligitur. Nam is hereditatem intelligitur transmisisse, qui transmittit ius adeundæ hereditatis: nam ex hoc iure hereditatis acquisitio nascitur. Præterea

terea secundum verba conditio substitutionis defecit, cum heredes heredis instituti iure hereditario heredes exstiterunt: iis enim heredibus factis etiam is, qui decessit, in persona eorum quodammodo heres factus intelligitur, quoniam eadem persona esse intelligitur heredis & defuncti.

Secundo iudicium defuncti in hanc sententiam concurrit: nam cum aliquem heredem instituit, qui aperte hoc animo est, vt quãdiu velit hereditatẽ habere aut a se non repudiet, tamdiu eam habeat, & sibi & suis heredibus. Hæc autem voluntas est in herede instituto, per quem non stat, quo minus hereditatem adeat, nisi aut ignorantia, aut iuris aliqua necessitate impediatur, vt initio diximus. Quod dicitur, *post aditam hereditatem substitutiones vulgares exspirare*, sic accipiendum est, quamdiu hereditas pro adita erit. diuersum est, si heres, qui hereditatem adiit, aliquo beneficio consecutus sit, vt hereditatem repudiaret, vel sese abstineret. Sic ex contrario in hac posteriore parte ita statuendum est; quod dicitur substituto locum fieri, si institutus hereditatem repudiarit, aut aliter hereditatem amiserit, tamdiu verum esse, quamdiu iure aliquo hereditatem postea consecutus non sit, vt hereditatẽ adiret quam repudiauit, aut se abstinuit, deinde restituatur, vt sibi adire liceret, substitutus excludetur, cui prius repudiatione locus esse cœperat, *l. 7. de minoribus.* Idem dicendum, si heres institutus aut substitutus datus erit, rogatus vero idem hereditatem restituere Titio. Nam si primo hereditatem repudiet, iure hereditas defertur substituto, sed si postea cogente fideicommissario hereditatem adierit, vt cogi potest, *l. 4. ad Trebel.* ius commutatur, & deficiente substitutionis conditione admittitur fideicommissarius excluso substituto, de qua specie diserte scriptum est *in l. non iustam. infr. ad Trebell. & l. 63. facta. §. Iulianus. ff. eod.*

Ex his intelligimus ex substitutione vulgari, quis & quando ad hereditatem admittatur, & quando
17 non admittatur. Quæritur, † ad cuius hereditatem admittatur? Et certum est ex hac substitutione succedi defuncto, *Inst. de pupill. in pr. vers. quo casu.* Idque ex eo perspicuum est, quod omnis heres institutus primo loco instituitur testatori heres, porro substitutus in prioris heredis locum substituitur. Huc accedit, quod necesse est, substitutum ex hac substitutione, aut hereditatem heredis prioris obtinere, aut testatoris; hereditatem heredis obtinere non potest, cum is heres heredem defuncti non habeat, vtpote repudiatione, aut lege exclusus. Restat igitur, vt hereditatem testatoris habeat, tanquam testatoris hereditatem non heredis: nam in bona, quæ olim heredis instituti fuerant, nemo heres instituitur, neque potest, prohibente lege duodecim tabularum, *l. verbis legis. de verb. sig.*

*Ad L. 6. Testamento.*

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Quintiano.

*Testamento iure facto, multis institutis heredibus, & inuicem substitutis: adeuntibus suam portionem etiam inuitis coheredum repudiantium accrescit portio. Sine die & consule.*

SVMMARIA.

1 *Portiones deficientium cur non acquirantur legitimis heredibus, sed coheredibus.*
2 *Heredes, qui suas portiones agnouerunt, cur non possint eas repudiare, vt sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato.*
3 *Quid iuris in substitutis coheredibus, an & iis inuitis deficientium portiones accrescant.*

Cvm ex pluribus heredibus institutis, aut etiam legitimis, quidam portiones suas agnouerunt, quidam defecerunt, vel quod amiserint hereditatem, vel quod morte aut conditione impediti sint, quo minus heredes fierent, deficientium portiones reliquis coheredibus, qui suam portionem agnouerunt, acquiruntur, non tantum volentibus, sed etiam inuitis, *vt hic & l. qui ex duobus. §. vlt. de acquir. her. l. si ex. de suis & legitimis. l. his ita. ꝟ. de cad. toll. l. 3. §. vlt. & seqq. de bon. poss. l. 1. ꝟ. quãdo non petent. part* Sed cur deficiẽtium portiones non † acquiruntur legitimis heredibus, tanquam testamento hactenus destituto? 1
Respondeo: Quia hoc modo eueniret, vt testator in iis heredibus, qui portiones suas agnouerunt, testatus decederet, in deficientibus autem portionibus intestatus, quod ius non patitur, *l. ius nostrum. de reg. iur.* Vnde placuit, neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, & partem repudiare: sed aut totam habere debebit aut nihil *l. 1. 3. de acquir. her.*

Sed secundum hoc, cur non licet † iis heredibus, 2
qui suas portiones agnouerunt, eas suas repudiare, vt sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato? Respondeo: Ideo fit, quia qui suas portiones acquisiuerunt, eas postea repudiare non possunt, quoniam non possunt efficere, vt qui exstiterunt semel heredes, iidem heredes esse desinant, *§. extraneis. Instit. de hered. qual. & differ. l. 4. infr. de repud. her. l. aut prætor. §. sed quod Papin. de minorib.* Hoc tamen sic accipiendum est, si coheredes deficientes extranei fuerunt: nam necessario herede, puta filio defuncti, qui in potestate morientis fuit, si postea abstineat, eius portio deficiens non continuo accrescit coheredibus reliquis, quamuis portiones suas iam ante adierint, sed fit vt si suas partes repudiare velint, liceat & deficientem necessarii, heredis portionem repudiare, *l. cum heredem. de acquir. hered.* Hoc ideo quia iam ante portio deficiens quæsita erat necessario heredi, vtpote qui patri heres exstitisset ipso iure, *§. sui. Instit. de hered. qual. & differ. §. sui. de hered. quæ ab intestato.* Sic fit, vt cum postea se abstineat, magis eius portio deferri intelligatur coheredibus, quam bona testatoris. Non est autem æquum, coheredem cogi inuitum alia bona admittere, quam testatoris, tamen ne hoc casu testator pro parte testatus decedat, & pro parte intestatus, hæc necessitas imponitur coheredibus, vt si deficientem portionem admittere nolit, etiam suam cedere debeat, vt sic in totum defunctus fiat intestatus.

Hoc iure † constituto quæsitum est, an idem ad- 3
mittere debeamus, si coheredes, qui portiones suas agnouerant, nominatim substituti sint a testatore coheredibus deficientibus, siue quod sibi soli substituti sint, siue quod omnes heredes sint inuicem substituti, de quo præcipue hic? Et placuit eodem modo deficientium portiones substitutis coheredibus etiam inuitis accrescere, idem traditur *in l. 25. si quis heres institutus, de acquir. hered.* Mouet dubitationem, quod eadem conditio debere esse videtur substitutionis, quæ est institutionis, quia substitutio institutio est, *l. ex facto. §. Lucius. de vulgar. & pupillar.* Cui autem ex testamento defertur hereditas, huic potestas est vel

adeundi, vel repudiandi, §. *vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Vnde colligitur, idem quoque ius esse ex substitutione debere. Deinde si substitutis coheredibus etiam portiones deficientes, quamuis inuitis accrescant, substitutio nullum effectum habebit: nam & sine substitutione idem iuris futurum erat.

Porro sic verba testatoris recipienda sunt, vt aliquid egisse intelligantur, *l. si quando. de leg.* 1. Sed nihilominus etiam hoc ius in substitutis coheredibus recte placuit, & vero necesse fuit admitti, quia alioqui hic eadem incommoda metuemus quæ prius. Eueniet enim, vt testator pro parte testatus decedat, pro parte intestatus, item vt coheredes, qui portiones agnouerunt, partem eiusdem hereditatis haberēt, partim repudiarent. Nihil ad rē pertinet, quod isto modo substitutio testatoris nullum effectum habeat. Hoc enim non est absurdum, quoties contra leges aliquid cauetur a testatore, quinimo ita ius est, vt priuati testatoris cautione legibus derogari non possit, *l. quod bonis. §. 1. ff. ad leg. Falcid.*

### *Ad L. 7. Si testamento.*

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Feliciano.

*Si testamento iure facto intra pupillarem ætatem & in sua potestate constitutæ filiæ, si intra pubertatem decesserit, directis verbis pater substituit: heredem te factum ex testamento post euentum conditionis, intestati successionem exclusisse constat. S. K. Ia. Sirmii, AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Substitutio pupillaris quæ sit.*
2 *Quibus rebus fiat vt valeat. ad fin. vsque.*
3 *Puberibus liberis cur non liceat pupillariter substituere, cum & illi liberi sint.*
4 *Parens cur non possit impuberi emancipato substituere.*
5 *Substitutio pupillaris vt fiat, quo tempore impubes in potestate parentis esse debeat.*
6 *Particula quoque aliud tempus quam mortis includit.*
7 *Error quorundam interpretum notatur.*
8 *In omni institutione duo tempora sunt spectanda, vt iis valeat testamentum.*
9 *Impubes cui pater substituit pupillariter, cur talis esse debeat, vt morte patris sui iuris fieri possit.*
10 *Parens si pupillariter substituat, & pupillarem ætatem excipiat, an substitutio post pupillarem ætatem valeat.*
11 *Liberorum nomine an in pupillari substitutione fœminæ quoque contineantur. An item posthumi. An item nepotes, & abnepotes. An etiam instituti & exheredati.*
12 *Substitutio pupillaris vt valeat, tria in testamento paterno requiruntur.*
13 *I. Vt pater sibi testamentum faciat.*
15 *Substitutio pupillaris vtrum conuerso ordine scripturæ valeat.*
14 *II. Vt prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio.*
16 *III. Vt testamentum patris valeat.*
17 *Substitutio pupillaris quibus casibus valeat, etiam rescisso patris testamento.*
18 *Substitutio cur ita dicatur.*
19 *Substitutus quis dicatur.*
20 *Substitutionis variæ appellationes synonymicæ.*

HOc rescripto valde commode comprehensa sunt breuiter ea, quæ in substitutione pupillari cognoscenda sunt, sed obscurius quia breuius, ideo vt plane intelligatur, paulo explicatius tradēda sunt. Quę hic cognoscenda sunt, tria sunt numero. I. Quid sit substitutio hæc. II. Quibus rebus fiat, vt valeat. III. Cum valebit, quis sit eius effectus.

Substitutio † pupillaris, vt initio huius tituli dictum, est, qua pater filio impuberi instituto substituit heredem, in hunc casum, *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, aut impuberi instituto ita substituit, si impubes decesserit*, vt declaratur *Instit. de pupil. in prin. & §. non solum.* In qua substitutione, quia heres instituitur pupillo non patri, ideo substitutio dicitur *testamentum pupillare*, de quo paulo post plura. 1

Vt † valeat substitutio pupillaris, positum est in quibusdam obseruationibus, quarum aliæ spectantur in ipsa substitutione, aliæ spectantur intrinsecus, nempe in testamento patris in substitutione ipsa. Ius hoc solum concedit, vt parentes hoc modo substituant seu testamentum faciant, primo liberis, secundo impuberibus, tertio quos in potestate habent, quarto qui quidem morte patris sui iuris fiunt, tum substituant cum hac conditione, *Si intra pubertatem decesserint*, quæ summa colligitur *ex l. 2. in pr. ff. h.* & idem hoc rescripto comprehensum est. Exigitur vt substituant parentes liberis impuberibus. Sunt autem impuberes masculi vsque ad annum decimumquartum, fœminæ vsq; ad duodecimum, intra quod tempus potestas huius substitutionis consistit, §. *pen. Instit. de pupill.* Igitur puberibus liberis hoc modo heredem substituere non licet. 2

Sed † cur non licet, cum & hi liberi sint? Quia si sunt sui iuris ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas homini sanæ mentis adimi non debet, *l. 43. ex facto. ff. eod.* Si sunt filiifamilias, & si bona castrensia & quasi habeant, etiam de iis ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas itidem illis relinquenda est. Si hæc bona non habeant, ne in iis quidem heredem habere possunt, non ex testamento, quia de iis testari non possunt, *l. penult. & vltim. qui testamentum facere possunt. Instit. quibus non est permissum testamentum fac.* non ab intestato, quia peculium filiifamilias intestati, etiam militis, occupat pater, iure peculii, non vt hereditatem, *l. porro ff. de castrens. pecul.* Non sunt in eadem caussa impuberes, quibus pater hoc modo substituit: nam ii, quia morte patris sui iuris futuri sunt, ideo bona habere possunt, proinde etiam heredem. Sed quoniam propter ætatem ipsi sibi testamentum facere non possunt, §. *præterea. Instit. quibus non est permiss.* Ideo æquum visum est, vt parentes eis facerent, *Institut. de pupill. in fin.* Ideo enim æquum, quia vtile est pupillis heredem habere non eum, quem sors dederit, qui potest esse idoneus, sed quem dederit iudicium & electio patris, qui de hac re propter affectionem suam erga filium recte existimabit. 3

Exigitur preterea, vt impuberes, quibus pater hoc modo substituit, sint in patris potestate, vt patet ex hoc rescripto, & *d. l. 2. in pr.* Ex quo colligitur, neque matrem filio impuberi, neque patrem filio emancipato impuberi hoc modo testamentum facere posse, §. *vltim. Institut. de pupillar.* Sed † cur non potest impuberi emancipato parens substituere, cum & hic non magis, quam is qui in potestate est, testamentum sibi facere possit, & videatur, in quibus 4

eadem

eadem ratio ſit, idem ius ſtatui debuiſſe? Reſpondeo: Quia nulli debet licere, ne parenti quidem, alienis bonis heredem inſtituere, niſi in quæ quis bona ius habet, vetante lege duodecim tabularum & naturæ æquitate.

At pater in filii emãcipati bona iuris nihil habet, in filiifamilias autem bona ius habet, propter poteſtatem patriam, quæ olim tribuebat parenti etiam ius vitæ & necis. *l. vlt. de patr. poteſt.* Qui autem de vita ſtatuere potuerat, multo magis potuit de bonis. Vnde & illud receptum fuit, vt quamuis filiusfamilias viuo etiam patre exiſtimetur dominus eſſe bonorum, tamen liceat parenti eum exheredare, id eſt, bonis iis ſuis excludere, quod argumentũ etiam eſt Pauli *in l. in ſuis, in fin. D. de lib. & poſthum.*

5 Notandum eſt autem † hoc loco duobus temporibus impuberem in poteſtate parentis eſſe debere, vt ſubſtitutio pupillaris valeat, nimirum & eo tempore, quo pater ei ſubſtituit, & eo tempore, quo pater moritur, quod vtrumque tempus notandum eſt, *l. 41. coheredi, §. cum filio. D. eod.* his verbis: Cum filio aut nepoti pater ſubſtituit, niſi mortis quoque tempore ſit in poteſtate patris, ſubſtitutio fit irrita. Hęc
6 autem † particula, *quoque*, aliud tempus, quam mortis includit, hoc aliud tempus intelligere non poſſumus, quam id, quo parens ſubſtituit. Nam ex eo maxime tempore ſpectatur inſtitutio, vt conſiſtat, deinde & tempus mortis, vt exitum habeat, media tempora non nocent, *l. ſi alienum, §. 1. de hered. inſtit. § in extraneis, de her. qual. & differ.*

7 Id eo diligentius † notandum eſt, quod inoleuit error vulgaris interpretum, admittentium mortis patris tempore debere impuberem eſſe in poteſtate patris, quo tempore fit ſubſtitutio, dummodo poſtea veniat in poteſtatem patris ſubſtituentis, idq; propter verba *l. 2. in prin. verſ. ſed extraneum.* Qui error valde notãdus eſt. Refellitur autem ſentẽtia non tantum *dict. leg. cum heredi, §. cum filius.* ſed manifeſtis verbis huius *leg. ſi teſtamento, l. 2. D. de pupill. in prin.* Nam in hac lege dicitur, patrem ita recte filiæ ſubſtituere in ſecundum caſum, non ſi filia conſtituetur poſtea in poteſtate patris, ſed ſi iam antea conſtituta erit in poteſtate patris. Et *in tot. tit. de pupill.* dicitur, permitti parentibus teſtamentum facere liberis impuberibus, non quos in poteſtate habebunt, ſed quos habeant; & *in d. l. 2.* permitti parentibus facere teſtamentum liberis impuberibus, non ſi liberi erunt poſtea in poteſtate, ſed ſi ſint in poteſtate, quæ omnia ad præſens tempus ſubſtitutionem referunt, non ad futurum. Huc accedit, quod antea
8 dixi, in omni † inſtitutione duo tempora ſpectanda eſſe, vt iis valeat teſtamẽtum, tempus quo teſtamentum fit, & tempus quo teſtator moritur, *dict. l. ſi alienum, & d. § in extraneis.*

Non recte in contrarium mouentur verbis *dict. leg. 2. verſ. ſed ſi extraneum, D. eodem.* Sic enim verba ſunt: *Sed ſi extraneum quis impuberem heredem inſtituerit, poteſt ſubſtituere, ſi modo eum adoptarit, vel arrogauerit filio præcedente.* Hæc verba, poteſt ei ſubſtituere ſi, acceperunt, ei nempe extraneo, non recte. Nam adiicere debuerunt conditionem, quæ ſequitur, vt poſſit teſtamẽtum ei ſubſtituere pupillariter, ſi modo eum prius adoptauerit vel arrogauerit. Et quamuis Vlpianus adiecit, id prius vel poſtea, tamen cum alterutrum verbum ſupplendum ſit, oportet ex iure ſumere vtrum intelligamus. Ius autem præcepit, vt cum oratio ambigua ſit, eam ſententiam accipiamus, quæ vitio caret. Hæc autem vitio caret, ſi intelligimus teſtatorem ei impuberi extraneo ſubſtituere poſſe, qui ante extraneus fuit, ſed quem antequam ſubſtitueret, arrogauit aut ſubiecit poteſtati ſuæ.

Exigitur præterea, vt impubes † cui pater pupillariter ſubſtituit, morte parentis ſui iuris fieri poſſit, vt 9
colligitur *ex d. l. 2. in pr. D. eod.* Quod exigitur propter duas cauſas: Primo propter eos, qui viuo patre ſui iuris fiunt, quo caſu dixi ſubſtitutionem fieri irritam, *ex l. coheredi, §. cum filia. D. eod.* Deinde & maxime propter eos nepotes impuberes, quibus auus pupillariter ſubſtituit, qui iidem manſuri ſunt in poteſtate patris mortuo auo, *tit. quib. mod. in prin. Inſtit.* Iis auus fruſtra pupillariter ſubſtituit, *d. l. 2. in pr.* Et ea ratio eſt, quam ſupra diximus, quia cum ſint in poteſtate patris hi impuberes mortuo auo, vt bona, ſic heredem habere non poſſunt, fruſtra autem iis teſtamentum fit, quib. heres eſſe non poteſt, cum ſine heredis inſtitutione nullum ſit teſtamentum, *l. 1. in pr. D. eod.*

Exigitur ad extremum, vt parens, qui pupillariter impuberibus liberis ſubſtituit, ſubſtituat hac conditione, ſi intra pubertatem deceſſerint. *vt hic & tit. de pupil. in pr.* Quid ergo † ſi pater hanc ætatem excepe- 10
rit? Reſp. Placet ſubſtitutionẽ quidẽ valere intra pubertatem, ſed ſi filius hanc ætatem exceſſerit, ſubſtitutionem finiri, *l. verbis legis. in pr. l. verbis 7. in prin. de pupil.* Quod ita intelligendũ eſt, ſi pater filio directis verbis ſubſtituat, *poſt pupillarem ætatem*, vt in hac lege expreſſum eſt. Diuerſum eſt, ſi poſt eam ætatẽ roget filium, vt hereditatẽ ſuam alii reſtituat, quod omnib. etiam extraneis teſtatoribus facere conceſſum eſt, *§. vlt. Inſt. de pupil.* Notandũ † eſt aũt quemadmodum 11
liberi ſunt impuberes, quibus parens ſubſtituit, ita nihil amplius exigi, quã vt liberi ſint. Quod dictum eſt ſine diſtinctione ſexus, vt intelligeremus, vt pater ſubſtituere poteſt maſculis, ſic poſſe & fœminis impuberib. *§. pen. Inſt. de pupil.* vnde & hoc reſcripto proponitur pater ſubſtituiſſe filię impuberi. Itẽ ſine diſtinctione natiuitatis, vt intelligeremus ſubſtituere licere, non tantũ iam natis, ſed etiã poſthumis, *d. l. 2. in pr.* Itẽ ſine diſtinctione gradus, vt ſciremus licere ſubſtituere non tantum filiis, ſed etiam nepotibus, & liberis inferiorib. in infinitum, qui mortuo teſtatore manſuri non erunt in alterius poteſtate, *l. 2. in pr.*

Poſtremo & liberis dictum eſt, neq; diſtinguitur, ſintne inſtituti an exheredati, vt hoc quoque intelligeremus, non tantum parentem liberis inſtitutis teſtamẽtum facere poſſe, ſed etiam exheredatis, *l. 1. §. 1. D. eo.* Nec obſtat quod in exheredato filio, cui pater teſtamentum facit, aperte de alienis bonis ſtatuit, nullo autem modo de ſuis, *l. 12. l. verbis legis. de verb. ſign.* Nam hoc ſingulari iure receptum eſt moribus in perſona patris, & cur receptum ſit ſupra diximus. Nec illud obſtat, quod dicitur, cui teſtamento nihil relictum eſt, ab eo nec legatum, nec fideicõmiſſum relinqui poſſe, *l. 6. D. de legat. 3. leg. ab eo, infr. de fideicommiſſ.* Nam hoc ad legata & fideicommiſſa pertinet, non ad inſtitutionem heredis, quem interim ſubſtituere pater filio poteſt nempe impuberi, & intra pubertatem, ſi eum parens in poteſtate habet. Neque hæc inter ſe contraria ſunt. Nam cum aliquid ab aliquo relinquitur, is oneratur legati, & fideicommiſſi præſtatione, item ei detrahitur aliquid de bonis, quorum neutrum fit in pupillari

substitutione. Nam in hac pater heredem filio impuberi dando, hunc non onerat, sed honorat, ei non detrahit, sed adiicit heredem nõ sine impuberis vtilitate, cuius interest idoneũ heredem habere, vt supra dictum. Vnde qui oppugnat substitutionem pupillarem, is dicitur oppugnare vtilitatem pupilli, *in l. Iulianus, de acquir. hered.*

Atque hæc in substitutione ipsa pupillari spectantur vt valeat. Extrinsecus autem ad vim huius substitutionis etiam quædam in testamento patris, exigimus, quæ ex hoc principio ducuntur, quod substitutio pupillaris, & quod idem est, testamentum pupillare, pars est & sequela paterni, §. *liberis, Instit. de pupil. l. qui substitutiones liber. §. vlt. in fin. D. eod.* Cui sententiæ consequens est, nisi sit paternũ testamentum, quod speciale est, non posse locum esse accessioni, id

12 est, testamento pupillari. Propterea † vt substitutio pupillaris valeat hæc tria de testamento paterno exigimus. I. Vt parens, qui filio impuberi testamentum facit, ipse sibi testamentum faciat. Secundo, vt prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio. Tertio, vt idem testamentum valeat, id est, exitum habeat.

13 Primum † exigitur, vt pater sibi testamentum faciat, *l. 2. § quisquis, D. eod.* Ac proinde hoc exigitur, vt pater sibi heredem instituat, siue instituat ipsum filium impuberem, siue alium quemuis extraneum, quoniam sine heredis institutione testamentũ non valet, *l. 1 in fin. D. eod.* Atqui cum hoc exigimus, simul hoc intelligimus, vt testamẽtum iure factum sit, puta ne liberi præteriti sint, nam iniustum testamẽtum nullius momenti est, id est, ne testamentum quidem est. *l. 1. de inoffi testam.* Hoc est, quod in hac lege scribitur *in pr.* si testamento iure facto pater substituit, non est satis patrem sibi testamẽtum facere. Hoc amplius exigitur, vt prius sibi heredem scribat, deinde substituat filio, & non conuertat ordinem scripturæ. Hoc ita diserte & multis verbis scribit Vlpianus *in d. l. 2. §. prius.* Et vt intelligere liceat hanc sententiã ei probari, eam & ratione & auctoritatibus pluribus scilicet Iul. & aliorum Imperatorum confirmat.

14 Sed † difficultatem facit hoc loco, quod *in eodem §. vers. sed si quis*, hanc sentẽtiam videtur mutare, scribit enim substitui filio impuberi recte hoc modo, *Si filius meus impubes intra pubertatem decesserit, Titius heres esto*, deinde, *Sempronius filius meus heres esto*, vbi Titius substitutus primo loco scribitur, Sempronius filius institutus secundo, in substitutione recte fit, & addit vt videtur sententiam superiori contrariam, vt non ordo scripturæ, inquit, sed ordo successionis spectetur. Sed principium cum fine ita cõciliandum est: Obseruandum est in extremis verbis, quæ supra retulimus, Vlpianum exemplum proponere de impubere filio instituto, cui pater substituit, sed de instituto tantum, non de exheredato. Ex quo intelligere debemus, illum hũc casum de priori sententia generali excipere, vt sit toti⁹ eius §. *prius*, hæc distinctio, cum pater prius substituit filio, deinde sibi heredem

15 scribit, & queritur, vtrum † conuerso ordine scripturæ substitutio pupillaris valeat nec ne? Interest vtrum pariter substituat filio impuberi exheredato an instituto, vt si substituit exheredato substitutio nullius momenti sit, sin autẽ substituit instituto, valeat, idque optima ratione quia cum pater filio impuberi prius substituit, deinde eundem filiũ instituit, secundum manifestam verborum sentẽtiam ita heredem filium instituit, vt velit eũ primo loco succedere, substitutũ aũt impuberi datũ, velit secũdo loco & postea, vt merito hic ordinem successionis & sententiam testatoris, non verba scripturæ spectare debeamus. Nam cũ pater hic substituit filio impuberi, substituit nominatim sub conditione, *si filius intra pubertatem decesserit.* Cum autẽ eundem instituit paulo post, instituit simpliciter & pure, ac proinde filio mortuo statim illum heredem esse, & iure ipso statim heres erit, quia est suus heres, sic fit vt secundum necessitatem naturæ & iuris non possit fieri, quin sit prius heres, quam moriatur, eoque non sit prius heres, quam substitutus ex substitutione vocetur, quod contra fit in impubere exheredato. Propone enim hoc modo testatorem scripsisse: *Filius meus impubes exheres esto, si is intra pubertatẽ decesserit, Titius heres esto, Sempronius heres esto.* Hic prius exheredato impuberi substitutus datus est Titius, deinde Sempronius testatoris heres ex testamento. Sed Titius impuberi heres ex substitutione non erit, quamuis intra pubertatem decesserit, quia substitutio non valet, & ideo non valet, quia vere dicitur in hoc exemplo & secundum verba, & secundum sententiam, patrem prius substituisse filio, deinde sibi heredem scripsisse, quoniam substitutio est sub conditione, *si filius impubes decesserit*, & institutio heredis item sub conditione tacita, *Si Sempronius heres institutus hereditatem adierit*, quia nisi adeat, heres non fit: At per rerum naturam non potest adiri, quamdiu impubes filius viuit, vt tunc adeat, cum impubes erit mortuus, quo fit, vt in hac specie, siue scripturæ ordo spectetur, siue ordo successionis, videatur pater prius substituisse filio, posterius sibi heredem instituisse. |Hæc est autem conuersio scripturæ, quæ improbatur in principio eius §.

Ne hæc quidem satis sunt in testamento patris, tertium † etiam hoc exigitur vt testamentum patris 16 iure factum & scriptum, rite etiam valeat, id est, exitum habeat *l. 2. §. quisquis, D. eod. §. liberos, Insti. de pupil.* Huic rei hæc sunt consequentia. Primo, vt ne rumpatur testamentum patris, itaque rupto testamento, testamentum pupillare euanescit, *dict. l. 2. §, quisquis.* Item & illud consequens, si testamentum querela inofficiosi perlata, rescissum sit, simul & tabulas pupillares euanescere, *l. Papin. 8. §. sed nec impub. §. vlt. de inoff. testamen.* Consequens & illud, hereditatem ex testamento patris adiri oportere, hac non adita euanescere substitutionem pupillarem, quamuis testamentum patris ita iure factum sit, vt ex testamento eo adiri possit hereditas, *d. l. 2. §. quisquis, l. sed si plures, §. si ex asse, D. eod. de vulg. & pupill.* Hoc ideo consequens, quia non adita ex testamento patris hereditate testamentum eius fit irritum, *leg. 1. D. de iniust. rupt.*

Sed hoc quod de adeunda patris hereditate dicitur, in extraneis heredibus locum habet, qui non aliter fiunt heredes, quam si hereditatẽ adierint. Ceterum ad heredes suos testamento patris institutos, non pertinet. Itaque si proponas patrem filium impuberem, quem in potestate habet, heredem instituisse, eiq; substituisse si impubes decessisset, si mortuo patre pupillus per tutores abstineat hereditate patris, deinde impubes decedat, nihilominus substitutus ex substitutione admittetur, quia substitutio valuerit, *l. filius qui se, l. Iulianus, seq. de acquir. hered.* Nec ad rem pertinet, quod filius impubes hereditatem patris non adierit, nam sine aditione ipso iure

existit

exstitit patri heres, *l. in suis, de suis & leg. hered.* Quod aũt exigitur in extraneo, vt hereditas ab eo adita sit, ideo exigit, vt heres exsistat. Proinde si quis heres erit eiusmodi, qui sine aditione heres iure nõ exstiterit, idem probandum est, nempe cõfirmatum esse patris testamentum; vt sic confirmentur quoq; tabulæ pupillares. Et ideo vere dictũ est a Bart. *in d. l. filius qui se.* existentia sui heredis cõfirmari tabulas pupillares.

Interdum tamen, etsi hereditas ex testamento patris adita non sit, aut rescissum etiam sit patris testa-
17 mentum, nihilominus † substitutio pupillaris valet. Ac primum quibus casibus sit potestas heredi repudiata hereditate iterum eam adire, si adierit, confirmantur tabulæ pupillares. Id autem contingit duob. modis. I. Si heres minor 25. annis hereditatem repudiauerit, nam huic potestas est impetrata restitutione in integrum rursus hereditatem adire, quod si fecerit, vt ei dantur vtiles actiones ex edicto prætoris, ita confirmantur tabulæ pupillares, & pupillo quanquam decedente, decernuntur etiam vtiles actiones eius substituto, *l. 2. §. interdum, D. eod.* Secundo modo idem accidit si heres testamẽto patris rogatus sit hereditatem alteri restituere, nam quamuis initio hereditatem repudiauerit, tamen cogi potest a fideicommissario, vt hereditatẽ adeat & restituat, *l. 4. ad Treb.* Quod si euenerit vt adeat, eadem opera confirmantur tabulæ pupillares, vt ex iis quandoq; substitutus admittatur *l. nam quod, §. 1. ad Trebellia.* Idem probandum est, si substitutus pupillo heres, rogatus sit hereditatẽ restituere alteri. Nam hoc casu quamuis heres institutus testamento patris, hereditatem patris repudiauerit: Et quamuis filius impubes eo testamento fuerit exheredatus: Tamẽ postulante fideicommissario, cogi potest substitutus impuberis hereditatem adire ex substitutione pupillari.

Quod si quis dicat substitutionem pupillarem valere non posse, quia testamentum patris non valeat, ex quo hereditas adita non est, huic non incommode ita occurritur. Nam vt substitutus impuberis, ex substitutione adire possit, fideicommissario postulante, cogetur heres patris, hereditatem eius adire, vt sic confirmetur paternum testamentum prius, deinde eo confirmato tabulæ pupillares cõfirmentur, quæ species est *d. l. 2. §. interdum, in prin. de vulg.* Præterea etsi ex testamento patris non aditur omnino hereditas, tamen quibus casibus ex eiusmodi testamento legata iure prætorio conseruantur, iisdem casibus etiam ex testamento valent tabulæ pupillates. Id rursus accidit duobus casibus: Vnus est si legitimus defuncti heres fit testamento institutus, deinde mortuo testatore omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem, placet hoc casu confirmari tabulas pupillares, *d. l. 2. §. quisquis, in princ. D. eod.* Hoc ideo, quia etsi repudiata ex testamento hereditate, testamentum iure ciuili nõ valet, tamen ex edicto prætoris, si quis omissa caussa, &c. perinde id habetur, quasi ex testamento esset adita hereditas, quoniam sic ex testamento & legata & cetera relicta præstantur, ac si ex eo adita hereditas esset, *leg. 1. D. si quis om. caus. test.* At si legata a prætore conseruantur, multo magis substitutio pupillaris propter vtilitatem pupillorum.

Altero modo hoc idem fit, cũ testamentum patris rescissum est, bonorũ possessione contra tab. petita, nam & hoc casu etsi non valet testamentum, non eo minus tamen substitutio pupillaris valet, *l. ex duob. §. vlt. l. seq. D. eo.* Hoc ideo, quia singulari quodam iure prætor rescisso per bonorũ possessionẽ contra tabulas testamento, nihilominus legata seruãtur quibusdam personis, nempe parentibus & liberis, *l. 1. de leg. præst.* Si legata, multo magis seruat hereditatem liberis puberibus ex substitutione pupillari.

Hæc summa est earum obseruationũ, quas in substitutione pupillari tenere oportet, vt valeat substitutio. Ex his aũt varia nomina substitutionis nata sunt, quæ ideo nobis sunt obseruanda, vt cum occurrent, statim ex iis res, quæ demonstrantur, intelligantur, & simul explicetur eorum verborum appellatio. Primum igitur dicitur † substitutio, *tit. de pup. in pr. & §. non solum,* quoniã in hac substitutione instituitur heres secundo loco & gradu. Prius enim pater sibi heredem facere debet, deinde filio, & ita debet, vt prius heredẽ oporteat exsistere patri, q̃ substitutio pupillaris valeat. Is aũt † dicitur substitutus, qui secũdo loco institutus est heres, ita vt nõ nisi secundo loco succedat, vt initio dixi *h. t. l. 1.* Et notandũ est substitutum impuberis, seu hanc substitutionẽ non dici substitutionẽ habita ratione impuberis, nã substitutus impuberis est impuberi prius heres, & solus, nõ secundus. Sed nec ita dicit' habita ratione patris substituentis. Nã substitutus impuberi, nõ est omnino patri heres, nedũ primo aut secũdo, sed est soli⁹ impuberis heres. Verũ ita substitutio & substitutus hic dicitur, ex cõparatione heredis paterni, nã prius heredem a patre institui oportet, vt dixi, deinde secũdo loco filio impuberi, & nõ conuertere ordinẽ scripturæ, q̃ ab Vlp. significatur *in l. 2. in fi. D. eod.* Dicitur substitutio pupillaris, *§. igitur, Inst. de pup. l. in pupil. l. ex duob. §. vlt. de vulg. & pup.* Quia etsi nõ potest substitui pupillo, nisi tunc cum est in potestate patris, tamẽ substitutionis euentus confertur in id tempus, cũ impubes morte patris, sui iuris erit factus, quo tẽpore dicitur pupillus, *l. pupil. de verb. sig.* Eadem † dicitur testamentum pupillare, *tit. de pup. in pr.* Eodẽ sensu dicuntur tabulæ pupillares, hoc ideo, quia ex hac substitutione heres instituitur impuberi, nõ patri, *l. 1. de pup. vers. hoc casu.* Id aũt cuiusq; dicitur testamentũ, in quo heres cuiq; instituitur, quoniam ex heredum institutione testamentum pendet, *l. 1. §. qui neq;, de her. inst. §. cum heredem. Inst. de leg.* Idem testamentum ex ordine institutionis, dicitur secundæ tabulæ, vt eædem sunt tabulæ pupillares, & secundæ tabulæ, *d. §. interdum, in pr. d. l. qui plures, §. vlt. D. h.* Ex quo intelligimus in institutione pupillari, substitutione facta in testamento patris, duo testamenta esse, vnum patris, ex quo heres ei instituitur, alterum filii, ex quo instituitur pupillo heres ex substitutione pupillari, *l. patris & filii, D. h. §. igitur, de pupil.* Et tamen quia tabulæ pupillares, seu substitutio pupillaris per se non valet, sed pars & sequela est paterni testamenti, *§. sibi ipsi, Instit. de pupill.* rursum hac ratione fit, vt substitutione pupillari facta, nihilominus vnum dicatur testamentum esse patris, cuius pars sit & accessio, substitutio pupillaris: Ideoque dicitur hoc sensu vnum esse testamentum duorum casuum, id est, hereditatum, *dict. §. igitur.* Ex hac ratione, cum pater substituit filio impuberi in secundum casum, dicitur patris esse testamentum duplex, & in quib. testamẽtis eadem fiunt, ea dicuntur duplicia testamenta in vsu iuris, *l. in duplicib. D. ad l. falcid.* Hæc substitutio autem hic in testamento patris, non minus ex sententia intelligitur, quã ex verbis, de quo *ad leg. 2. supr.* vbi constabat pupillæ

substitutionem testamento patris ordinatam esse, & ita ordinatam secundum ea, quæ dixi.

Restat, vt de effectu eius quæratur, id est, substitutus pupillo heres quando & cui, seu ad cuius hereditatem ex ea substitutione admittatur, id quod paucis verbis notatum est in extremo hac lege. Ergo ex ea substitutione admittitur substitutus, post euentum conditionis, vt sunt verba rescripti, id est, si pupillus intra pubertatem decesserit. Nam hæc huius substitutionis conditio est. Admittetur autem ita, vt excludat intestati successionem, vt sunt verba rescripti, quibus verbis significatur, quod aliis locis explicatius traditum est, substitutum impuberis, succedere pupillo, & in omnia bona eius, ac proinde in hereditatem patris, si prius impubes patri heres exstitit, *d. tit. de pupil. vers. quo casu, l. sed si plures, §. substitutos, l. paterfamilias, de vulg. & pupill.* Hoc idem verbis huius rescripti significari dicimus, quia si tota hereditas impuberis, non pertineret ad substitutioné impuberis, ex testamento seu substitutione pupillari, impubes succederet. At perinde casu alio proximo ex intestato ei succederet. Nunc autem secundum verba testamenti hæc intestati successio ex substitutione a substituto excluditur. Ex quo colligitur illum in totum succedere in substitutione, exclusis legitimis pupilli heredibus.

## *Ad L. 8. Precibus.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Patronæ.

*Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testaméto facto hæredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse, vtrumne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti iuris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri hæres exstitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio, non vsque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adierint hæreditatem. Si vero post pubertatem: tunc eius te successionem obtinente, veluti ex caussa fideicommissi bona, quæ, cum moreretur, patris eius fuerint, a te peti possunt. S. V. Id. Aprilis AA. Coss. 293.*

SVMMARIA.

1 *Species facti, quæstio, & responsi summa.*
2 *Primus & secundus casus in substitutione, quis.*
3 *In proposito cur nulla substitutio matri obstet quominus intestati filii hereditatem obtineat.*
4 *Vulgari substitutione expressa contineri pupillarem, nisi voluntas testatoris refragetur.*
5 *Vulgari substitutione a pagano facta nó admitti pupillarem tacitam aduersus matrem, sed hanc filio impubere herede mortuo admitti ad hereditaté intestati excluso substituto: si modo mater vna cum filio instituta sit: alioqui in pagano patre contra.*
*L. vlt. C. de inst. & subst. explicatur. ibidem.*
6 *Vulgari substitutione expressa nec tunc contineri pupillarem tacitam aduersus matrem, cum substitutio a patre milite facta est? & cur diuersum in patre pagano.*
7 *Compendiosam substitutioné vtrumque casum continere etiam aduersus matrem impuberis, quisquis pater substituerit, siue miles, siue paganus.*
*Compendiosa substitutio, quæ. ibid.*
8 *Militem cuius heredi a se instituto etiam post pubertatem in secundum casum directo recte substituere, vt bona militis sola ad substitutum pertineat: heredis propria bona ad eius heredes siue testamentarios, siue legitimos redeant.*
9 *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem, aut extraneo heredi facta, non solum pertinere ad substitutum bona propria militis; sed & fructus eorum bonorũ inuentos in hereditate, cum heres, cui substituitur, moritur: & qui fructus his verbis intelligantur.*
*L. Centurio. D. de vulg. explicatur: ibidem, & numer. 8.*
10 *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem facta filio, pertinere ad substitutum bona militis iure directo, non fideicommissi, quãuis mater sit superstes.*
11 *Hæc verba,* velut ex caussa fideicommissi, *addita, vt significetur restitutionem hereditatis ex substitutione militari in secundum casum facta, similem esse restitutioni hereditatis fideicõmissariæ: & cur, ac qua in re sit similis.*
12 *Obtineri filii hereditas a matre, quo sensu hic dicatur.*

MIles pater † filium impuberem, quem in potestate habebat, heredem instituit, eique substitutum dedit. filius mortuo patri exstitit heres, deinde decessit viua matre. hæc filii hereditatem vt intestato mortui occupat, eamque pro sua obtinet ex senatusconsulto Tertylliano. substitutus contra hereditatem filii ex substitutione sibi vindicat. quæritur, *ad vtrum hereditas pertineat?* De hac re consuluit mater Imperatores, & in facti narratione rem nude ita exposuit, *vt supra dixi*, nempe substitutum filio datum, neque expressit in quem casum, vtrum in primum, an in secundum. Respondent Imperatores, vt mater certum & absolutum responsum acciperet, debuisse eã manifestius exprimere, in quem casum substitutus datus sit: quia multum referat ad id, de quo quæritur, in vtrum casum substitutus quis sit. Proinde cum id mater non expresserit, respondent non absolute, sed sub distinctione, in qua versatur hoc rescriptum. Est autem hæc distinctio. Interest, vtrum miles filio impuberi, quem in potestate habebat, & habuit tẽpore mortis, substituerit in primum tantum casum, an vero in secundum. 1

Primum † casum vocant vsitato iuris auctoribus loquendi more vulgarem, huiusmodi, si filius heres non erit. Secundum non vulgarem, qui priorem sequitur, siue heres erit filius, & postea decesserit, *l. 4. D. de vulg. & pup. subst.* de quo alias. 2

Si † in primum tantum casum substitutus datus sit, & filius heres exstiterit, aiunt Imperatores non esse incerti iuris hereditaté filii hoc casu ad matrem omnimodo pertinere non autem ad substitutum. Id autem hic colligitur. Nam si nullus est filio substitutus datus, & is testamentum non fecit, intestatus decedit. Intestati auté filii, qui nec patrem habuit, nec filios, hereditas certo iure ad matrem pertinet ex senatusconsulto Tertylliano. *Instit. de sen. Tertyll.* Iam vero hic substitutio nulla fuit, vbi proponitur substitutus in primum tantum casum datus esse, & filius 3

exstitisse

exstitisse heres. Nam si qua hic substitutio est, necesse est aut vulgarē esse, si filius heres non erit, aut non vulgarem, si heres erit, & postea decesserit. Hic vulgaris non est, quippe quæ filio herede exsistente exspirauerit, quod & ipsum certi iuris est. *l. post aditam, supr. hoc tit.* Non est, non vulgaris substitutio: quoniam cum proponatur in primū tantum casum substitutus datus, hæc particula, *tantum*, satis significat secundum casum a testatore cōprehensum non fuisse. Ita fit, quod dixi, vt intestatus filius decesserit, eoq; & ad matrem pertineat intestati hereditas.

4 Et † hæc recte dicerentur ac citra controuersiam, si vulgari substitutione expressa, vt hic factum proponimus, non contineretur pupillaris. Nunc autem certi iuris est, eam contineri, *l. 4. D. de vulg. & pup. subst.* Secundum quam sententiam dici debuit filio impubere mortuo, quamuis prius patri heres exstitisset, eius hereditatem ad substitutum pertinere ex substitutione pupillari. consequēs esse hereditatem nullo modo pertinere ad matrem: quoniam substitutio pupillaris est testamentum impuberis. quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri, neque ceteris heredibus legitimis, *l. quamdiu potest, D. de acq. hered.* Sed quod dicitur vulgari substitutione expressa contineri tacite pupillarem non est perpetuum. Id hactenus verum est, nisi voluntas testatoris refragetur. quod in specie proposita factum esse intelligendum est. Quæritur igitur in proposito, quare substitutus in vulgarem casum datus a patre, qui filium in potestate habuit, nō videatur etiam in secundum casum datus, vt sic admittatur in vtrumque casum exclusa matre ab intestato, & cur non videatur pater de secundo casu cogitasse. Et vulgo obtinuit hæc sententia, ideo in proposito id fieri, quia filius decesserit viua matre: matri non nocere substitutionem pupillarē tacitam: quasi coniectura sit testatorem voluisse, si filius heres exsisteret, deinde intra pubertatem decederet, luctuosam hereditatem filii ad matrem pertinere potius, quā ad substitutos, de quib. in secundum casum nihil aperte cauit.

5 Sed vereor, † ne hæc sententia defendi non possit. Nam si ob hanc caussam propter matrem excluditur substitutus in secundum casum in substitutione vulgari a milite facta; etiam in pagano testatore idem probandum erit, qui filio impuberi substitutum dederit in vulgarem tantū casum: quia hic eadem mater est, quæ de hereditate filii litigat, idem humanitatis sensus in pagano patre, vt proinde in eadem ratione idem ius statui debeat, *l. illud, D. ad leg. Aquil.* Et hoc etiam vulgo admittunt. Sed refellitur hæc sententia non obscure, *l. vlt. §. prox. tit. de institu. & substit.* Nam illic proponitur testator, qui miles non est vxorem prægnantem heredem instituisse, & vna cum vxore ventrem, id est, pupillū, qui in ventre est, pupillo substituisse hoc modo, Si filius natus non esset, id est, si heres non exstitisset, ac propterea substituisse ei in vulgarem tantum casum. deinde proponitur postumus natus esse & heres exstitisse patri, ac deinde impubes decessisse. Quæsitum est de eius hereditate, *vtrum ex substitutione pupillari tacita pertinere debeat ad substitutum, an vero ad matrem reiecta pupillari substitutione?* Et illic refertur sententia Papiniani & Vlpiani, probantium quidem matrē ad successionem intestati filii admitti excluso substituto, vt sic vulgari substitutione, quæ expressa erat, non intelligatur contineri pupillaris aduersus matrem. Sed hæc sentētia a Papiniano & Vlpiano defenditur hac solum ratione, quia mater itidem vt filius, instituta erat a testatore. Proinde si instituta non erit, non admittetur, sed substitutus. Vis huius argumenti indicatur *in l. 1. §. huius rei. D. de off. eius cui mand. est iurisd.* Defenditur præterea eadem sententia ab illis auctoribus hac ratione, quod si testator voluit hereditatem suam, quæ vxori non debetur, ad vxorē pertinere, multo magis voluit ad eam pertinere hereditatem filii impuberis, vtpote quæ naturaliter matri debetur. Hæc ratio cessat in ea matre, quæ a testatore instituta non est. Quare in ea hoc quoque ius cessabit. *l. quod dictum, D. de pact. l. in omnibus caussis id obseruatur. D. de reg. iur.* Nec obstat Iustiniani constitutio, qua prior sententia remota omni dubitatione confirmatur. Confirmatur enim nominatim a Iustiniano in hac specie, & in hoc casu. Nam bis hæc verba repetit ea constitutio: proinde in aliis casibus ius vetus manere oportet. *l. præcipimus, in fin. infr. de appell.* Apparet autem ex superiore dubitatione Papiniani & Vlpiani, in ea matre quæ instituta non esset, dubium nō fuisse, quin filio impuberi heres non esset ab intestato, si pater impuberi substitutum dedisset, quamuis in primum tantum casum. Neq; aduersatur hic locus, vbi simpliciter dicitur hereditatem impuberis ad matrem pertinere. Nam adiicitur, in hoc casu id non esse incerti iuris. Ex quibus verbis liquet Imperatores non loqui de pagano testatore, qui filio impuberi in primū casum substitutum dederit non instituta matre, aut etiam instituta. Nam vtrum hoc casu admitteretur mater, impubere mortuo res dubii iuris fuit, nō certi. Ad eiusdem rei confirmationem adiicere oportet *l. quamuis, supr. h. tit.* vbi vxore testatoris & filio impubere heredibus institutis. pater ambobus substituit hoc modo, si vxor & filius heredes non erunt; & respondetur quidem, si filius impubes heres exsistat, deinde intra pubertatem decedat, substitutum ex substitutione pupillari non admitti, sed matrem ab intestato. Verum ratio obseruanda est, quamobrem id placeat. Non enim dicitur ideo mater admitti, quia substituto in primū tantum casum dato, mater excludat tacitam pupillarem: sed quia testator his verbis, *si heredes non erunt,* substituendo, intelligitur tantum sensisse de eo casu, qui in vtriusque persona locum habere potuit: potuit autem solus casus vulgaris in vtriusque persona intelligi. Quo non obscure significatur, si vni tantum filio impuberi pater substituisset in primū tantum casum, cum in eius persona locum habere potuerit etiam secundus casus, matri locum nō futurum, sed substituto, quantumuis mater vna cum filio instituta fuerit. Neq; hæc sententia iniqua est. Nam cum pater filio impuberi substituit aliquem in primum casum, vult substitutum sibi heredem esse. Qui autem semel eum sibi heredem esse vult, is vult eum etiam perpetuo sibi esse heredem, siue filius heres non sit, siue sit heres. Quapropter etiam filio herede exsistente, & intra pubertatem mortuo, substitutus testatori heres erit ex eius voluntate. Et quoniam non potest testatori heres esse, nisi etiam sit heres pupillo, quia iunctæ hereditates esse cœperunt patris & impuberis, *l. sed si plures §. filio, D. de vulg. & pup. substit.* ideo substitutus etiam ad hereditatē impuberis vocari intelligitur, vbi alia voluntas manifestior non refragatur.

6 Sed obiicitur † hic locus, in quo cõtra placet matrem admitti. Et obseruandum est locum scriptum esse de testatore milite. Sic enim diserte verba sunt: *quod si filius in patris militis positus potestate*. ex quibus intelligimus aliud iuris esse in milite, aliud in pagano. Merito. est enim in vtroque alia atque alia coniectura voluntatis. Nam in milite hoc probatur, vt tantum sensisse & voluisse intelligatur, quantum dixerit, non amplius; scilicet vt quemadmodum seruatur per omnia id quod voluit; ita etiam præter voluntatem non seruetur, quod non aperte voluit. *arg. in leg. Diuus. & l. Lucius. D. de testa. mil.* Idque recte placuit cũ propter imperitiam militum, de qua scriptum est *in l. 3. supr. de test. mil.* tum propter occupationes expeditionum, in quibus iure militari testantur. *§. 1. Instit. de test. milit.* Imperitia facit, vt de iure non intelligatur cogitasse miles, si nõ expresserit, *leg. vlt. in prin. infr. de iure delib.* Occupatio autem militiæ & expeditionis omnem aliam cogitationem adimit: vt non temere putandus sit cogitasse, quod nominatim non dixerit. Quod cum ita sit, si miles filio impuberi substituit in hunc casum, si heres non esset, non videbitur substituisse in hũc casum, si heres erit, & deinde decesserit. Ex quo efficitur, si heres exsistat, certi iuris esse exspirasse substitutionẽ, ac proinde matri locum futurum, non substituto. Cui consequens est, si impubes hoc casu heres exsistat, & intra pubertatem decedat, etiam alium quemlibet legitimum heredem impuberis heredem futurum ab intestato, excluso substituto. Alia coniectura est voluntatis in iis testatoribus, qui milites non sunt. Nam si ius non ignorant, secundum regulas eius iuris testari intelliguntur: si imperiti sunt, tamen de hoc ipso iure videntur sensisse, quia se iure communi testari intelligunt: vt velint etiam ea omnia admitti, quæ sunt ex iuris communis sententia, nisi aperte eorum voluntas refragetur. Ex his colligimus, quoties testator in vnum casum, puta vulgarem, substituit aliquem filio impuberi, simul etiam in secundum casum substituisse videri: nisi conditio heredis legitimi, qui ad hereditatẽ impuberis vocatur, aliam admittat coniecturam. id autem cõtingere, quoties filius impubes decedit viua matre: si modo & ea testamento instituta sit ab eodem testatore vna cum filio impubere ex *l. vlt. supr. prox. tit.* aut ea non instituta proponatur substitutio facta esse a testatore milite.

7 Atque hæc † ita sunt, si pater miles filio impuberi substituit in primum tantum casum. diuersum est, si substitutio à patre etiam in secũdum casum vel expressa, vel compendiosa facta fuerit. sic enim verba sunt huius l. *in vers. sed si.* In secundum casum fit hoc modo: *si filius meus heres erit, & deinde decesserit, Titius heres esto.* Expressa est hoc modo: *si intra pubertatem, aut postea decesserit*, quæ formula initio huius rescripti expressa est. Dicitur autem hoc casu expressa, quia tempus vtrumque verbis specialiter exprimitur, & quod pubertatem præcedit, & quod sequitur. Compendiosa seu compendio fieri dicitur hoc modo: *quandocunque filius meus decesserit*, vel, si decesserit, vel, *cum decesserit*, quia hic compendio sermonis vtrumque tempus superius comprehenditur, non exprimitur: vt alibi appellatione hominis dicuntur compendio sermonis omnes homines contineri, *l. Mæuius. §. duorum D. de leg. 2.* Ergo si substitutio in hunc casum facta sit, quandocunque filius heres factus decesserit, nunquam hereditas filii tota ad matrem pertinebit, sed aut tota ad substitutum, aut saltem pro parte. Vtrum autem tota, an pro parte pertineat, ex hac distinctione statuendum est. Aut enim filius decedit intra pubertatẽ, aut post pubertatem. Si intra pubertatem, eos heredes habebit, quos pater ei substituit, si & hereditatem adierint, vt sunt verba rescripti. Ex quibus intelligimus, hoc casu totam hereditatem filii impuberis ad substitutum pertinere. Itaque in hac hereditate & bona patris ad substitutum pertinebunt, & item bona propria filii impuberis, vndecumque illa obuenerint. Nam cum is patri heres exstiterit, iuncta hereditas cœpit esse patris & filii. *l. sed si plures §. filio. D. de vulg. & pupill. substit.* Hoc autem fieret iure communi, etsi paganus testator filio impuberi substituisset aliquem in secũdum casum. *Inst. de pup. subst. vers. quo ca.u. & d. l sed si plures. §. ad substitutos. de vulg. & pup. subst.* Bene igitur Papinianus *in l. centurio, D. eod.* dixit, hoc casu substitutos iure communi etiam propria bona filii impuberis capturos. Si bona impuberis ex substitutione ad substitutum hoc casu pertinent, sequitur nihil ex his ad matrem redire. Nam vt superius dixi, hæc substitutio testamentum est pupilli, quod pater ei fecit, *l. 2. D. de vulg. & pup. subst.* Quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri, neque aliis legitimis heredibus, *l. quamdiu potest. D. de acq. hered.*

Si vero † filius decessit post pubertatem, rescripti 8
verba ita sunt: *matre eius* (filii) *hereditatem obtinente, bona quæ patris, cum moreretur, fuerint, veluti ex caussa fideicommissi a matre peti posse.* Quæ verba quia obscuriora sunt, & magnas difficultates pepererunt interpretibus, nobis excutienda sunt. Et in his duo expendenda potissimum: quæ hoc casu bona ad substitutum pertineant: tum quo iure. Igitur cum filius, cui in secundum casum substitutus datus est a patre milite, post pubertatem decedit, non omnia eius bona ad substitutum pertinent; sed bona dumtaxat patris, id est quæ fuerunt patris, cũ is moreretur. Idem *in l. centurio, in fin. D. de vulg. subst.* Hic occurritur ex iure communi. Nam verbis ciuilibus, id est, directis, post decimum-quartum annum frustra substitutio fit: & si facta erit, tamen pubertate finitur, *leg. verbis ciuilibus, & l. in pupillari. D. de vulg. subst.* Sed hoc in paganis ius est. in militis substitutione, de qua hic agitur, locum non habet. Potest miles ex priuilegio militum heredibus a se institutis etiam in hunc casum, cum heredes exstiterint, substituere, non tantum liberis, sed etiam extraneis: nec tantum impuberibus, sed etiam puberibus, *leg. milites, supr. de test. mil. l. miles ita heredem, D. eod.* Pertinent igitur bona patris militis ad substitutum non iure cõmuni, sed ex priuilegio militum, vt dicitur in *d. l. centurio.* Quid? bona propria filii ad quem pertinebunt? nempe ad ad heredes legitimos: & ideo in specie, quæ nunc proponitur, ad matrem; quæ temporibus huius rescripti inter legitimos heredes primum locum tenuit ex senatusconsulto. Sed cur ex eodem priuilegio militis hæc bona non pertinent ad substitutum, cum miles substituerit heredem filio, non sibi? Quia suis bonis miles quamuis substitutionem facere potest; alienis non potest, ne ius alienum imminuat, *d. l. milites, supr. & l. cum filiusfamilias. D. de test. mil.* Futurum est autem, vt minuat ius alienum filii, si heredem ei dando auferat ei libertatem testamenti fa-

ciendi.

9 ciendi, *l. ex facto. x. resp. D. de vulg. subst.* Adiicitur † in rescripto, ad substitutum bona patris pertinere, quæ patris, cum moreretur, fuerunt. Imo etiam ea, dicet aliquis, quæ eius non fuerunt, cum moreretur. Nam hæc bona ad substitutum pertinent cum fructibus inuentis in hereditate patris, vt scriptum est *in dict. l. centurio, in fi.* Quib. verbis intelligere debemus fructus inuentos in hereditate patris, & inuentos, quo tempore filius moritur. Neq; enim de fructibus inuentis in hereditate patris, quo tempore pater moritur, sentire potest Papinianus, qui prius dixerat bona patris pertinere ad substitutum. Bonorum appellatione etiam fructus tempore mortis patris inuenti satis continentur, siue pendentes sint, siue iam ante a patre percepti. Nam pendentes pars sunt fundi, *l. fructus pendentes, D. de rei vind.* Percepti autem fiunt eius, qui fundi dominus fuit, *l. qui scit. §. 1. D. de vsur.* Quapropter cum Papinianus a bonis, de quibus locutus erat, separet & distinguat fructus in his inuentos; perspicuum est eum intelligere fructus in illis bonis inuentos, quo tempore filius moritur. Et verum est, hos fructus etiam ad substitutum filii pertinere: dummodo fructus in hereditate patris eo tempore inuentos, intelligamus eos dici, qui in hereditate eo tempore pendent, non autē qui ante a filio percepti sunt. Vt corpora quæ patris fuerunt hereditaria sunt, ita & fructus eorum corporum pendentes. Proinde vt hereditas patris ad substitutum pertinet, sic & fructus eius hereditatis pendentes. Qui autem fructus viuo filio percepti sunt, hi non pertinebunt ad substitutos, duabus de caussis. Primum, quia amplius non reperiuntur in hereditate patris, vtpote ab ea separati. Deinde, quia percepti a filio, qui dominus erat bonorum paternorum, ei quoq; eadem opera adquisiti sunt, vt sint pars hereditatis eius, non paternæ *d. l. qui scit, §. 1. ff. de vsur.* Nō obstat hæc lex, quæ de bonis tantum loquitur, quæ patris fuerunt, cum moreretur. Loquitur enim solum de corporib. non de fructuum præstatione. Corpora ipsa hereditaria si spectamus, ea solum ad substitutum pertinēt, quæ fuerunt patris, quo tempore is moritur.

10 Videamus, † quo iure hæc bona ad substitutum pertineant. Ait enim rescriptum, *veluti ex caussa fideicommissi peti posse.* Quæ verba errori communi ansam præbuerunt. fecerunt enim, vt existimarent vulgo interpretes bona hæc in substitutione proposita ad substitutos pertinere non iure directo, sed iure fideicommissi. Et cum illis obiicitur priuilegium militis, quo priuilegio miles etiam heredibus a se institutis & exsistentibus substituere aliū potest: respondent hic substitutionē directo factam redigi ad caussam fideicommissi propter matrē filii intermediam. Quæ sentētia explodenda est. Aduersatur enim cum manifestæ rationi, tum manifestis locis iuris, & maxime etiam huic loco. Ius certum est, militem heredibus a se institutis alium heredem substituere directo posse in secundum casum, *d. l. milites. & l. miles ita heredem, D. de test. milit.* Porro in specie hic proposita, vt narratur factum in principio rescripti, miles filio suo secundum heredem scripserat, id est, directo substituerat heredem, his verbis, *si filius meus decesserit intra pubertatem, aut postea, Titius heres esto.* Vt igitur miles substituit directo, ita & directo substitutio valebit. Declaratur vero id euidentissime *in dict. l. centurio. D. de vulg. subst.* vbi scribitur in eadem hypothesi bona patris ad substitutum pertinere ex priuilegio militum. Si ex priuilegio, certe nō fideicommissi iure. Nam vbi fideicommissum relictum est, fideicommissum iure communi valet etiam post pubertatem, non autem ex priuilegio. *§. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict. §. vlt. Inst. de pup. subst.* Et ridiculum est, quod vulgo dicunt, propter matrem filii superstitem directam substitutionē a milite factam obliquari. Hoc enim perspicue dicitur aduersus notum priuilegium militare. Sed & hinc magis falsum esse intelligemus. Nam si substitutio & institutio directa militis valet iure directo etiam aduersus filios militis, vt valet: *l. sicut. & l. seq supr. de test. milit.* multo magis valebit aduersus vxorem militis, ad quam nullo iure hereditas militis pertinet. Hæc eadē sententia aperte verbis huius rescripti confirmatur. Nam hæc verba, velut ex caussa fideicommissi, verba sunt similitudinis. Nullū autem simile est idem. Quare si bona patris in proposito petuntur, veluti ex fideicommissi caussa, non dubium argumentum id est, hic fideicommissum non esse. alioqui dicendum fuit bona hæc peti ex caussa fideicommissi, non velut ex caussa fideicommissi. Quod si hic fideicōmmissum non est; necesse est directam substitutionē relinqui, quæ hic statuatur: nihil est enim medium. *d. §. vltim. Insti. de sing. reb. per fideicom. rel.* Et hinc est, quod Imperatores dicunt, hęc bona a matre peti posse. Petendi verbo proprie actio in rem significatur. *l. actio in personam, D. de obl. & act. l. pecuniæ. §. actionis. D. de verb. sign.* Si actio in rem substituto datur ad hæc bona patris petenda, indicio est etiam nondum restitutis illis bonis substitutum eorum dominū esse; quoniam in rem actio nisi domino nō competit. *l. in rem, D. de rei vind.* Non potuit autem substitutus recta a testatore dominus fieri, nisi voluntate in eum collata directo, *§. vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

Quid est ergo, † quod dicunt Imperatores, bona hæc peti posse velut ex caussa fideicōmissi? Additum hoc est conuenientissime. vt intelligeremus, non omnia bona filii pertinere ad matrem, sed ea tantum, quæ propria essent filii: bona autem patris sola in restitutionem venire. Quippe idem fieret, si pater miles filium heredem instituisset, & eum rogasset hereditatem suam restituere Lucio Titio post mortem suam. Ex hoc, *inquam*, fideicommisso bona tantum patris restituenda essent: propriæ autem facultates filii fideicommisso non continerentur, vt est *in l. coheredi, §. cum filia, D. de vulg. & pup. subst.* Sed & illud huic restitutioni cum restitutione fideicōmissi conuenit, quod si fideicommissum relictum esset a filio testamento patris militis, omnia bona patris restitui deberent ex fideicommisso non imminuta ex lege Falcidia, seu senatusconsulto Trebelliano; quia in testamento militis cessat lex Falcidia, *l. in testamento. supr. de test. mil.* Sic & hoc loco ex substitutione directa militis, quæ post pubertatem facta est, omnia bona patris ad substitutos pertinent. Ex quo apparet, non alium sensum esse horum verborum, *velut ex caussa fideicommissi*, quam hunc: nimirum in proposito bona patris a matre peti posse & restitui debere similiter, vti peti possent, & restituerentur, si pater filio herede instituto eum rogasset, cum moreretur, hereditatem suam restituere Lucio Titio: id est, in summa, restitutionem hanc similem esse restitutioni fideicommissi. Vnum dissimile est in fructibus Nam ex substitutione directa militis de qua nunc agitur, vt bona ipsa patris ad substitutos pertinent, ita & fru-

ctus inuenti in hereditate patris; quo tempore filius moritur. In restitutione autem fideicõmissi fructus non veniunt, nisi ex quo tempore mora facta est, *l. in fideicommissariam, D. ad Trebell.* Sed id non aduersatur huic loco. Nam, vt dixi, loquuntur Imperatores de restitutione bonorum, non etiam de restitutione fructuum. Verum est autem in restitutione bonorum priuatorum, id est corporum ipsorum, omnia esse directæ substitutioni, quę post pubertatem facta est, similia cum fideicommisso. Nihil igitur hæc verba, velut ex caussa fideicommissi, obstant, quominus in ꝓposito intelligamus bona patris ad substitutum pertinere iure directo, non fideicommissi, ex priuilegio militum.

12 Magis† obstare videri possunt illa verba, *te eius hereditatem obtinente*, quibus significatur matrem obtinere hereditatem filii. Obtinere autē est iure obtinere: & hereditas filii non tantum propria bona filii continet, sed etiam hereditatē patris; quæ postquam filius heres exstitit, cœpit esse in patrimonio filii, cœpitque ex vtraque vna hereditas fieri, *d. l. sed si plures, §. filio, D. de vulg. & pup. subst.* Et concedendum est hoc ita esse, si in his verbis obtinendi verbo intelligeremus iure hereditatem obtineri a matre, & præterea hereditatis verbo totam hereditatem filii acciperemus. Sed neutrum necesse est sic accipi, cum possit alius esse sensus idoneus. Et vero potest hic esse sensus horum verborum duplex, & is quidem ad verba & quæstionem propositam quam accommodatissimus. Vnus, vt sic interpretemur, *Te eius*, id est, eius solius filii hereditatem propriam obtinente, sitque hæc sententia: *hereditas propria filii ad te pertinet in proposito, o mater; reliqua autem bona quæ fuerunt patris, a te peti possunt, vt sic nihil amplius ad te pertineat, quam propria bona filii tui, vt appellantur hæc bona, in d. l. centurio. de vulg. & pup. subst.* Quæ sententia vt verbis conuenit, ita per se verissima est, ac proinde accipienda, quia vitio caret, *l. in ambigua, D. de leg.* Esse etiam potest horum verborum alter hic sensus, non minus vitio carens quam prior, vt intelligamus hic conditionem esse, *si hereditatem filii obtines, o mater.* Est enim hic ablatiuus absolutus, *te obtinente.* Dici autem vulgo solet, & verū est, ablatiuos absolutos resolui in conditionem. vt, *restituas hereditatem fundo retento*, vel *pecunia accepta*, id est, cum fundum retinueris, vel pecuniam acceperis; seu si retinueris, si acceperis *l. a testatore. D. de cond. & demonst.* Quo modo interpretantibus erit hæc sententia, *si hereditatem totam filii, o mater, obtines*, id est, tenes, possides; *bona patris quæ in ea hereditate sunt a te peti possunt.* Recte vero, & necessario ad hanc petitionem dandam superior conditio adiecta est. Nam vt quis vel res singulas, vel hereditatem possit vindicare, non est satis eum qui vindicat, dominum esse vel rerum singularum, vel hereditatis, sed opus est, vt is a quo hereditatem petit, possideat pro herede, vel pro possessore, *l. regulariter, & seq. D. de hered. pet.*

## *Ad L. 9. Humanitatis.*

Imper. Iustinian. A. Mennæ PP.

*Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, vt si filium, nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorū sapiat: liceat hisdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere: vt occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum, &c.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius constitutionis.*
2 *Parentes, quibus modis quaue ratione liberis mente captis substituant.*
3 *An omnes parentes illo modo substituere possint. An & mater & auus. Et quid si plures sint parentes liberorum mēte captorū: quorū ex iis testamentū valeat.*
4 *Beneficiū huius legis, an ad furiosos quoq; pertineat.*
5 *An quoque ad prodigos, surdos & mutos.*
6 *Liberi mente capti, quibus pater in secundum casum substituit, vt valeat substitutio, oportet vt mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam.*
7 *Mente captis liberis quibus conditionibus substituere liceat.*
8 *Mente capti si ex minori parte, quam legitima instituti sint, an nihilominus substitutio valeat.*
9 *Mente capti si resipiscant post substitutionem, deinde recidiui fiant atque decedant, vtrum substitutio euanescat, maneatue.*
10 *Substitutio mente captorū quid distet a substitutione pupillari.*

SVmma † constitutionis hæc est: permittitur hac lege parentibus liberis suis mēte captis, quamuis publicis heredib. prius nō minus quam ex portione legitima institutis, substituere in secundum casum, si heredes erunt, & in eadem valetudine decesserint. Et substituere his quemlibet, præterquā si liberi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem parente testatore natos. Nā si filios habent, hi substituēdi sunt: si non, substituendi sunt fratres, dum tamē intelligamus sufficere vnum aliquem ex his substituere, neq; necesse esse substituere omnes. Et hoc permissum ad exemplum pupillaris substitutionis, eadem ratione. In his multa quæruntur ad explicationē constitutionis, quæ vt recte & ordine explicari possint, partes huius iuris nobis distincte excutiendæ sunt. Sunt aūt hæc de quib. quæritur. I. quod genus substitutionis hic permittatur parentibus, & qua ratione. II. Qui possint hoc modo substituere. III. Quibus possint. IIII. Qua lege & quibus cōditionibus. V. Quos possint substituere. VI. Huius substitutionis recte cōstitutæ quis sit effectus. 1

Primo loco genus substitutionis obseruandū est. 2 Permittitur † igitur parentibus, liberis mente captis substituere, non in hunc casum. *si heredes non erunt*, ꝙ superuacuum fuerit, cum hoc modo quis substituere possit, quibusvis heredibus a se institutis: sed in hunc casum, *Si liberi heredes erunt*, & postea antequam resipuerint, siue mentis compotes facti sint, decesserint, quod contra rationē iuris constitutū est, vt in initio huius tit. dictū. Recte aūt id permissum est hac constitutione ꝙ prius nō licebat. nam hæc substituendi facultas prius impetrari solebat a principe, *l. ex facto, D. de vulg.* Introducendæ aūt huius cōstitutionis æquitas hæc fuit, quod liberi mēte capti, etiamsi ætate puberes sint, tamen non magis testamentum facere possunt quam impuberes: proinde æquū hic quoq; fuit, vt parentes ipsis facerent, *§. qua ratione, Instit. de pupill. subst.* Et hac ratione dicitur hæc substitutio introducta esse ad exemplum pupillaris substitutionis, nam alioqui in multis vel in singulis fere partibus distat hoc genus substitutionis a pupillari.

Viden-

3 Videndum est † qui possint hoc modo substituere liberis. Et generaliter hoc permissum est parentib. omnibus, sine distinctione sexus aut gradus. Nam & matri eadem substitutio permittitur, & auo, & aliis parentibus in infinitum, de quibus expressum est *in pr. const.* De sexu intellige *ex vers. pen. & vlt.* vbi nominatim, *qui* vel *quæ* testator & testatrix dicitur, qui hoc modo substituerit. Vnde & intelligimus parẽtes hoc modo substituere posse liberis, etiamsi liberos in potestate non habeant, nam fœminas constat liberos in potestate non habere, *§. fœminæ, de adopt.* In quo primum discrimen obseruandũ est inter hanc substitutionem & pupillarẽ. Nam parẽtes liberis substituere possunt in secundũ casum, sed iis solum, quos in potestate habent, *l. 2. de vulg.* Quod si plures sint parentes liberorum mente captorum, an omnes possunt hoc modo substituere mente capto? nam constitutio parentibus in vniuersum permittit. Resp. Non posse, quoniã hæc substitutio est testamentũ filii mente capti, vt appellatur in hac cõstitutione, quia si liceret omnibus parentib. hoc modo substituere liberis, liberi decederent, plurib. testamẽtis relictis, quod ius ciuile in paganis nõ patitur, *l. quærebatur, D. de test. mil.*

Quid ergo, si nihilominus plures parẽtes eiusdem filii mente capti hoc modo substituerẽt, puta pater, mater, auus, auia? Resp. Tunc dicendum, plus vno testamento ex his valere non posse. Cuius ergo testamentum valebit? Resp. Si is substituit, qui mente captum in potestate habet, huius substitutio valebit, quoniam in eandem personam & naturalia & ciuilia iura concurrant: Sin omnes parentes iure potestatis pares sint, admittetur solius patris substitutio, si is substituerit, secundo loco matris, deinde ceterorum parentum, vt quisq; gradu propior erit, argum. *in l. 2. §. obiicitur, D. de senatusconsul. Treb. & l. vlt. in pr. supr. de cur. fur.* Quid si mater, quæ sola substituerit, filio mẽte capto, iterum nupserit, & induxerit vitricum filio mente capto? Resp. verba constitutionis etiam hanc substitutionem admittunt. Et hæc mater parens est. Sed probo iuxta communem existimationem, huius matris substitutionem recipi non debere, quoniam cui nõ permittitur bonorum administratio filii, dum filius viuit, huic permittenda non est morte filii. Huc pertinet *l. 9. tutores, §. pen. supr. de administ. tut. l. vn. sup. vbi pupill. ob delict.*

Tertium caput est quib. parentes substituere possunt? Et placet liberis puberib. mente captis. Mente capti qui sint notum est. Sed quoniam constitutio de mente captis solum loquitur, & multi sunt puberes liberi, qui quamuis mente capti non sint, tamen sibi testamentum facere nõ possunt: Ideo de iis si quæsitum est, an ad eos quoq; porrigi possit beneficiũ huius legis, vtpote in quibus eadem ratio sit: Et certi iuris sit, in quibus causis eadem ratio est, idem ius ad-
4 mittendum esse, *l. illud ad l. Aquil.* Ac † primo quæsitum est, quid si liberi sint furiosi, nam furiosi distinguuntur a mente captis *in l. furiosi, supr. de nupt.* Resp. iis multo magis substitui posse ex hac constitutione, verbis substitutionem admittentibus, nõ solum sententia. Nam furiosi sunt mente capti. distãt quidem mẽte capti a furiosis, sed vt distat genus a specie. Nam mente capti genus est, furiosi species, nam nõ omnes mente capti furiosi sunt, sed omnes furiosi sunt mẽte capti: Nam in his est abalienatio mentis, cõmunis omnium mente capacium, sed ad hanc amplius accedit furor. ita plus est furiosum esse, quam mente captum. Vnde factum est, vt quod olim de furiosis constitutũ erat, dubitaretur, an pertineret ad omnes mẽte captos, quæ dubitatio est *d. l. si furiosi, supr. de nupt.*

Quid si liberi erunt prodigi, † quib. bonis interdi- 5
ctum sit, nam & ii testamentum facere non possunt, *§. item prodigus, Institut. quibus non est permissum.* & tamen non videntur esse mente capti? Resp. Et in his hanc substitutionem admittendam esse, quoniam & hi in bonorũ administratione furiosorum loco habentur, *l. his qui, §. vlt. D. de tut. & cura. dat.* vt si substitutio admittitur in furiosis, ex verbis huius legis, admittenda sit etiam in prodigo. Quid si liberi erunt surdi & muti, cum & ipsi testamentũ facere non possint, *l. discretis supr. qui testam. fac. possunt.* Et vulgo admissum est, parẽtem hoc modo substituere posse eo quo hic constitutum est, quia & in his eadem ratio sit, quæ in superiori. Non recte. nam hi sunt sanæ mentis, constitutio autem de mente captis loquitur. Nihil ad rem pertinet, quod & hi testamentum facere non possunt: Nam animaduertendũ erat, quod hic permittitur in filiis mente captis, singulare ius esse, contra rationem iuris communis introductum. Certi autem iuris est, quod contra rationem iuris constitutum est, non esse producendum ad consequentias, id est, non esse transferendũ ad casus, quantumuis similes, *l. quod contra, de reg. iur. l. quod contra, & 2. ll. seqq. D. de legib.*

Non est † satis liberos, quibus pater substituit in 6
secundum casum, esse mente captos, sed oportet etiam esse huiusmodi, vt mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam. Finge hac ratione: Mente captus patrem & matrem habet, estq; in potestate patris. sola mater eo filio herede instituto, ei substituit, si heres erit, & in eadem valetudine non decesserit: dicemus substitutionem non valere. Idemque dicendum est, si auus filium heredem, & ex eo nepotem habeat mente captum, vtrumque in potestate, & nepoti substituit in supra scriptũ casum, nam mortuo auo nepos recidit in potestatem patris, *in pr. tit. quib. mod. ius. &c.* Quamobrẽ substitutionem euanescere dicimus. Nihil quidem de hac re cõprehensum est hac cõstitutione, sed ex verbis & sententia satis colligitur. Nam constitutio permittit parentibus liberis mente captis testamentũ facere & substituere heredem, non permittitur hoc, nisi in iis liberis, qui decedentes heredem habere possunt, quoniam habent bona, filii aũt similem heredem habere non possunt, vt dixi *ad l. si testamẽto, s. h. t.* Proinde hac parte idẽ probandũ est in hac quæstione, quod in pupillari, quo genere substitutionis dixi, non posse parentẽ substituere liberis impuberib. qui mortuo parente mansuri sunt in potestate patris, *l. 2. in pr. de vulg.*

Quartum caput est, † quibus conditionibus hic 7
substituere mente captis liceat? Et licet omnino tribus. Prima conditio est, si liberi non minore ex parte quam legitima instituti sint. Verba enim cõstitutionis hæc sunt, *legitima eis portione relicta*, quæ valent si legitima eis portio relicta sit, in hanc enim conditionem ablatiuus absolutus resoluitur. *leg. a testatore, de cond. & dem.* Quo exigit primum constitutio, vt liberi instituti sint, in quo rursum aliud discrimẽ notandum est inter hãc substitutionem, & substitutionem impuberum: Nam parens impuberibus liberis substituere etiam potest exheredatis, *l. 3. §. 2. D. h.* Cur secus in mente captis constitutum sit, infra dicetur. Exigitur amplius vt liberi instituti sint, nõ minori ex

parte, quã legitima. Ea fuit olim quarta eius portionis quam quis habiturus esset ab intestato, *l. Papin. §. quoniã, D. de inoff.* Nunc triens aut semis, pro numero liberorum, *Nouell. de triente & semisse.*

8 Quid aũt † si mente capti minori ex parte instituti sint, quam legitima? Resp. Consequens est constitutionem non valere, cum enim lex aliquid fieri iubet, id intermitti vetat, proinde si cõtra factum erit, non valet ꝙ actum est, tanquam cõtra legem factum, *l. non dubium. s. de legib.* Nec alia ratione placuit præteritis liberis, qui in potestate parentis sunt, testamentum nullius esse momenti. Cum enim lex liberos institui aut exheredari iubet, simul preteriri vetat, vnde consequens est, contra legẽ eos preteriri, eoq; testamentum factum non valere. Non obstat, ꝙ cum filius minori ex parte quã legitima institutus est, placet institutionẽ valere, vt fili⁹ ad supplementũ legitimæ agat. *l. omni modo, s. de inoff.* Nã hic de institutione filii non agitur, sed de substitutione quæ fit filio. Institutio ex minori parte facta valet, quia hanc tuetur lex *omni modo*: Substitutio huic institutioni subiecta non valet, quia hæc infirmatur lege. Nihil etiã ad rem pertinet, quod filius *ex d. l. omnimodo* quartam supplere potest aut trientem: Nam ex hac constitutione non est satis, si liberi mente capti legitimam portionem quouis modo habeãt, sed exigitur, vt eis credita sit, id est, vt habeant eam, non iure, sed iudicio testatoris.

9 Secunda cõditio seu cautio exigit, vt liberis mente captis substituatur, sub conditione, si in eadem valetudine decesserint: Nam si resipuerint, constitutione expressum est, substitutionem cessare. Quid † ergo si mente capti quib. substitutio facta erat resipuerint, deindẽ in eandem alienationem mentis inciderint, atq; ita decesserint, vtrum euanuit substitutio, an vero manere intelligitur? Secundũ verba constituonis prima fronte dici potest substitutionem euanisse, quia verũ est semel mẽte captos resipuisse. Et quamuis postea in eandem mentis alienationem incidant, tamen dici potest, non ideo magis substitutionẽ confirmari, quia semel euanuerit, & ꝙ semel euanuit, tractu temporis non conualescit, *arg. §. 1. de inutil. stip. l. inter §. factum, D. de verb. obl.* Sed melius est substitutionem hoc casu valere. Quemadmodum enim in substitutione pupillari oportet impuberem duobus temporibus esse in potestate patris, & quo tempore ei fit substitutio, & quo tempore is moritur: media autem tempora non nocent, *l. coheredi. § cum filio, D. de vulg. l. si alienum, de hered. insti.* Sic in hac substitutione mente captorum probandum est sufficere, si duobus temporibus mente sint capti, & quo tempore fit eis substitutio & quo decedunt. Ceterum media tempora ne noceant. Non obstant verba constitutionis, quibus dicitur *constitutionem cessare si liberi resipuerint*, nõ quod cessare significet, cessare & tempus & ius suspendi, nam cessare dicitur, quod ipso iure & omnino locũ non habet, vt cum dicitur in testamento militis cessare Falcidiam, *l. in testamento, sup. de testam. milit.* sed quia hæc verba, si resipuerint, sic interpretanda sunt, si omnino resipuerint, vt si in eandem alienationem mentis postea non recidant, nam qui recidunt, plane resipuisse dici non possunt.

Si tamen filius mente captus per id tempus, quo sanæ mentis fuit, testamentum fecerit, substitutio euanescit, quamuis postea in eundem morbum inciderit. Nam testamentum quod prius fecit nihilominus valet. Is autem plus vno relicto testamento, decedere non potest, *l. quærebatur, D. de test. milit.* & si quæritur, vtrum potius valere debeat, certi iuris est, eius potius testamentum valere debere, ne heredi sanæ mentis auferatur testamẽti factio, *l. ex facto, D. de vulgar.*

Tertia cautio seu conditio exigit, vt pater prius sibi testamẽtum faciat, id est, sibi prius heredem instituat testamento, & ita instituat, vt testamentum valeat, & & ex eo hereditas adeatur. Id quidem nõ exprimitur hac constitutione, sed verbis significatur. Nam constitutio ꝑmittit parentibus, substituere liberis. Non est substitutio, nisi sibi prius parens heredẽ instituat. Hinc intelligimus ipsum sibi prius heredẽ instituere debere, *l. 2. in fi. de vulg.* Et quoniã exigimus, vt heredem sibi testamẽto instituat, simul exigimus, vt testamentum valeat & exitum habeat, nam pro nõ facto est, ꝙ iure non valet. Deniq; intestatus decedere dicitur, qui ita fecit testamentũ, vt idem nõ valeret. *Inst. de here. quæ ab intest. in pr.* Proinde quæ de testamento patris dicta sunt, institutionẽ impuberis nimirum in eo præcedere & valere oportere, *l. si quæro, s. h.* huc omnia recte transferentur.

Supra constitutũ est, quod heredes possint parentes liberis mente captis substituere, item cõstitutione expressum est licere quoslibet substituere. In initio excipitur, nisi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem testatore parẽte natos: Nam si liberos habent, ii iubentur institui, fratres item, vel vnus vel certi, vel omnes. Ex quibus verbis perspicuum est, si mente capto plures filii sint, non tamen necesse habere patrem omnes liberos eius mente capti substituere, sed sufficit instituere vel vnum ex illis. Sed hic occurritur ex iure communi, nam hæc substitutio est testamentum mẽte capti patris, iam si liberi eius sint præteriti, testamentũ nullius est momenti, *tit. de exher. lib. Instit. l. inter. de lib. & posth.* Hæc obiectio mouit Accursiũ & plerosq; alios, vt hoc loco interpretarentur nõ omnes liberos mente capti necesse esse substituere, si modo hi ex iusta caussa exheredentur.

Sed hæc sententia manifestis verbis huius constitutionis manifeste refellitur, nec tantum verbis, sed manifesta etiam sententia. Nam primo fit potestas vnum tantum instituendi vel certos. Quo significatur, esse in potestate testatoris nõ omnes instituere, nec exigimus, vt qui non instituuntur, exheredẽtur: nam exigere vt exheredentur, nihil aliud est quã exigere vt instituantur. Ideo enim exigimus vt exheredentur liberi, quia volumus eos institui nisi exheredentur, *d. tit. de exhered. liber.* Propterea in hac constitutione verbis expressum est, ita licere parentib. substituere liberis mente captis, vt aduersus eorũ testamentum querela inofficiosi testamenti non competat. Quæ verba ad alios referri non possunt, quam ad eos quib. alioqui aduersus testamentum sani hominis competeret inofficiosi testamenti querela. hæc tamen competit liberis merito exheredatis, & inde intelligi oportet etiam liberis mẽte captis vel præteritis, vel immerito exheredatis in substitutione mente capti facta, nihilominus substitutionem manere, nec rescindi eam querela inofficiosi testamenti.

Additur & hoc verissimũ argumentũ. Nam si dicimus licere aliquos liberos mẽte capti nõ substituere, si modo iusta ex caussa exheredentur: licebit etiã dicere licere nullũ instituere. Intelligemus enim hanc cõditionẽ, si modo omnes exheredẽtur, ꝙ est aduersus manifestã sententiã huius loci. Verissimũ igit̃ est, verba

verba constitutionis remediũ esse, vt quamuis mente capto patri plures sint filii, tamẽ possit pater mente capti vnum tantum ex eis liberis substituere, vt nihilominus substitutio valeat, quamuis sine caussa ceteris præteritis. Non obstat, quod liberis testamento patris præteritis testamentum nullius momenti est, nam hæc substitutio quæ fit mente capto, est testamentum eius qui substituit, nam is testamentum mente capto facere intelligitur, non mente captus sibi. Hæc Papiniani ratio est ad defendendum testamentum impuberis aduersus querelam, quæ aut matri aut fratri impuberis manere potest, *in l. Papin. §. sed nec impub. D. de inofficioso testam.* Nec dubium quin hanc rationem senserit Iustinianus, cum dixerit aduersus testamentum huiusmodi mente capti, querelam non dari, ad exemplum pupillaris substitutionis.

10 Et hoc rursum notandum est, † distare hac parte hanc a substitutione pupillari: Nam in substitutione pupillari, potest pater filiis impuberibus, quos in potestate habet, & suos heredes, & extraneos substituere prout velit, *leg. si plures, §. quos, leg. nec singulis, de vulg. substit.* Non male igitur hoc loco quæritur, cum hæc substitutio mente captorum introducta sit ad exemplum substitutionis pupillaris, cur placeat tam multis in rebus, etiam extra personas esse dissimiles?

Respondeo: Cum hæc substitutio contra rationem iuris communis introducatur, consultum fuit, quam minimum in ea a iure communi recedere, etiamsi aliud constitueretur in substitutione pupillari. Quod si in hac cõstitutione amplius in aliqua parte constituitur, non alia huius rei ratio est quærenda, quam quod hæc constitutio est beneficium principis. Licet autem vnicuique modũ beneficio suo statuere quem voluerit.

Substitutione mente captis rite facta secundum formam supra scriptam, restat postremum, vt de effectu videamus. Is est in eo, vt intelligatur quatenus substitutio valeat, & ad quæ bona filii mente capti substitutus admittatur. Prius expressum est in hac substitutione, cum dicitur ita valere hanc substitutionẽ, vt ad exemplũ pupillaris substitutionis, inofficiosi testamenti querela aduersus eam non competat. Posterius ex eo intelligitur, quod hæc substitutio testamentũ filii nominatur, sic testamentum filii est, si substitutus ei succedat, siue eius bonis, nam vt diximus *ad l. si testamento, supr.* id demum cuiusque testamentum est, in quo heres ei instituitur. Quod si ex hac substitutione succeditur filio mẽte capto, apparet substitutum non capere tantum bona patris, aut eius parentis, qui substitutionem fecit, sed filii quoque, vndecunque a patre quæsita, idque ad exemplum pupillaris substitutionis, de qua *ad d. l. si testamento*, dixi.

*Ad L. Penultim.*

Imper. Iustinian. A. Ioanni præfecto prætorio.

*Cum quidã duob. impuberibus filiis suis heredib. institutis adiecit, si vterq; impubes decesserit, illũ sibi heredem esse: dubitabatur apud antiquos legum auctores, vtrumne tunc voluerit substitutum admitti, cum vterque filius eius in prima ætate decesserit: an alterutro decedente, ilico substitutum in eius partem succedere. Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum vterque decesserit. cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in eius portionem succedere, &c.*

SVMMARIA.

1 *Substitutus hoc modo, si vterque institutorum decesserit intra pubertatem, Titius heres esto, an substitutus ex substitutione admittatur in partem.*

TEstator † duobus filiis heredibus impuberibus institutis, ita his substituit, *si vterque eorum decesserit intra pubertatem, Titius heres esto.* Vnus decessit. Quæritur, an substitutus in eius partem ex substitutione admittatur? Iustinianus Sabini sententiam secutus, constituit in hac specie non prius substituto locum esse, quam vterque impuberum decesserit, quod & ipsum scriptum est *in l. qui duos, D. h.* Id non tantum ratio personarum, sed etiam verba substitutionis exigunt, nam hic vna substitutio est facta, sub conditionibus duabus sed coniunctim adscriptis, omnes impleri oportere, vt substitutioni locus sit, *§. pen. Instit. de hered. instit. l. si heredi, de condit. & subst.* Dubitatio nata videri potest, ex eo, ꝙ scriptum est *in l. falsa, in D. de cond. & demonst.* vbi traditur pluralem orationem resolui in plures singulariter, vt cum testator dicat: Stychum & Pamphilum do lego, si mei erunt cum moriar, tantum valet, ac si testator ita dixisset separatim, Stychum do lego, si meus erit cum moriar, & item Pamphilum si meus erit cum moriar. 1

Huic sententiæ conueniens esse videri potest, vt hanc substitutionem, si vterque intra pubertatẽ decesserit, sic accipiamus, quasi dictum esset: *Si impubes decesserit, Titius heres esto*, rursum, *si alter posterior item impubes decesserit, idem Titius heres esto.* Sed hoc tantum abest, vt colligatur ex superiori dicto, vt potius contrarium ex eo efficiatur. Nam cum testator ita dixit semel, *Titius heres esto*, hæc singularis non pluralis oratio est. Proinde vna substitutio, non plures. At cum dixit: *Si vterque impuberum decesit*, fatemur hanc orationem, quæ collectiua est, pluralem orationem habere, quasi dictum esset, *Si ambo impuberum deceßerint.* & hanc orationem resolui in has duas: *si prior impubes decesserit*, & *si posterior item impubes decesserit* Sed vtraque oratio nihil nisi duas conditiones efficit diuersas, easque coniunctim adscriptas, vt efficiatur vna substitutio sub duabus cõditionibus cõiunctim adscriptis. Quod si verum est, constituitur magis sententia huius loci & ratio ea quam reddidimus

Obiiciuntur huic sententiæ tres potissimum loci. I. *l. pen. D. de iniust. rupt.* vbi duobus heredibus institutis substituti dati proponuntur, & vno herede deficiente respondetur substitutum in partem eius admitti. Sed locus ad rem nihil facit, nam proponũtur pluribus heredib. institutis, substituti dati, vnde intelligimus, singulis heredibus, singulos substitutos datos, non sub hac conditione, si omnes heredes decesserint, sed si singuli. Obiicitur etiam *l. Lucius, §. Caium, ad Treb.* vbi duo heredes instituti Seius & Titia, ita rogati sunt restituere hereditatem, *Rogo vos Seii & Titia, post obitũ vestrum hereditatem restituatis primo & secundo.* Hæc verba, *post obitum vestrum*, hoc exprimunt, *cum obieritis.* Hęc autem oratio conditionem habet, si obieritis ambo, *l. si Titio, D. quando dies leg. ced.* Et tamen respondetur, vt fideicõmissum debeatur primo & secundo, non esse exspectandum, dum Seius & Titia ambo decesserint, sed vno

demortuo, fideicõmissi eius partem deberi. Hic locus nihil obstat. Hic enim sunt duo fideicõmissa separatis conditionibus relicta: cum enim testator ita scribit: *Sei & Titia restituatis*: perinde est, quasi sigillatim dixisset: *Sei restituas post obitum tuum, & tu item Titia post obitum tuum*, ita vt sunt plura fideicommissa, ita plures conditiones distinctæ. Hic autẽ agimus, cum vna substitutio est, in qua substitutus vocatus est, si vterque heredum decessisset, id est, sub duabus conditionibus coniunctim adscriptis.

Maxime aduersari videtur *l. heredes mei, §. cũ ita ad Treb.* vbi duo filii heredes instituti sunt a patre, & fideicommissum ab illis relictum nepti, semel & vna oratione, sub conditione, si vterq; filiorũ sine liberis decesserit: Vnus decessit relicto filio, alter decessit sine liberis Secundum verba & ita secundum sententiam huius legis dici debuit, nepti nihil deberi, quia vterq; filiorũ non decesserit sine liberis, ꝙ conditio fideicõmissi & substitutionis exigebat. Nihilominus illic respondetur: Neptem in partem nouissimi filii sine liberis decedẽtis admitti. Sed ne hic quidem locus obstat. Nam Papin. ibidem testatur, secundũ verba conditionis, neptem admitti non debuisse, neque in totũ, neq; in partẽ, in quo aperte sententiã huius rescripti cõfirmat: sed putat neptem in partẽ admitti propter volũtatem testatoris, quem verisimile sit in specie superiori voluisse, vt neptis vel vtroq; vel altero filio sine liberis mortuo admitteretur saltẽ in partem, & hanc voluntatẽ intelligi hic argumentis duobus. I. Quia duæ illis factæ sunt substitutiones: Vna qua frater superstes fratri substituitur, si prior frater sine liberis decederet. Altera substitutio qua substituitur neptis, si vterq; filiorum sine liberis decesserit. Prior substitutio defecit, quoniam frater priori loco decessit relictis liberis, ex quo cõsequitur, posteriori constitutioni ex substitutione aui locũ esse debere. Deinde, si vterq; fratrũ sine liberis decessisset nouissime, hereditatem totam haberet neptis. Consentaneum igitur est, si nouissime filius decesserit sine liberis, neptem saltem partem eius habere debere.

*Ad L. Vltimam.*

Imp. Iustin. A. Ioan. præfecto prætorio.

*Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos vna cum alio tertio substituerit, & verba testamenti ita composuerit:* quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres esto: *secundum quod apud Vlpianum inuenimus, mortuo impubere filio quærebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: &c.*

SVMMARIVM.

1 *Pluribus heredibus institutis aut substitutis siue coniunctim siue desiunctim, quæ partes inter eos faciendæ sint.*

QVoties plures heredes instituti aut substituti sunt, & quidã instituti cõiunctim alii disiunctim, & quęritur de partib. hereditatis, † ꝙ inter eos faciẽ-
1 dæ sint, ita veteres definiuerũt, cõiunctos vnius personæ partem tantũ ferre, id est, non plus accepturos, quã si vna persona esset instituta, vt puta testator ita scripsit: *Et primus & secũdus heredes sunto, Sempronius heres esto.* Hic tantũ duo semisses fiẽt, ex quib. semper hic vnum solidũ capiet, alterũ primus & secundus, vt sic ambo non plus capiant, ꝗ̃ si vnus esset institutus, ꝙ sunt coniunctim scripti. Regula hæc in legatis traditur *in l. plane, in pr. de leg. 1.* Valet non minus in institutionib. heredum: Exempla sunt in *leg. Atticus, l. interdum, in pr. §. vlt. de hered. instit.*

Vt aũt plures heredes coniunguntur particula, &, aut similib. coiunctionibus, vt in exemplo subiecto, ita coniunguntur nomine appellatiuo & collectiuo, vel plurali, plures eiusdem generis homines sub se continente, vtpote testator plures heredes scripsit, & duos deinde ita substituit filio suo impuberi: *Heredes a me scripti & Sempronius filio heredes sunto.* Hic eędem partes fiẽt, quæ supra, nempe semisses, ex quib. vnum ferent heredes testatoris, alterũ integrum Sempronius, *d. l. interdum, in pr. de her. inst.* Hoc ideo, quia heredum nomen collectiuũ & idem coniunctiuum est, quo scilicet plures colligantur in vnũ corpus, & vna ratione idem confirmatur *in l. si quis, in pr. de vsufr. accres.* Hinc nata est dubitatio huius coniunctionis, an idem dicendum sit, si testator filio impuberi ita substituerit heredem: *Quisquis mihi heres erit, & Sempronius filio meo heredes sunto.* Non enim videtur referre, vtrũ testator dixerit, *omnes heredes mei*, an vero, *quisquis mihi heres erit.* Et Iustinianus constituit nõ idem esse, sed si duo heredes testatoris fuerint, & his adiectus Sempronius, pro numero personarum & capitum hereditatem impuberis dirigi. Itaque non duos semisses fieri, sed tres trientes, ex quibus singuli heredes vnum ferant.

Recte Iustinianus. Ratio enim differentiæ non est obscura, nam hæc oratio, *heredes mei*, collectiua est, & proinde coniunctiua: Verbum autem *quisquis*, distributiuum est, ac proinde disiunctiuũ. Cum enim testator dicit: *Quisquis mihi heres erit*: perinde est quasi ita dixisset: *Siue hic mihi heres erit, siue ille, siue omnes quos scripsi heredes, & Sempronius, heredes sunto*, quam orationem totam esse disiunctiuam apparet. Ex eo quæsitum est de hac forma, si testator impuberi filio ita substituit, Titius & Sempronius cum heredib. meis, filio meo impuberi heredes sunto, an hic Sempronius & heredes sint coniuncti, in vnum corpus, ac proinde vnius personę vice fungi debeant, vt sic hereditas diuidatur in duos semisses, ex quib. vnũ capiat Titius, alterum Sempronius cũ heredibus testatoris? Et placuit in hac oratione heredes, non magis coniungi cũ Sempronio, ac cum Titio, sed perinde habendũ, quasi testator ita dixisset: *Titius & Sempronius & heredes mei filii heredes sunto.* Proinde hereditatem filii in tres trientes diuidendam esse, ex quibus primum habeat Titius, alterum Sempronius, tertium heredes scripti. Quod diserte scriptum est *in d. l. si quis auo in fin. de vsufr. accres.*

Hinc altera dubitatio huius cõstitutionis, an idem probandum in hac substitutione: *Filius cum filiis suis, ac Sempronius heredes sunto?* Et Iustinianus constituit hic duas tantum esse partes faciendas, ex quibus vna pars ad filium cum filiis eius, altera solida ad Sempronium referatur. Hic obiicitur *d. l. si quis auo, de vsufru. accresc.* Respondeo: Dissimiles esse species horum locorum. Nam hic filius nominatus est cum filiis suis, hic filii in vnam orationem & vnum corpus coniunctim intelliguntur, non propter conditionem orationis, sed propter conditionem personarum. Nam filii cum patre coniuncti sunt, filii autem & patris vna & eadem persona intelligitur, quæ ratio redditur in hac constitutione, qua satis admonemur non idem etiam dicendum fuisse, si alii extranei cum Titio coniuncti essent: veluti si ita dictum esset, *Sempronius & Titius cum heredibus meis heredes sunto.*

AD

## AD TITVLVM XXVII. COD.

### De necessariis seruis heredibus instit.

SVMMARIA.

1 *Seruus proprius institui potest testamento domini non aliter, quam cum libertate.*
2 *Domina adulterii cum seruo commissi rea, eum heredem facere non potest.*
3 *Debitor, qui soluendo non est, heredem testamento seruum instituere non potest.*
4 *Seruus an sine libertate heres institui possit.*
5 *Liberti appellatio supponit manumissionem praecedentem.*
6 *Libertus quis sit.*
7 *Dominus si aliquid legauerit seruo proprio, an legatum inutile sit, an vero valeat.*

Etiam seruus proprius testamento domini heres institui potest, vt dictum *ad tit. de hered. inst. tit. Inst. de hered. inst.* Sed is † non aliter, quam cum libertate, vt idem prius liber sit, deinde heres, quoniam non est testamenti factio nisi cum ciuibus Romanis, *l. 1. ad l. Falcid.* Huius rei argumentum est, quod si seruus a domino prius institutus sit, & libertas ei data sit sub cõditione: institutio heredis differtur in id tempus, quo libertas data est, *l. 3. §. 1. de hered. inst.* Quod confirmatur *in l. vlt. hic.* Quia ante euentum conditionis liber esse non potest, nec potest esse heres domino, nisi prius liber sit, id est, ciuis Romanus. Atque hinc etiã consequens erat, vt deficiẽte conditione libertatis, seruus neq; liber fieret, neq; esset heres. Sed Iustinianus hanc distinctionẽ adhibuit *in d. l. vlt. ỹ.* vt siquidem seruus liber esse iussus erit, sub ea conditione, quæ in potestate eius esset, neq; ei paruisset, non sit liber, eoque nec heres. Sin libertas data sit, sub conditione aut casu alio, nihilominus deficiente conditione seruus liber fiat, & heres, etiamsi hereditas soluendo non sit. Interim hoc manet, non prius seruũ heredem futurum, quam si liber erit, eadem de caussa, quos quis testamento nõ potest manumittere, eosdem nec heredes testamento potest instituere.

Hinc tria genera dominorum, qui seruum proprium heredem instituere non possunt. Domina adulterii † cum seruo cõmissi rea, eum seruum heredẽ facere nõ potest, quia & liberũ facere prohibetur, §. *est tamen casus. Inst. de hered. inst.* Debitor † qui soluẽdo non est, heredẽ testamento seruũ instituere non potest, quia nec potest manumittere in fraudẽ creditorũ, vetante l. Ælia Sentia, nisi vnum instituat, qui ei heres sit solus & necessarius, *tit. quib. ex cauſ. man. in pr. tit. de hered. inst. in pr.* Quod etiam confirmatur *in l. is qui. ỹ. h.* Et hic tamen additur exceptio, nisi is qui solus heres instituitur, sit aliis creditoribus pignori obligatus, *d. l. is qui soluendo.* Et hoc tertium genus est eorum, qui seruum manumittere non possunt, si qui seruum pignori obligarunt, neque debitor, neq; pignus alienando, neque manumittendo, neq; legando, neq; quouis alio facto deteriorem conditionem creditoris sui facere potest, *l. debitor. de pignor.* Sed hoc ita, si modo seruus obligatus sit specialiter: nam bonis generaliter tantum obligatis, licet domino etiam seruũ manumittere, ac ꝓinde instituere, vt liber & heres fiat, *l. ab eo. de seru. p. g. dat. manumiss. l. est differentia, quib. in caussis pig. non contrah.* Atq; hæc omnia efficiuntur ex eo, quod nemo dominus seruum proprium instituere potest, nisi cum libertate, & post constitutiones Iustiniani postremas.

Quid sibi vult † igitur, quod Iustinianus *in d. tit. de hered. instit. in pr.* ait, *Ex sua constitutione seruum heredem institui posse etiam sine libertate?* nimirum hoc sentit, posse institui sine libertate nominatim adscripta. Hoc enim est, quod constituit præter ius, ꝙ ius prius obtinebat: nam ita prius iuris erat, vt seruus proprius institui nõ posset, nisi aperte ei etiã testamento libertas data esset, & hoc secundũ pluriũ sententias, vt ibidem dicitur: Ex quo nata est dubitatio & responsum *l. cum seru. ỹ. h. t.* Testator seruos suos ita heredes instituerat: *Stychus & Pamphilus liberti mei heredes sunto,* neq; adiecit, *& liberi sunto.* Quæsitum est, an institutio valeat? Resp. summo iure non valere, sed benigna interpretatione eam scripturã sic accipiendam, quasi testator heredes & liberos esse iusserit, sed hac ratione, quia instituit sub appellatione libertorũ. Nam liberti † appellatio supponit manumissionẽ ꝑceden- 4 tem. Est n. libertus is, † qui ex iusta seruitute manumissus est *tit. de libert.* Ex quo satis intelligitur, si sub hac appellatione heredes instituti nõ essent, heredes etiã futuros non fuisse, vtpote inutili institutione cõstituta, cui libertas verbis adscripta non esset. 5 6

Sed Iustinianus constituit, vt etsi serui sine libertate instituti sint, id est libertate nominatim non adscripta, tamen libertas tacite data intelligatur, vt instituti simul liberi fiant, & heredes, quemadmodum veteribus placuit, vt si seruus proprius tutor datus esset, libertate non adscripta, nihilominus & liber & tutor esset. Hoc Iustinianus *in l. quidam. in pr. & §. 1.* quia prius non obtinebat, merito scripsit, §. *idemque iuris. Instit. quib. ex caussis manumitt.* se hoc constituisse noua ratione. Recte *noua*, quæ prius non obtinebat: & tamen non minus vere idem scribit *sub tit. de hered. instit.* se hoc non induxisse vt nouam sententiam, & nullis iuris auctoribus ante probatam. Noua igitur constitutio est, si ius spectes, non noua sententia, si eos spectemus, quibus antea placuit.

Hoc autem iure posito consequens est, quod scribitur *in eadem l. quidam. §. sed cum vet. ỹ.* vt si testator seruum testamento suo heredem instituerit, libertate nõ adscripta, deinde codicillis ei libertatẽ dederit, nihilominus is testamento & liber sit & heres. Ante constitutionẽ Iustiniani institutionẽ non valere, quia codicillis hereditas dari nõ potest, §. *codicill. Inst. eod.* eoq; nec libertas ex qua hereditas consequitur: sed hoc post constitutionẽ Iustiniani nõ metuimus. Etsi enim etiã nunc frustra hereditas & libertas, per quã hereditas sequitur, codicillis dari, tamẽ codicillis libertatẽ datam in specie proposita nihil nocere. Nam etsi omnino libertas seruo data non esset, nihilominus institutio valet ex superiori constitutione, tanꝗ libertate tacite data. Multo igitur magis valebit libertate codicillis data, etsi inutiliter data sit.

Per occasionẽ huius constitutionis quæsitũ est, an si † dominus aliquid legauerit seruo ꝓprio, legatum 7 inutile sit, quasi libertate non data; an vero legatum valeat, quasi per legatum libertas tacite data sit, vt in institutione serui supra fieri dictum? De hoc Iustinianus cauit, ne idem ius exstet in legato, quod in institutione, vt si seruo legatum datum sit non adscripta libertate, non ideo seruus liber fiat, & tamen legatum ita valeat, vt præstetur seruo hereditatis ratione, *hoc in dicta lege quidam. §. sed cum vet. versic. illo etiam obs.* Sed cur non idem constituitur in legato, quod seruo relictum est, quod instituit in serui institutione, cum non magis iure ciuili seruo heredi

legatum dari possit, quam seruus heres institui? Differentiæ ratio est, quia qui heredem instituit, sua caussa instituit, proinde qui heredem esse vult, ea etiam velle intelligitur, sine quibus heres esse non potest. At qui legat seruo, serui caussa legat, & ideo non continuo velle intelligitur, vt liber fiat, quoniam potest testamentum non valere, vt nihil intersit testatoris. Huc accedit, quod seruus heres esse non potest, nisi sit liber: at ex constitutione Iustiniani, etiam seruo legatum præstari debet, quamuis liber non fiat. Proinde etiam post hanc constitutionem manebit id quod dicitur *in l. si serui. infr. h.* vt si seruo proprio aliquid legatum sit, libertate ei nominatim non adscripta, non eo magis fiat liber, quamuis legatum ei datum sit sub appellatione liberti, de quo dictum *ad l. ex his verbis. sup. de test. milit.*

Ex eadem constitutione de libertate tacita data sunt & alia consequentia, de quibus cauet Iustinianus *eadem l. quidam.* In quibus est illud, vt si idem seruus heres institutus sit a domino libertate non adscripta, & idem legatus eodem testamento, is nihilominus liber sit & heres, & quoniam non simul potest esse liber & legatus, fit etiam vt inutile sit legatum, *hac in pr. & §. 1.* Non obstat, quod dicitur in testamentis manumissionem scriptam valere, *l. 12. §. vlt. de leg. 1.* hoc enim in libertate locum non habet. Nam si alicui libertas data sit, & idem sit legatus, ea scriptura valet quæ tribuit libertatem, nisi manifeste appareat aliud sensisse testatorem, & hoc fauore libertatis, *l. si pecul. præleg. §. vlt. de milit. testam.* Eodem pertinet *l. quod dicitur, cum seqq. de condit. & demonstr.* Sicut autem Iustinianus voluit seruum a domino institutum simul libertatem accepisse videri, proinde libertas legato præualebit, vnde eueniet vt legato inutili instituto, seruus & liber fiat & heres domino suo.

Ex eadem ratione consequens est, vt si idem seruus pure legatus sit & institutus heres sub conditione, legatum statim non sit inutile, sed exspectari debeat euentus conditionis, sub qua seruus heres institutus est. Id constituit Iustinianus *in eadem l. quidam. §. vlt.* in hoc exemplo: Dominus seruum legauit Titio, eundem seruum secundis tabulis substituit filio suo impuberi heredem, si filius intra pubertatem decesserit. Veteres in hac specie idem statuebant, primum hunc seruum liberum non esse, quia non esset heres institutus adscripta libertate. Hinc consequens erat, vt legatum serui valeret. Quod ad substitutionem attinebat, quidam putabant, omnino hanc non valere, quod substitutus esset seruus proprius testatoris, sine libertate. Alii putabant valere, quod cum seruus legatus esset, videretur substitutus esse seruus alienus. Ex quo consequens erat, vt legatarius idemque dominus huius serui legati efficeretur heres ex persona, postea quam iussu legatarii hereditatem adiisset. Iustinianus omnia contra, vtpote superiori suæ constitutioni consequentia. Nam primum ex constitutione seruus heres institutus liber erit, hoc ipso, quod substitutus est libertate seruo data, consequens est, vt legatum serui sit inutile, si modo conditio libertatis exstiterit. Erat autem hæc conditio substitutionis & libertatis, si filius intra pubertatem decessisset. Proinde placet, exspectari debere euentum huius conditionis, vt siquidem filius impubes decedat, seruus liber fiat & impuberi heres, legatario autem nihil deberetur. Si autem filius intra pubertatem non decessisset, tunc vtiliter legatus seruus intelligatur, vt qui neque liber factus sit, neque heres ex domini testamento.

Seruus ita institutus a domino, vt dixi, vt fit liber, ita domino fit heres, sed necessarius, non voluntarius, id est, ita vt fiat heres, siue velit, siue nolit, *§. 1. Instit. de hered. qual. & differ.* Sed duo concurrere oportet, primo vt sit a domino institutus, deinde vt ex domini testamento vtrumque consequatur & hereditatem & libertatem, *§. seruus autem. Instit. de her. instit.* Primo a domino institutũ esse oportet. Hinc quæstio eiusmodi *in l. 3. h.* Tutor pupilli sui ancillam contubernio sibi iunxit, & moriturus eam liberam esse iussit testamento, & quidem instituit. Quæsitum est, an sit tutori heres necessaria & libera? Mouet dubitationem, quod tutor pro domino habetur, *l. tutor qui tutelam. de administr. tut.* Respondetur, ancillam non magis eo liberam futuram. Quod ad institutionem attinet, ipsa adire hereditatem potest, sed iussu pupilli sui domini, qui cum extraneus sit, voluntarius erit heres non necessarius. Non obstat, quod tutor dicitur loco domini esse. Hoc enim sic temperatur, dummodo tutelam administraret, non si pupillum spoliet & priuet suis bonis, vt fit cum seruas impuberis manumittere vult, *l. qui fundum. §. si tutor. ff. pro empt.*

Etiam alterum illud exigitur, vt seruus quem necessarium heredem esse volumus, non tantum consequatur hereditatem testamento domini, sed etiam libertatem. Quare si libertatem aliunde consequitur, fit arbitrio suo heres, *d. §. seruus autem. Instit. de hered. instit.* Hinc rursum nata dubitatio *legis cum quidam. h.* in specie huiusmodi: Dominus seruum suum testamento suo liberum esse iussit, & in secundis tabulis eundem seruum filio suo impuberi substituit. Mortuo domino heredes testamento instituti heredes exstiterunt, & eodem tempore seruus liber factus est. Moritur deinde filius impubes, cui hic seruus substitutus erat. Seruus libertate quasi ex alio testamento accepta, quam ex testamento pupillari, non vult hereditatem adire. Quæritur an fiat heres impuberi necessarius, nec ne? Mouet dubitationem, quod ex eodem gradu, id est, eodem testamento pupillari seruus non consequitur libertatem & hereditatem. Iustinianus constituit, nihilominus seruum impuberi necessarium heredem futurum, & recte, & secundum regulam suprascriptam traditam *in d. §. seruum.* Nam testamentum patris & filii, vnum testamentum est patris, *l. patris & filii. de vulg. & pupill.* Quod si verum est, consequens est hunc seruum, tametsi ex primo gradu libertatem consequitur, ex secundo autem hereditatem, nihilominus vere dici vtrumque accipere ex eodem testamento domini.

Quod dicitur, seruum necessarium heredem domino fieri, hanc vim habet, vt seruus heres factus obligetur creditoribus hereditariis in solidum, siue sit hereditas soluendo, siue non sit, vt proinde si vendantur bona, dicantur bona serui venundari, non domini defuncti, *l. morte. de acquir. hered. §. vlt. Instit. de her. qual.* Et ad hoc onus defugiendum nihil seruo prodest, si minor erit annis. Nam aduersus hanc necessitatem nulla est restitutio in integrum, *l. necessariis. in fin. de acquir. hered.* Et merito. Quia restitutio lapsis datur & aliquid gerentibus: non labitur autem vel decipitur is, qui iure communi vtitur, id est, vtitur necessitate iuris communis, *l. vlt. supr. de in integr. rest. min.* Et hoc sine exceptione verum est, quatenus

pa-inn-

patiuntur facultates patroni defuncti. Quod si seruus post mortem patroni aliquid acquisierit, placet id non attingi, si modo separationem bonorum seruus impetrauit, quam impetrare potest, *d. §. vlt. de her. qual. & diff. l. 1. §. vlt. de separ. bon.* Verum hæc separatio sub conditione conceditur, si seruus eam tunc petat, cum bona patroni nondum attigit, nam si se iis immisceat, sera petitio est, *d. l. 1. §. vlt.* Sed hoc ita, nisi sit minor qui hereditatem patroni attigit. Nam hic in integrum restitui potest, vt est *in l. ait prætor. §. non solum. de minor.* Quod sic accipiendum est, vt restitui possit, non vt non sit heres, quod nullo modo ei conceditur, *d. l. necessarius. in fin. de acquir. her.* sed vt possit impetrare separationem, quam rebus integris poterat, cum nondum facto suo hereditati se obligasset.

## AD TITVLVM XXVIII. COD.
### De liberis præteritis vel exheredatis.

SVMMARIA.

1 *Liberi omnes aut heredes instituendi aut exheredandi.*
2 *Particula* Omnes *quid in se contineat hic.*
3 *Liberi si non exheredantur, saltem ex aliqua parte instituendi sunt.*
4 *In forma exheredationis quæ sint obseruanda.*
5 *Liberi exheredandi sunt nominatim, & pure & simpliciter.*
6 *Dictio* Nominatim *quid significet.*
7 *Filius simpliciter exheredatus vtrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab vno tantum, & si ab vno, a quo exheredatus intelligatur.*
8 *In caussis exheredationis quæ requirantur.*
9 *Præteriti testamento qui dicantur.*

IN his, quæ testamento cauentur, quę desiderantur ad vim testamenti, non tantum hoc est, vt quis heres instituatur testamento, sed præcipuum ius est in liberis exheredandis vel instituendis, *l. inter. de lib. & posth.* de quo agitur hoc tit. cuius est hæc summa: Liberos omnes, quos quidem nemo gradu præcedit, aut heredes instituendos aut exheredandos esse, neque institutos, neq; exheredatos testamento, præteritos videri. Prętеritionis hanc esse pœnam constitutam, vt testamentum vel a patre inutile sit, vel postulantibus iis, qui præteriti sunt, rescindatur. Hinc inscriptio de liberis præteritis, quia hic traditur, quæ sit pœna præteritionis: non dicitur de liberis institutis & exheredatis, sed vtrumq; eandem significationem habet. Nam qui dicit, prętеritionis pœnam constitutam esse, hoc dicere intelligitur, liberos ad hanc pœnam euitandam instituendos, aut exheredandos esse. Adiicitur de liberis exheredatis, quoniam præcipue hic traditur, quando liberi sint exheredandi, & quibus de caussis. De institutis nihil adiicitur, quia quomodo instituendi sint liberi, dictum est *in l. 4. §. de instit. & substit.* Hæc pluribus explicanda sunt, vt quæstio & partes huius tituli intelligantur.

Primum igitur de liberis ita statuendum est. Libe-
1 ri † omnes, qui modo pari conditione sunt, aut heredes instituendi aut exheredandi sunt, *§. sed hoc idem. Instit. de exher. lib. l. maximum. infr. & Auth. non licet.*
2 *infr. h.* Dixi *omnes*, † quia placet hoc ius ad omnes liberos pertinere. Primo sine exceptione sexus, vt non minus filiæ instituendæ sint aut exheredandæ, quam filii. Item sine exceptione gradus, vt non minus instituendi aut exheredandi sint nepotes & deinceps reliqui liberi in infinit. quam filii, *l. maximum. infr. h.* Postremo etiam sine exceptione potestatis: nam qui liberi in potestate sunt, instituendi sunt aut exheredandi iure communi, *tot. titul. de exhered. liber. in prin.* Emancipati vero præterea *§. emancipati. Institut. eod.* Reliqui qui nunquam in potestate parentis fuerunt, vt sunt filii matris aut auiæ, item nepotes auo materno, hi institui aut exheredari debent eo iure, quo constitutum est de querela inofficiosi testamenti, *§. vltim. Institut. eod.* Solum hoc exigitur, vt liberi sint primi gradus. Nam filio viuo non est, vt nepotes instituantur aut exheredentur, de quo *in l. 2. infra.*

Non solum autem liberi institui aut exheredari debent, sed certo modo, & certis legibus institui aut exheredari iubentur. Si instituuntur pure, potest etiam substitutio sub conditione fieri, quæ sit in eorum potestate. sub alia conditione non potest, nisi sub contraria exheredentur, de quo *in l. 4. sup. de inst. & subst.* vbi dictum. His autem rebus obseruatis, nihil refert quota ex parte liberi heredes sint instituti. Qui ex vna vnciola hereditatis heres est institutus, recte institutus est vt testamentum valeat. Debet quidem filius legitimam partem habere, olim quartam, nunc trientem ac semissem pro numero liberorum, *l. Pap. §. quoniam. de inofficios. testament. Nouell. de trient. & semiss. §. 1.* Sed qui ex aliqua parte institutus est, hanc portionem legitimam supplebit ex his, quæ ei ex testamento relicta erunt: si nihil relictum erit amplius, aut relictum ad legitimam portionem non sufficiat, constitutum est a Iustiniano, vt, institutione firma manente, agat filius ad supplementum reliquæ legitimæ, *l. omnino. infra. de inoffic. of.*

Interim hoc † exigitur, vt liberi instituantur saltem aliqua ex parte, nisi exheredentur, quod diserte cautum est *Nouell. 12. vt cum de appellat. §. aliud quoque. capit. nam.* Obstat nouella de triente & semisse, §. 1. vbi dicitur, ad trientem suppleri omnia relicta, siue sint relicta iure institutionis, siue iure fideicommissi, legati aut donationis caussa. Nam iis verbis non cauetur de iis, quæ desiderantur ad vim institutionis, sed de iis, quæ in legitima portione imputentur. Fatemur omnia relicta imputari, sed dummodo supponatur prius testamentum valere. Cognoscimus autem ex alia eiusdem Iustiniani constitutione, non valere testamentum, nisi aliqua ex parte liberi instituti sint. Sunt igitur instituendi etiam, quamuis priori illa Nouella de triente nominatim scriptum esset, licere parenti totam legitimam partem implere filio legatis & fideicommissis; tamen cum Nouella *vt cum de app. cognosc.* posterior sit, priori derogat. Per posteriorem intelligimus, si quis liberos instituere non vult, potestas est exheredandi, quod quibus verbis recte fiat, dicitur *l. 3. infr.* 3

Sunt autem exheredandi certa ratione & modo, partim in forma exheredandi, partim in exheredationis caussis. In † forma exheredationis hæc obseruanda sunt. Debet † liberi exheredari nominatim, quod ius porrectum est constitutione Iustiniani & ad filios & ad nepotes, *l. maximum. h.* Nominatim † non significat, nomine filii appellato, sed filio aliquo signo aut aliqua demonstratione ita designato, vt intelligatur, de quo testator sentiat, quod declaratur *in l. 1. 2. & 3. in princ. ff. h. & in §. nominatim. Institut. de exhered.* 4 5 6

*lib.* Debent præterea exheredari pure, non sub conditione, quoniam certo iudicio exheredandi sunt, *l. 3. §. pure. ff. eod.* Et hoc ideo, quia si sub conditione exheredati sint, contraria conditione instituuntur, *d. l. 4. sup. de inst. & subst.* Debent exheredari simpliciter hoc modo: *Filius meus exheres esto*: aut si quid adiicitur, debent exheredari ex hereditate, non autem ex re certa, vtpote hæc exheredatio inutilis est: *Titius meus ex rebus Italicis exheres esto. l. cum quidam. ff. eod.*

Obstabat huic sententiæ, quod receptum est, filios ex re certa, puta ex fundo recte institui. Quod vt institutio valeat perinde accipitur, quasi institutus esset detracta fundi mentione, *l. 1. §. si ex fundo. de hered. instit.* Respondeo: sciendum *in d. l. cum quidam*, hanc institutionem recipi, non summo iure, sed quia benigne interpretamur institutionem quasi fundi mentio non esset adiecta. Hæc benignitas & hereditatis interpretatio non est admittenda in exheredatione: est enim exheredatio res odiosa, quæ interpretatione adiuuanda non est.

Postremo debent liberi ab omnibus heredibus & ab omni gradu heredum exheredari, id est, tam ab institutis, quam a substitutis, si forte testator plures gradus heredum in testamento fecerit: si ab vno tantum ex heredibus institutis filius exheredatus sit, inutiliter exheredatur, *l. 3. §. filius. ff. eod.* Si ab vno aliquo gradu exheredatur, is gradus valet solus, is non valet a quo est præteritus *l. 14. si posthumus. §. quod enim vul-*
7 *go. ff. eod.* Hinc quæsitum, † cum filius simpliciter exheredatus est, vtrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab vno tantum, & si ab vno, a quo intelligatur exheredatus? Quæstio est *l. 1. infr. h.* vbi explicabitur.

8 In caussis exheredationis † hoc ius est, vt non nisi meritis de caussis liberi exheredentur, quæ caussæ, quot & quales sint, & quid in iis obseruandum videatur, dicetur *Auth. non licet. infr. h.* Si autem omnino instituti liberi non sunt, aut non exheredati, aut sunt quidem vel instituti vel exheredati, sed non vt opor-
9 tet, hi sunt † quos præteritos testamento dicimus, *§. eadem. Instit. de hered. quæ ab intestato.* Præteritioni pœna constituta est, sed varia, prout sunt liberi, de quo dicetur partim *in Auth. ex caussa*, partim *in Auth. non licet. infr. h.*

*Ad L. 1. Cum post omnes.*

Imp. Antoninus A. Fauiano.

*Cum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adiiciat testator ab omnibus se gradibus exheredare: non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiam si id non adiiciatur, appareat tamen eum id eo consilio scripsisse, vt ab omnibus exheredaret: recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias filiis institutis & inuicem substitutis, filium exheredauerit, intelligendus est exheredationem ab vtroque gradu fecisse, &c.*

SVMMARIA.

1 *Filius exheredatus a patre, vtrum ab omnibus heredum gradibus, an ab vno tantum intelligatur exheredatus.*
2 *Filius quando dicatur exheredari inter medias heredum institutiones.*
3 *Filio post omnes gradus exheredato, quid iuris sit.*
4 *Filius inter duos gradus exheredatus, ab vtroq; gradu intelligitur exheredatus.*
5 *Filius exheredatus inter medias heredum institutiones, a toto gradu exheredatus videtur.*

A Quo gradu filius præteritus est, is gradus non valet. Regula est iuris, tradita *in l. si posthumus. §. quod vulgo. ff. eod.* Hinc quæstio, cum † filius exhere- 1
datus est a patre, vtrum ab omnibus heredum gradibus institutorum & substitutorum intelligatur esse exheredatus, an ab vno tantum? Hæc quæstio deciditur partim hoc loco, partim *l. 3. §. filius. vsque ad fin. ff. eod.* Ex quibus coniunctis locis hæc sententia efficitur de ea quæstione. Si testator expressit, a quibus gradibus, quibusve heredibus vellet filium exheredatum esse, voluntas seruanda est. Itaque si nominatim filium exheredauit ab omnibus gradibus, is ab omnibus exheredatus est, vt hic respondetur *in pr.* Qua ratione si dixit se ab vno gradu exheredare, ab eo solo gradu filius exheredatus est. Similiter & si dixit, se ab vno herede exheredare, ab eo solo exheredatus filius intelligitur, quo casu exheredatio plane nullius est momenti, *d. l. 3. §. filius.* Quod si testator simpliciter filium exheredauit, hic sequimur quod verisimile est sensisse testatorem. Quid autem hic senserit, de eo varie statuitur pro loco quo exheredatio est scripta. Est autem varietas hæc scripturæ in eo. Nam aut filius exheredatur ante heredis institutionem, aut post omnes gradus, aut inter duos gradus, aut in vno gradu inter medias heredum institutiones.

Quid sit ante heredis institutionem, quid sit post omnes gradus, quid sit inter duos gradus, notum est. Inter † medias autem heredum institutiones dicitur 2
filius exheredari, cum pluribus heredibus institutis, inter eorum institutionem exheredatio filii interiicitur hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto, Filius meus exheres esto, tertius & quartus heredes sunto.* Igitur si filius ante heredis institutionem exheredatur, ab omnibus gradibus exheredatus intelligitur, *d. l. 3. §. ante hered.* Quia hoc consilio exheredatio in capite testamenti posita est, vt ad totum testamentum pertineret posita est enim fundandi testamenti caussa. Si † post omnes gradus filius exheredatus sit, casus 3
est huius rescripti, de quo ita respondetur: Filium hoc casu ab omnibus gradibus, id est, tam a substitutis, quam institutis exheredatum videri, si iidem instituti sint, qui & substituti, quod contingit, cum testator quos heredes prius instituerat, eosdem postea inuicem substituit. Et merito hoc casu exheredatio ad vtrumque gradum pertinet. Nam constat eam pertinere etiam ad proximum gradum substitutorum. Non potest autem a substitutis filius exheredari in hac specie, quin ab institutis exheredetur, qui iidem erant instituti, qui & substituti sunt.

Ex hac conditione liquet, non idem probandum esse, si alii substituti sint, quam prius instituti erant, proinde filium extremo loco exheredatum, solum a substitutis exheredatum videri, non item ab institutis, argumento certissimo ducto per contrarium, *arg. l. 1. §. interrogatio huius, de offic. eius cui mand. est iur.* Idque etiam intelligitur ex ratione, quam tradidimus supra, quæ in institutis & inuicem substitutis locum solum habet, cessat autem in substitutis, qui non sunt instituti. Proinde etiam huic iuri locum non esse dicemus, *argumento l. quod dictum, de pact.* Si † inter du- 4
os gradus filius exheredatus est, ab vtroque gradu exheredatus intelligitur, *d. l. 3. §. ante heredis.* Idque omnino consequens est superioribus. Nam secundum ea, quæ dixi, exheredatio subiecta ad proximum præcedentem gradum, præposita ad omnes sequentes per-

tes pertinet. Idem placuit, si testator ita exheredarit filium inter duos gradus, vt gradus misceret, seu vt gradibus misceret exheredationem, quod ita fit, cum duobus heredibus institutis & in vnius locum substitutione facta filium exheredat, deinde in alterius heredis locum alium substituit, hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto, si primus heres non erit, tertius heres esto, filius exheres esto, si secundus heres non erit, quartus heres esto*, hoc in *d.l.3.§.in eo.*

5 Quod † si testator filium exheredarit inter medias heredum institutiones, placet filium a toto gradu exheredatum videri, id est, ab omnibus heredibus institutis, tam qui scripti sunt ante exheredationem, quam qui postea, *d.l.3.§.filius.* Idque etiam plane his consequens, quæ dixi de exheredatione inter duos gradus interiecta, vt scilicet exheredatio tam ad præcedentem, quam ad sequentem gradum pertineat. Quod de pluribus gradibus dicitur, id nunc dicimus in pluribus personis. Verba autem Vlpiani in hac re expendenda sunt. Non dicit hoc casu filium exheredatum ab omni gradu, vt intelligeremus non esse exheredatum a substitutis, sed ab institutis tantum, in quorum institutione inclusa est exheredatio. Sed dixit *a toto gradu*, vt intelligeremus, non a proximis tantum heredibus institutis exheredatum esse, sed ab omnibus etiam remotis, qui eo gradu instituti sunt. Optima ratione, quia non potest exheredatio casu hoc valere, nisi intelligatur ab omnibus heredibus institutis facta esse. Nam si fingamus, ab vno aliquo herede filium esse præteritum, totus is gradus non valet, *d.l.3.§.filius.*

*Ad L.2. Si auus.*

Imp. Alexand. A. Heraclidæ.

*Si auus tuus, qui patrem tuum & nouercam æquis portionibus heredes instituit, cum te quoque haberet in potestate, testamento nominatim non exheredauit, mortuo patre tuo viuo auo, sine impedimento legis Velleiæ succedendo in patris tui locum, rupisti aui testamentum, & ad te hereditas eius tota pertinuit. PP. 6. Id. Apr. Fusco II. & Dextro CC. 226.*

SVMMARIA.

1 *Si quis filium habet & ex eo nepotem, aut generaliter liberos plurium & diuersorum graduum, an omnes instituere aut exheredare teneatur; an sufficiat, si eum, qui primo gradu est, instituat aut exheredet.*

2 *Verba huius legis*, sine impedimento legis Velleiæ rupisti testamentum, *examinantur.*

1 SI quis † filium habet, & ex filio nepotem, vtrumq; in potestate, & generaliter si quis liberos diuersorum graduum habet, idq; plurium, non necesse habet omnes heredes instituere aut exheredare, satis est filium, & eum qui primo est gradu heredem instituat, aut nominatim exheredet. Nepos præteritus non infirmat testamentum, quamdiu filius, qui præcedit, viuat, & ideo a principio statim testamentum valet, *§.posthumorum. Inst. de exher. lib.* Et si filius moriente auo viuet, nunquam postea nepos, quamuis præteritus scriptis obstat heredibus, siue filius exstiterit auo heres institutus, vt ex hoc rescripto colligitur, siue non exstiterit heres, vtpote a patre exheredatus, *l.si quis posthumos. §.si filium. ff.eod. l.6. de iniusto rupto.* Idq; adeo verum est, vt quamuis filius exheredatus decesserit deliberantibus heredibus de adeunda hereditate, atq; ita desierit filius obstare nepoti: tamen non eo magis nepos obstet heredibus, vt declaratur suprascriptis locis duobus.

Optima ratione, quia spectamus tempus mortis testatoris, vt testamentum exitum habeat, quo tempore non fuit necesse nepotem heredem institui aut exheredari, cum eum filius præcederet, *l.si alienum. §.1. de hered. instit. §.in extraneis. Instit. de hered. qual. & differ.* Sed propter periculum rumpendi recte faciet auus, si filio instituto aut exheredato, nepotem quoque instituet aut exheredabit. Nam fieri potest, vt filius viuo auo moriatur: quod si contingat lege Velleia constitutum est, vt nepos in sui heredis deficientis locum suus heres succedat, & simul vt tanquam agnatione heredis rumpat testamentum, nisi sit institutus aut exheredatus, quod in proposita specie huius loci accidit, *§.posthumorum. Instit. de exhered. liber. l.posthumorum. de iniust. rupt.* Sed notandum est, quod in hac † lege subiicitur: *nepotem (præteritum videlicet) rumpere testamentum sine impedimento legis Velleiæ.* 2 Non potest dici rumpi testamentum sine impedimento legis Velleiæ, nisi lex Velleia aut impediat aut rumpat, aut impedire videatur. Atqui tantum abest, vt videatur impediri, vt eadem ipsa lege dicatur rumpi testamentum, si nepos, qui suus heres factus est, viuo auo non sit institutus aut exheredatus, *d.§.posthumorum.* Et intelligendum est, vtrumq; recte dici, legem Velleiam velle, vt hic nepos præteritus rumpat testamentum, & rursum videri legem impedire ne rumpat. Nam vt colligere licet *ex l.Gallus. §.ille casus. vers. denique. ff.eod.* posteriore parte legis Velleię cautum erat, vt si liberi qui gradu præcedunt, sui heredes esse desierint viuo auo, tunc nepos in suorum heredum deficientium locum suus heres succedat. Adiecit lex in eadem parte, *ne ob eam successionem eo minus ratum sit testamentum*, & hoc est, quod ait Scæuola *in d.§.* legem Velleiam in hac posteriori parte vetare testamentum rumpi, propter successionem superiorum. Itaque hactenus lex videtur impedire, ne nepos rumpat testamentum. Sed eadem parte legis Velleiæ hæc conditio adiicitur: *Si modo nepos institutus aut exheredatus erit.* Vnde intelligitur, si institutus aut exheredatus non erit, tunc sine impedimento huius partis nepotem rupturum testamentum aui, siue testamento hereditatem accipiendo, siue impediendo, quod lex impedire videbatur, ne rumperetur testamentum, re autem vera non impediebat.

*Ad L.3. Si quis.*

Imp. Iustinian. Ioanni PP.

*Si quis filium proprium ita exheredauerit*, Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat; *talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exheredatus intelligitur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris: verborum interpretatio nusquam tantum valeat, vt melior sensu exsistat. Dat. 10. Kal. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Formula institutionis & exheredationis veteribus vsitata.*

2 *An mutata formula exheredationis valeat exheredatio.*

QVemadmodum † institutionis formula vetus 1 hæc erat; Titius heres esto, *tit. de vulg. Inst. h.* sic exheredationis formula hæc erat; Filius exheres esto, *§.nominatim. & §.sequent. Institut. de exheredat. liberor. l.3. §.in eo. ff. de liber. & posthum.* Formulam institutionis si quis aliis verbis conciperet, dummodo idem

ſenſus eſſet, recipiebatur inſtitutio olim, citra controuerſiam, vt ſi teſtator ita dixiſſet: Titius hereditatis meæ dominus eſto, *l. his verbis. in pr. de hered. inſtit.*

2 Sed † non idem placebat de formula exheredationis, veluti ſi quis ita filium exheredaſſet: *Filius meus ab hereditate mea alienus fiat*, quæ conceptio hoc loco proponitur. Veriſimile eſt dubitaſſe veteres an exheredatio hæc valeret? Neque ad rem pertinere exemplum inſtitutionis, quoniam vt eſt *in l. cum quidam. de lib. & poſth.* inſtitutiones vt beneficia benigne accipiuntur, exheredationes vt odioſæ non ſunt adiuuandæ interpretatione.

Hanc dubitationem ſuſtulit Iuſtinianus hoc loco, & conſtituit, quibuſcunque verbis filius remoueatur ab hereditate patris ſcriptura teſtamenti, ſatisfactum eſſe iuri. Et generaliter definit, vbi ſententia teſtatoris manifeſta eſt, nunquam interpretationem verborum, id eſt, orationem, quæ aliis verbis formulam vſitatam interpretatur, nunquam inquam hanc orationem tantum valere poſſe, vt potior ſit ſententia teſtatoris, vbi verborum interpretatio ſignificat verborum ſenſum, vt interpretatur Accurſius. Alioqui hic eſſet ſenſus: Nunquam ſenſum verborum tantum poſſe, vt ſit potior ſenſu: quod eſt ridiculum & abſurdum.

Hoc loco non male opponitur *l. ſi alii. ff. de vſufr. leg.* vbi ſi teſtator legauerit fundum Tuſculanum vni, & vſumfructum eius alii, placet vtrumque in vſumfructum concurrere, quia fundi appellatione & vſusfructus & proprietas contineatur, ſecundum vim & ſignificationem verbi. Idque ita eſſe placet, quamuis errore teſtator aliud exiſtimauerit, vt ſic pluris ſcriptura valeat, quam id quod ſenſit teſtator. Bene reſpondetur vulgo, legem *ſi alii*, loqui de eo teſtatore, qui erret quidem, ſed non conſtet an velit ita eſſe, vt exiſtimat. Hæc inquam recte. Nam ſi teſtator declaraſſet, ſe fundum legando, non amplius legare velle, quam fundi proprietatem, nemo dubitaret, quin eius voluntas ſeruanda eſſet. Nemo dicere intelligitur, quod non ſentit, etiamſi verbo exprimat, *l. 3. de reb. dub.* Huc pertinet generale illud; voluntatem in teſtamentis dominari, nec præter voluntatem quicquam ratum eſſe, *l. 12. de leg. 1. l. ex pacto. §. rerum. de hered. inſtit.*

*Ad L. 4. Maximum vitium.*

Imp. Iuſtinian. A. Ioanni PP.

*Maximum vitium antiquæ ſubtilitatis præſenti lege corrigimus, quæ putauit alia eſſe iura obſeruanda in ſucceſſione parentum, ſi ex teſtamento veniant, in maſculis, & alia in fœminis, cum ab inteſtato ſimile ius vtrique ſexui ſeruauerint. Et aliis verbis exheredari filium debere ſanxerunt, aliis filiam, &c.*

SVMMARIA.

1 *Differentia filiorum & filiarum, nepotum & filiorum, item poſthumorum & iam natorum, in materia inſtitutionis & exheredationis olim quæ fuerit, & quæ nunc ſit. & nu. 2.*

3 *Effectus liberorum ad infirmanda teſtamenta quis & quomodo accipiendus.*

1 CVm † de liberis inſtituendis aut exheredandis agitur, alia erat conditio filiæ, quam filiorum: nepotis quam filii, poſthumi quam iam nati. Nam filias non erat neceſſe inſtituere aut exheredare vt filios. Illis præteritis valebat teſtamentum, ſed accreſcebat heredibus ſcriptis, fratribus quidem pro rata portione, extraneis autem ſcriptis heredibus pro ſemiſſe, quem ſemiſſem illis auferebant, *l. Theophilus. §. 1. de exhered. lib.* Quod ſi filiæ exheredabantur, non erat neceſſe exheredari nominatim, vt filios, ſed poterant inter ceteros exheredari, vtputa, *Primus & ſecundus heredes mihi ſunto, ceteri exheredes ſunto.* Hoc verbo *ceterorum* intelligebantur contineri filiæ, ſi quas haberet teſtator, *§. 1. Inſtit. de exher. lib.* Eadem nepotum erat conditio quæ filiarum, ſi modo nepotes viui eſſent, & nemo eos gradu præcederet, vt eſt *in eod. §. 1. de exhered. liber.* Poſthumorum hæc erat conditio, vt ſiue maſculi eſſent ſiue fœminæ, pariter inſtitui aut exheredari deberent. Sed hoc intererat, in exheredatione, quod maſculi nominatim exheredandi erant, fœminas licebat exheredare inter ceteros, dummodo eis aliquid relinqueretur teſtamento, ne præteriti viderentur per obliuionem, *§. poſthumi. Inſtit. de exher. liber.*

Iuſtinianus † hac conſtitutione ſuperiore differentia ſublata, exæquauit fœminas maſculis, nepotes filiis, poſthumos iam natis. Et conſtituit vt pariter omnes inſtitui debeant aut exheredari, & ſi exheredentur, vt exheredentur nominatim omnes; ſi aliter factum ſit, cauet vt omnes liberi eundem effectum habeant ad teſtamenta parentum infirmanda, quem habent filii, tam ſui, quam emancipati. Differentiæ, quas dixi, exponentur *in tit. de exhered. lib. §. 1. & ſeq.* Summa autem huius conſtitutionis comprehenſa eſt *in §. ſed hæc quidem. eod. tit.* Notandum eſt, quod Iuſtinianus dicit de eo effectu, quem vult liberos habere ad infirmanda teſtamenta. Is † autem erat, vt ſi filii præteriti in poteſtate eſſent, teſtamentum iam a principio nullius eſſet momenti: ſin liberi eſſent emancipati, vt teſtamentum iure valeret, ſed reſcinderetur bonorum poſſeſſio contra tabulas petita, *§. emancipati. Inſtit. de exhered. lib.* Iuſtinianus intelligit, præteritis filiabus, præteritis item nepotibus idem iuris futurum, vt ſi in poteſtate fuerint filia, vel nepotes, teſtamentum nullius ſit momenti. Sin autem emancipati erunt, habeant bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quod de liberis viuis accipiendum eſt: nam poſthumis præteritis, non infirmatur teſtamentum, niſi iis natis. Quod & in fœminis & nepotibus poſthumis eodem modo obſeruandum eſt. 2 3

*Authent. Non licet.*

*Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare vel præterire, niſi is probetur ingratus, & ingratitudinis cauſſas nominatim inſerat teſtamento. Cauſſæ vero ingratitudinis noua conſtitutione expreſſæ ſunt quatuordecim.*

*Authent. Ex cauſſa.*

*Ex cauſſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones. cetera namque firma permanent.*

SVMMARIA.

1 *Sententia harum authenticarum tribus capitibus comprehenſa, & quibus.*

2 *Liberos omnes inſtituendos aut exheredandos ſine diſcrimine ſexus, poteſtatis, ætatis. His præteritis non eſſe impune.*

3 *Liberos non ſolum rite, id eſt, nominatim, pure, & ab omni gradu exheredandos: ſed hoc amplius ex conſtitutione Nouella ex iuſta cauſſa ea conſtitutione*

*tione comprehensa, & ea adscripta testamento, & ab herede probata.*

4 *Præteritionis liberorum pœnam quadruplicem esse iure vetere pro qualitate & differentia liberorum constitutam: & quæ sit.*

5 *Præteritionis pœnam & nunc eandem esse, neque in eo ius vetus constitutione Nouella emendari: & quanti referat id nosse.*

6 *Exheredatis rite liberis solam fuisse olim propositam querelam inofficiosi testamenti: & nunc quoque esse post Nouellam Iustiniani, quamuis nulla caussa exheredationis adscripta sit testamento, aut non iusta.*

7 *Recte hic dictum, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis rescissa institutione cetera testamenti firma manere.*

8 *Hac constitutione sublata esse omnia iura vetera, quibus placebat institutione heredis sublata, nihil ex testamento deberi.*

9 *Præteritis liberis quos testator se habere ignorauit, non vnum argumentum esse, quo disputari possit, vna cum institutione heredis cetera testamenti euerti: sed verius esse etiam hoc casu institutione rescissa cetera eo testamento relicta valere.*

10 *Herede ex re certa instituto, si præteriti sint liberi, aut immerito exheredati, sic rescindi institutionem, vt res certa heredi relicta ei debeatur ex hac constitutione.*

11 *Ex caussa præteritionis vel exheredationis legata ab herede instituto hodie valere: at non item, si quæ relicta sunt a filio præterito vel exheredato.*

12 *Ex caussa præteritionis vel exheredationis quamuis rescindatur institutio, tamen legata quæ hodie præstantur, ex testamento peti, & valere.*

1 HIs † fragmentis duobus tria constituuntur. Primum, liberos omnes heredes esse instituendos, aut exheredandos. Alterum, si exheredentur, certis cautionibus exheredari debere, quę hic comprehensæ sunt. Tertium, liberis præteritis, aut non ita exheredatis, vti supra comprehensum est, quæ sit præteritionis aut exheredationis pœna. Duo priora comprehensa sunt *in auth. licet*. Tertium *in auth. ex caussa.*

2 Principio † lex ait, non licere parentibus liberos præterire. Constituit eam sententiam, quam alibi explicatius positam legimus, liberos omnes instituendos esse, aut exheredandos: alioqui fore, vt testamentum non valeat. *l. antepenult. ff. eod. titul. Instit. de exhib. lib. in prin.* Nam præterire, est neque heredes instituere neque exheredare, etiamsi quid maxime liberis testamento legetur. *§. eadem. Instit. de hered. quæ ab intestat. defer.* Ex quo intelligitur, quantumuis aliquid legetur liberis; tamen si instituti aut exheredati non sint, pœnam præteritionis fore eam, quæ hic constituta est, vt apertius intelligitur ex Nouell. *vt cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum.* vnde authent. *non licet.* sumta est. De omnibus liberis lex scripta est, siue sint in potestate, siue non sint; siue primi gradus, siue sequentium in infinitum; siue masculi, siue fœminæ, vt plenius comprehensum est *in d. §. aliud quoque capitulum.* Quo magis confirmatur *l. maximum. §. hoc tit.*

3 Alterum † caput pertinet ad exheredationem liberorum, docetque, quid hic seruari oporteat. Diximus alibi, & ita habet, in exheredatione, vt valeat, duo spectari. Primum vt quis rite exheredetur; deinde vt iustis de caussis. Rite, id est, vt nominatim, vt pure, vt ab omnibus gradibus, & tota hereditate exheredetur. de quibus alias. nihil enim nunc ista ad hunc locum. Vt autem iustis de caussis liberi exheredentur, etiam ius antiquum est, neque aliter ab hereditate eos summouere licuit, *l. vlt. ff. de bo. dam.* Nihil hic mutat Nouella constitutio, vnde sunt hæc fragmenta. Sed plus de his Iustinianus exegit, quam iure vetere cauebatur. in quo ius ab illo constitutum est nouum. Quæ amplius exigit, tria sunt. Tot enim erant, de quibus olim non erat necesse testatorem esse solicitum, vt exheredatio consisteret. Primum non erat necesse filium exheredare ex aliqua caussa, quę nominatim legibus comprehensa esset; sed caussæ exheredationis erant in arbitrio & æstimatione iudicum, nec vllo certo iure continebantur. Vnde illa varietas iudiciorum de rescindendis testamentis, quam ostendit Valerius Maximus, *lib. 7. c. 8. de testamentis rescissis.* Præterea si qua esset iusta caussa exheredandi, satis erat hanc allegari postea ab herede scripto: non erat necesse adscribi nominatim a testatore. Vnde querela de inofficioso testamento, id est, de eo, quod filius nulla de caussa merito esset exheredatus, non autem quod exheredatus esset caussa non adscripta. Postremo caussa exheredationis adscripta a parente, non erat necesse heredi hanc probare; sed iniungebatur liberis necessitas, vt se purgarent, & docerent se semper in officio & obsequio parenti debito mansisse. *l. liberi. §. de inoff. test.* De his, inquam, tribus ius nouum constituitur superiore lege. Primum non posse liberos exheredari nisi iustis de caussis, & iis quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt a Iustiniano. Hæ autem sunt quatuordecim, numero & ordine expositæ *in d. §. aliud quoque capitulum. & seq.* Exigit amplius lex ibidem, vt caussa iusta nominatim adscribatur testamento, vt intelligamus, quamuis iusta caussa exheredationis fuerit, & paratus sit heres hanc probare; tamen hanc non nocere, vbi testamento prætermissa est. Tertio loco exigit Iustinianus, vt caussa quæcunque adscripta erit, probetur ab herede; non probata nihil noceat liberis, quantumuis de innocentia sua nihil docere velint. Duo hæc posteriora in ead. Nou. *§. siue igitur.*

Hoc iure de caussis constituto; si aduersus ea factum erit, sequitur præteritionis & exheredationis pœna: de qua & ipsa aliquid noui iuris hic constitutum est. estque id tertium caput ex iis, quæ his fragmentis contineri proposuimus. Est autem hæc pœna, vt si liberi præteriti sint, aut non exheredati secundum formam præscriptam, testamentum sit irritum, quod ad institutiones attinet: cetera firma permaneant. sic verba sunt auth. *ex caussa*, quæ deinceps expendemus. Apparet autem in his de iure constituto duas esse quæstiones. Vnam, quomodo testamentum hic irritum interpretemur. Alteram, quatenus. Et cum quęritur, quomodo testamentum irritum sit, siue non valeat, hoc quæritur, vtrum ex caussa præteritionis vel exheredationis, vbi forma supraścripta seruata non est, testamentum a principio nullum sit; an vero valeat, sed postea rescindatur vel bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi testamenti perlata. Hoc quæritur maxime propter liberos qui non sunt in potestate testatoris, & id ius quod ante hanc constitutionem Iustiniani de his personis in hoc genere obtinuit. Quæritur enim, an id ius maneat etiam post hanc constitutionem, an

vero hac constitutione emendetur, vt in his quoque liberis ex suprascriptis caussis testamentum nullum sit. Et quoniam ius vetus manere putamus, de eo prius dicemus. ac primum, quod ius fuerit vetus liberis præteritis ad testamentum infirmandum: deinde, quod liberis exheredatis.

4 Liberis † præteritis, præteritionis pœna quadruplex iure constituta est pro qualitate & differentia liberorum. Si filii & reliqui liberi iam nati quos nemo gradu antecedit, qui iidem in potestate testatoris fuerunt, neque instituti sint neque exheredati, id est, vt nunc loquimur, sint præteriti; ipso iure testamentum nullius momenti est, *l. ante cetera. ff. de liber. & posthum.* Si posthumi præteriti sint, qui si nascerentur viuo patre, sui heredes essent futuri, id est, qui in potestate parentis essent, & primum locum inter liberos tenerent; hi, inquam, si præteriti sint; iure ciuili testamentum a principio valet; sed si postea nascantur, testamentum agnatione ipso iure rumpitur, & paterfamilias fit intestatus, *l. 1. infr. tit. proxim. §. posthumi. Instit. eod.* Eadem caussa est nepotum præteritorum, qui posthumorum loco habentur. *§. posthumorum. Inst. eod.* In his præteritis omnium interpretum consensu nihil mutat hæc constitutio. quin potius hoc ius aperte confirmat, cum lex ait, *non licere liberos præterire.* Hoc enim consequens est, his præteritis contra legem fieri, ac proinde testamentum pro infecto esse. *l. non dubium. s. de legi.* nisi quid lege exciperetur postea, quo declararetur nominatim placere, vt testamentum valeret ab initio, sed postea petentibus liberis rescinderetur. quod in his generibus liberorum factum non est. vnde multo magis in iure vetere manere oportet. *l. præcipimus. in fin. C. de appellat.* Quod si liberi emancipati præteriti sint a patre, iure ciuili vetere testamentum valet: sed datur præteritis bonorum possessio contra tabulas; qua petita testamentum ita rescinditur, ac si a principio nullius momenti fuisset, quod ad institutiones heredum attinet. *l. non putauit. §. vlt. ff. de bon. poss. con. tab. §. emancipatos. Instit. eod.* Quod si præteriti sint ii liberi, qui neque sunt in potestate parentis, neque esse potuerunt, eoque nunquam fuerunt in eius potestate, vt sunt filii matri, nepotes auiæ, vel auo materno; testamentum & iure ciuili vetere, & iure prætorio valet; sed datur præteritis querela inofficiosi testamenti, *§. vltim. Instit. eod.* In qua si filius obtinet, non minus & hic ipso iure testamentum rescinditur, *l. Papinianus. §. vlt. ff. de inoff. test.*

5 Quæritur ergo, † an in his duobus & postremis generibus liberorum ius superius emendetur hac constitutione, vt scilicet non exspectetur, dum emancipatis vel ceteris liberis præteritis postulantibus testamentum rescindatur; sed statim a principio testamentum nullum sit? De quo non tam magnæ sunt dissensiones, quam magni errores, & non ferendi. Neque hæc quæstio de nihilo est, vtrum potius statui oporteat. Etsi enim rescisso testamento aut per querelam, aut petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum æque non valet, ac si ab initio nullum fuisset; tamen hoc ita est, si actum fuerit querela inofficiosi, aut si petita sit bonorum possessio contra tabulas. Multis autem modis accidere potest, ne agatur de inofficioso testamento, vel quia filius repudiet querelam, vel quia intra quinquennium huic actioni præstitum non egerit, vel quia prius quam ageret, decesserit, *l. qui repudiantis. l. Papinianus. §. vlt. & l. si autem. seq. l. quemadmodum. ff. de inofficios. testam.* Idemque de bonorum possessione dicendum est: quam repudiare potest filius, & quæ non competit nisi intra annum, *l. 1. §. quibus. §. largius. ff. de suc. ed.* intra quem fieri potest, vt eam non petierit. fieri etiam potest, vt priusquam peteret, decesserit: quibus omnibus modis accidit, vt testamentum sicut a principio valuit, sic nunc in totum confirmetur: vnde & admittantur scripti heredes exclusis legitimis: quæ contra euenire necesse est, si dixerimus testamentum ex caussa præteritionis nullum esse. Nam testamento nullo constituto paterfamilias decedit intestatus, eoque hereditas ad legitimos heredes pertinet exclusis reliquis heredibus, *l. filio præterito. ff. de ini. rup. l. 1. §. tit. prox.* Cum igitur tanti referat, vtrum dicamus, semper diu & multum quæsitum est, vtrum videretur constitui hac lege Iustiniani. Et inualuit sententia vetus interpretum hanc constitutionem pessime intelligentium, ex caussa præteritionis nullum esse testamentum, etiamsi liberi emancipati præteriti sint, atque adeo si liberi præteriti sint, qui nunquam sui heredes esse potuerunt, id est, qui nunquam fuerunt in potestate morientis. Qua sententia deletur bonorum possessio contra tabulas, & quæ inde sequuntur. Deletur *§. emancipatos. Instit. eod.* item maxima ex parte titul. *de inoffic. testam.* cum in Pandectis, tum in Codice, & in Institutionibus. Item *l. maximum vitium.* hic, vbi superiores rationes infirmandi testamenti leguntur. Statuunt autem hanc sententiam ex his verbis, quæ sunt in authent. *non licet.* & in Nouell. vnde hoc fragmentum sumitur, *in §. aliud quoque capitulum*, cum dicitur, *parentibus non licere liberos præterire.* Sic enim colligunt, igitur lex vetat præterire. Ergo & si testamentum fiat his præteritis, apparet fieri contra legem. Quod si contra legem, etiam iure pro nullo esse fatendum est. *l. non dubium. supr. de legib.* Et habet argumentum maximam speciem veri. In quo & manendum esset, si ex aliis partibus constitutionis non intelligeretur, quæ sit sententia Iustiniani de hac re. Sed inciuile est, nisi tota lege perspecta iudicare, vel respondere. *l. inciuile. ff. de legib.* Porro ex iis quæ consequuntur in constitutione Nouel. liquido demonstrari potest, Iustinianum cum de ratione infirmandi testamenti ob præteritionem liberorum quæritur, non tantum manere in vetere iure, sed etiam aperte id constituere. Primum igitur obseruandum est, constitutionem Iustiniani ius vetus emendare. Sic ius est, quidquid lege posteriore corrigente specialiter expressum non est, id veterum constitutionum regulis relictum intelligi, *l. præcipimus. in fin. j. de appell.* At Iustinianus de caussis exheredationis tantum cauit, vt & iusta sit exheredationis caussa, & testamento adscripta, & ab herede probata. si quid autem horum obseruatum non sit, de ratione infirmandi testamenti nihil exprimit in hanc sententiam, vt velit testamentum nullum esse. Quocirca id mutare intelligi non debet, sed veteris iuris regulis relinquere. Nec aliud seruandum in præteritione. Nam ad rationem infirmandi testamenti communi verbo *rescindendi* & iisdem rationibus Iustinianus vtitur tam ex caussa præteritionis, quam exheredationis, *in §. siue igitur. & §. hac autem*, vt postea pluribus ostendemus, cum ventum erit ad alteram quæstionem supra nobis propositam. Et circa præteritionem quoque eo magis in iure vetere manere existimandus est. Quod si contra statueri-

tuerimus, tam multa delenda sunt in iure Pandectarum & Codicis, quam multa delenda esse supra diximus effici ex contraria sententia. quod minime legislatori est propositum, cuius officium est potius bonas & veteres leges tueri, *l. si quando. in princ. supr. de inofficios. testament.* Sed multo magis hoc statuendum est, si constabit Iustinianum non constituere, vt si superiora seruata non sint, testamentum nullum sit, sed vt petentibus liberis rescindatur. Id autem luce clarius apparet Iustinianum facere, cum ex verbis constitutionis, tum ex iis rationibus, quibus in hac re vtitur *in dict. Nouell. vt cum de appel. §. siue igitur.* Nam ita scribit, *Quod si hæc obseruata non sint, nolumus exheredatis liberis præiudicium fieri,* & addit, *sed quantum ad institutionem attinet,* τῆς διαθήκης ἀκυρωμένης, quod significat, testamento irrito constituto. Nihil negotii erat totidem verbis dicere, τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, id est, nullo testamento constituto. Nunc autem dicit diserte testamento irrito constituto. Potest quidem testamentum, quod nullum est, dici esse irritum; sed fieri aut constitui irritum non dicitur, nisi id, quod a principio valuit, vt diserte scriptum est *in §. alio. Instit. quibus modis testament. infirm.* Idem Iustinianus *in §. si autem hæc omnia. ead. const.* pro his verbis τῆς διαθήκης ἀκυρωμένης vtitur his verbis, τῆς διαθήκης ἀνατρεπομένης, quod valet, testamento euerso, vel vt vulgaris interpres reddidit, testamento rescisso. Absurdum est rescissum testamentum interpretari id, quod nullum est. Nam quod nullum est, rumpi aut rescindi non potest, vt diserte scriptum est *in l. 5. ff. de iniust. rupt.* Et eadem verba vsurpat idem Iustinianus *in d. §. siue igitur.* cum ita scribit, μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει, de legatis eo testamento relictis, in quibus vult testamentum non rescissum suam vim tenere. Ratio autem, quæ annectitur a Iustiniano *in dicto §. siue igitur.* hæc est; ne liberi falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in testamentis parentum patiantur. quorum alterum ad exheredationem, alterum ad præteritionem pertinet. Ex hac ratione perspicuum est, dummodo præteritis liberis ita testamentum confirmetur, vt præteritio liberis nihil noceat, constitutioni Iustiniani, & voluntati eius satisfactum esse. At non magis nocetur filiis præteritis, si detur illis bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, vbi res exigit, quam si testamentum ipso iure nullum sit; quia vtraque via rescinditur testamentum non minus, quam si a principio nullum esset, vt supra ostendimus. Et petenti bonorum possessio statim datur, & in querela statim vincunt filii, vbi aut iusta caussa non est, aut non est adscripta, aut non est ab herede probata. Nec ad rem pertinet, quod petere oportet bonorum possessionem, aut instituere querelam inofficiosi testamenti, cum testamento nullo constituto, nulla sit petitione, nullo iudicio opus. Nam & institutio aut petitio querelæ est in potestate filii, & si non petit bonorum possessionem, aut non instituit querelam, de se queri debet, quemadmodum queri deberet de se ipso, si institutus fuisset sub conditione, quæ in eius potestate esset, & ei conditioni non paruisset, *l. suus. ff. de hered. inst.* Proinde, vt dixi, dum liberis præteritis detur bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, constitutioni Iustiniani satisfactum est. Præterea ex eadem ratione apparet Iustinianum in hac constitutione, dum iubet præteritionem non nocere, voluisse consulere liberis. Ex quo intelligitur noluisse eum consulere extraneis heredibus, eoq; noluisse introducere vllam infirmationem testamenti, per quam extraneis heredibus consulitur, non autem liberis. Collectio est Vlpiani *in l. 3. §. sed vtrum. ff. de min.* Prætor, inquit, hoc edicto succurrere voluit minoribus, non est igitur ei propositum consulere maioribus. At si dicimus præteritis liberis omnibus testamentum ipso iure nullum esse, non liberis tantum consulitur, sed etiam extraneis legitimis heredibus defuncti. Quid enim, si filius repudiet hereditatem? quid, si viuo patre decedat? quid, si decedat prius, quam hereditatem adeat? dicemus nihilominus patrem intestatum decessisse, eoq; hereditatem pertinere ad cognatos eius. Contra vero si liberis præteritis damus bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi testaméti; filiis consulitur, & solis liberis; quia his bonorum possessionem non petentibus aut de inofficioso non quærentibus, ratum est testamentum, & scripti heredes admittuntur, exclusis extraneis legitimis heredibus. Hanc igitur viam posteriorem voluit Iustinianus priorem repudiauit aperte, nisi quatenus iure ciuili vetere testamentum nullum esset. Ratio qua interpretes in contrariam sententiam ducti sunt, mouere nos non debet. Constitutio *in §. aliud quoque capitulum.* cauet, non licere parentibus liberos præterire. ex quo colligere eos dixi, si liberi prætereantur, testamentum contra legem factum videri, ac proinde infectum esse, *d. l. non dubium. C. de legi.* Hoc recte colligitur & statuitur, quoties lex simpliciter aliquid vetat fieri, nec vllam pœnam nominatim adiicit. hanc enim pœnam intelligimus, vt quod factum est, infectum sit. At cum lex aliquid fieri vetat, & si id factum sit, nominatim pœnam constituit, vt quod factum est, valeat aliquo modo, sed postea rescindatur; aduersus legis sententiam manifestam facere non debemus, sed ea erit pœna quam lex voluit. Proinde quod factum est, valebit, vt lex vult: sed ita rescindetur, vt lex nominatim iubet. Id autem accidit in hac constitutione. Nam Iustinianus primo cauet non licere parentibus liberos præterire; sed hic non subsistit, verum postea, si hoc factum non sit, pœnam constituit *in §. siue igitur.* & nominatim hanc constituit, non vt præteritio aut exheredatio testamentum nullum reddat; sed vt non noceat liberis: item vt valeat testamentum, sed postea rescindatur. vbique enim *rescindendi* verbo vtitur; & præterea manifesta eius sententia est, nolle eum testamentum ipso iure esse nullum. Proinde aduersus verba & manifestam eius sententiam hanc pœnam constituere præteritionis, vt testamentum nullum sit, nec possumus, nec debemus.

Hæc de pœna † præteritionis dicta sunt cum ex
iure vetere, tum ex hac constitutione noua. Quod ad 6
exheredationẽ attinet, iure vetere vna in omnibus liberis exheredatis pœna cõstituta est, vt queri possint de inofficioso testaméto: dummodo sint rite exheredati, id est, nominatim, pure, & ex tota hereditate: neque interest, vtrũ filii exheredati in potestate parentis fuerint, an vero nõ fuerint. Generale ius est, exheredatos liberos neq; iure ciuili, neque prætorio turbare testamenta parentũ, vnamq; his superesse querelã inofficiosi testamenti, *l. non putauit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Idq; ita erat siue caussæ ingratitudinis adscriptæ essent, siue nõ essent: item siue constaret liberos ingratos fuisse, siue cõstaret ne ingratos quidem esse

potuisse. ideo etiam infante & posthumo exheredato testamentum valebat: quamuis daretur exheredato querela inofficiosi testamenti. §. *tam autem. Inst. de inoff. test.* Quod etiam Iustinianus confirmat *in l. si quis suo. §. vlt. ff. de inoff. test.* Quæritur, an hic quidquam immutarit Iustiniani constitutio? Et vulgo quoque hæc sententia recepta est, si aut exheredationis nulla iusta caussa sit, vt in infante, aut iusta caussa sit, sed non adscripta; testamentum ipso iure nullum esse, quicunque liberi exheredati sint. Ceterum iusta caussa exheredationis constituta, & ea adscripta, valere testamentum, sed dari querelam exheredato; in qua vincet, si heres eam caussam non probauerit. Nos vero hanc sententiam, itidem vt superiorem, constitutioni Iustiniani plane aduersari contendimus, & ita statuimus, dummodo liberi, quicunque erunt, rite sint exheredati secundum formam iuris veteris; quamuis nulla caussa sit exheredationis, aut non sit adscripta; tamen ius antiquum manere, & solum querelam dari exheredato, etiam infanti, iisdem argumentis quibus supra vsi sumus. Primum quia constitutio vult testamentum rescindi. Deinde, quia vult ita exheredari secundum formam illic præscriptam, vt si ea obseruata non sit, ea exheredatio non inutilis sit, sed non noceat: item vt non noceat solis liberis, non autem vt per hoc hereditas perueniat ad alios extraneos. quod futurum est, si dixerimus testamentum nullius momenti esse, non autem rescindi. Opponitur huic sententiæ *l. non putauit. §. non quæuis. ff. de bon. poss. cont. tab.* vbi scriptum est exheredationem non rite factam exheredationem non videri. Ex hac sententia sic vulgo argumentantur. Præteritis liberis qui sunt in potestate, testamentum nullius momenti est, vt supra confirmauimus. Præteriti autem intelliguntur, qui rite exheredati non sunt, *d. §. non quæuis.* Quare liberis ita exheredatis testamentum nullius est momenti. Hæc concedimus, sed nihil aduersus id, de quo quæritur. Prius enim efficiendum fuit liberos videri non rite exheredatos, qui exheredati sunt non iusta de caussa aut caussa non adscripta: quod negamus, & recte. Nam dum nominatim, & pure, & a tota hereditate exheredati sint, rite exheredati sunt ex iure vetere. Sunt etiam rite ex constitutione Iustiniani, quam tractamus: quoniam Iustinianus non iubet liberos exheredari iustis de caussis, & eas adscribi, vt testamentum a principio constet, sed vt, si contra factum sit, exheredato non noceat, *d. §. siue igitur. Nou. vt cum de appel. cog.* Vult igitur testamentum consistere, sed exheredatis id non nocere.

Ac de priore capite dictum est, quomodo ex caussa præteritionis aut exheredationis testamentum irritum sit ex constitutione Iustiniani. Alterum quæritur, ex his caussis quatenus testamentum irritum fiat? Et res ita definita est in authent. *ex caussa.* vt ex caussa præteritionis aut exheredationis testamentum irritum sit, quod ad institutiones heredum attinet: cetera autem in testamento relicta & constituta valeant. In quo posteriore ius singulare notandum est. Nam iure communi cum testamentum rescissum est, nihil in eo testamento scriptum valet, *l. cum mater. ff. de inofficios. testament.* de quo mox plura. Quam ob caussam multa circa hoc caput quæsita sunt, cum de caussis, propter quas testamentum infirmatur, tum de iis quæ testamento relicta sunt, quę constitutio iubet valere.

7 Ac † primum quod iubet valere cetera ex caussa exheredationis, id pro certo & perpetuo iure habendum est. Expressum est enim in Nou. vnde hæc auth. sumitur *in d. §. siue igitur.* his verbis; quod si hæc obseruata non sint, sancimus exheredatis liberis nullum præiudicium fieri, quod ad heredum institutiones attinet; cetera omnia alia testamento constituta suam vim obtinere, quasi non rescisso testamento. Quæsitum est, an idem probandum sit ex caussa præteritionis, & an recte hoc verbum adiectum sit ab eo, qui confecit hoc fragmentum, cuius initium est, *Ex caussa præteritionis?* Mouet dubitationem, quod Iustinianus *in d. §. siue igitur.* vnde est hoc fragmentum, de exheredatis tantum liberis loquitur, nihil nominatim adiicit de præteritis. Semper autem hæc regula interpretationis tenenda est, quod specialiter legibus posterioribus expressum non est, id veterum constitutionum regulis relinqui oportere, *l. præcipimus. ʒ. de appell.* Quæ sententia apud plerosque obtinuit. Sed bene hic dictum est, cetera in testamento valere non tantum ex caussa exheredationis, sed etiam ex caussa præteritionis, idque recte sumtum ex constitutione Iustiniani. Nam primum *in d. §. siue igitur,* loquitur quidem initio de exheredatis liberis Iustinianus; sed sequitur postea, quod si in aliquibus talibus testamentis legata aut fideicommissa relicta sunt, hæc suam vim tenebunt. His verbis *si quæ sint talia testamenta,* aperte non intelligit ea, in quibus liberi tantum exheredati sunt. Nam hæc dici debuerunt eadem testamenta, vbi filii vel aperte, vel tacite remouentur a bonis paternis, aperte exheredatione, tacite præteritione. Deinde in eod. §. Iustinianus iubet testamentum irritum esse, si priora, de quibus locutus erat, obseruata non fuerint. Proposuerat autem initio non tantum de exheredatis liberis, sed etiam de præteritis *in §. aliud quoque capitulum.* Proinde hæc verba, *si hæc obseruata non sint,* ad vtrumque caput referenda sunt. Id euidentius apparet ex ratione subiecta *in dicto §. siue igitur.* Ait enim Iustinianus ideo se iubere, vt testamentum irritum sit, ne filii falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in parentum testamentis patiantur. Accusatio falsa est in exheredatione, circumscriptio est in præteritione. vtramque igitur caussam Iustinianus intelligit, vt quamuis *exheredatorum* verbo vsus sit; tamen intelligi debeat, verbo generali eum omnes liberos ab hereditate remotos comprehendisse. Præterea hoc constitutum esse debet, etiamsi Iustinianus tantum iuberet legata ex testamento valere, vbi liberi immerito exheredati sunt; tamen vel hoc ipsum certum argumentum esse, legata æque valere debere liberis tantum præteritis. Nam vbi minor est iniuria testatoris, æquum est illius voluntati plus tribui, quam vbi maior est eius iniuria. Maior autem ea est, cum aperte falsis accusationibus liberos exheredat, quam vbi silentio præterit, vbi eos verbis non lædit. Quare si ex caussa exheredationis hoc tribuitur patri, vt legata ab eo relicta valeant; multo magis hoc ei tribuendum, vt valeant liberis tantum ab eo præteritis. Sed omnem dubitationem sustulit §. *hæc autem. in ead. Nou. in fin.* vbi Iustinianus constitutionis summam complectens ita concludit, solum sibi propositum esse a parentibus & liberis præteritionis & exheredationis iniuriam arcere. Itẽ, ex his constare ad vtriusque partis vtilitatem & cautionem, præsentem legem fuisse latam. Quæ apparet referri non tantum ad testamenta liberorũ, de quib.

pro-

proxime locutus erat, sed etiam ad testamenta parentum, de quibus egerat prius. Hoc idem & cordatioribus interpretibus placet.

8 Sed † siue ex caussa exheredationis tantum placet cetera testamenti valere, siue etiam ex caussa præteritionis; opponuntur huic sententiæ innumeri loci, in quibus traditur, testamento nullo constituto aut rescisso, nihil in eo testamento relictum valere. Verum hanc dubitationem sustulit Iustiniani constitutio non tantum *in dict. §. siue autem.* sed multo magis *in §. si autem hæc omnia.* vbi diserte cauet, si in legatis & ceteris relictis, quæ iubet valere, aliud cautum sit veteribus legibus, nolle se eas leges valere. Et ideo sciamus hos locos omnes & sententias veteris iuris ad normam huius constitutionis emendari, hoc modo: Filio, qui in potestate est, præterito, placebat neque legata neque libertates deberi, *l. filio præterito. ff. de iniust. rupt.* hodie & legata & cetera debebuntur. Item posthumo præterito placebat eius agnatione rumpi testamentum ita, vt paterfamilias intestatus decederet, nec quidquam ex eo testamento deberetur, *l. 1. infr. titul. proxim.* hodie legata & cetera præstabuntur. Item filio emancipato præterito, bonorum possessione contra tabulas petita ita rescindebatur testamentum, vt ius rediret itidem ad caussam intestati. *l. non putauit. §. vltim. ff. de bonorum possession. contra tabul.* nisi quod legata præstabantur ex eo testamento certis personis, puta liberis & parentibus, *l. 1. ff. de leg. præst.* hodie præstabuntur omnibus, & omnia. Item rescisso ex caussa querelę inofficiosi testamento, placebat neque legata neque libertates præstari, *l. Papinianus. §. vltim. l. cum mater. ff. de inofficios. testament.* hodie etiam ex hac caussa legata valebunt, & cetera relicta ex eo testamento. Postremo ita est ius vetus, vt ex quo testamento hereditas adita non est, ex eo nihil omnino debeatur, *l. si nemo 1. ff. de test. tut. l. si nemo. ff. de regulis iur.* hodie hoc ita est, si ex aliis caussis accidat, ne debeatur hereditas a scriptis heredibus. ceterum ex caussa præteritionis vel exheredationis si adita non erit, ius nouum hic est, vt cetera in eo testamento valeant præter institutionem.

9 Et † circa caussam institutionis minime dubitatur legata tunc valere, cum testator sciuit se liberos habere, & consulto eos præterit. tunc enim apparet testatorem voluisse legata præstari omnia. Quæsitum est, an idem probandum sit, si testator ideo liberos præteriit, quia se habere ignorabat? Finge patrem falso rumore perlato de filii morte existimasse illum esse mortuum, & ob id alios instituisse heredes testamento, & eo testamento quædam legata reliquisse. Constat ex voluntate testatoris, heredes scriptos non futuros heredes, sed filiũ. De legatis quæritur, an etiam hæc debeantur ex hac constitutione; an vero non debeantur, quia tunc relicta sint, cum pater se filium habere non putaret? Bartolus non ineptis rationibus motus contendit, hoc casu nec institutionem, nec legata valere. Mouetur voluntate testatoris; quia non est verisimile, si pater putasset se filium habere, alios heredes eum instituturum fuisse, aut legatis oneraturum filium. Vtitur autem ad eam rem tribus argumentis. Primum ductum est a militis præteritione. Nam si miles præteritis liberis omnibus heredes instituat, testamentum non valet: sed ita, nisi liberos se habere ignorauerit. hoc enim casu præteritio militis non nocet liberis, *l. sicut. & l. si cum. seq. s. de test. milit.* proinde & in pagano idem dicendum est. Nam & in paganorum testamentis legata contra voluntatem testatoris deberi non possunt; cum in testamento totum voluntas testatoris faciat, *l. quoties. in pr. l. ex facto. §. rerum. ff. de her. inst. l. 12. in fin. ff. de leg. 1.* Alterum argumentum est, quod non sit verisimile quemquam suis successoribus alienos præferre velle. quæ & coniectura voluntatis pro certa confirmatur *in l. cum auus. ff. de cond. & demonst. l. cum acutissimi. j. de fide.* Tertium argumentum *ex l. si vnquam. j. de reuoc. donat.* vbi placet quæ quis donauit viuus, cum liberos non haberet, liberis postea susceptis reuocari, & redire in dominium donatoris. Si hoc placet in donationibus puris & inter viuos factis; multo magis in legatis testamento relictis recipiendum est, quoniam donationes maiorem vim obtinent, quam legata. Donationes statim perficiuntur, nec reuocantur postea ex pœnitentia, *§. aliæ. Inst. de don.* legata perpetuo reuocari possunt, quamdiu testator viuit. *l. 4. ff. de alim. leg.* Et posset hæc sententia recipi, nisi diserte contra scriptum esset duobus in locis, *in l. vlt. ff. de her. inst.* & præcipue *in l. cum mater. ff. de inoff. test.* quo in loco posteriore proponitur mater falso rumore perlato quasi filium suum in prælio amisisset, dum putat se liberos non habere, instituisse extraneos heredes, & quædam legata, item libertates testamento reliquisse. Tamen in hac specie illic scribitur Diuum Hadrianum decreuisse hereditatem matris ad filium pertinere, ita vt legata & libertates præstarentur. Nec mutatur hæc sententia postremis verbis eius loci, sed magis confirmatur. Verba hæc sunt: Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adiicitur. nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Adnotare non est reprehendere & corrigere; sed notare tanquam rem notatu dignam, & singularis iuris. & ratio singularis iuris subiicitur; quia iure communi in omnibus testamentis, quæ rescinduntur, hoc seruatur, vt rescisso testamento nihil inde debeatur. quod cum contra hic decretum sit, merito decretum hoc adnotatum esse dicitur. His autem verbis, hic adnotatum est, non corrigi præcedentia ex eo plus quam euidenter liquet, quod adnotatio hæc est iuris interpretum; sententia autem quæ præcedit, est sententia Imperatoris. Ineptum est putare iuris interpretem, qui potestatem iuris condendi non habuit, mutasse aut emendasse constitutionem Imperatoris, quæ ius publicum facit. Huc accedit, quod illa sententia sine vlla correctione confirmatur *in d. l. vlt. ff. de her. inst.* Et frustra tentat Bartolus hæc responsa eludere. Nam aut institutio scripti heredis in hac specie ideo non valet, quia filius præteritus est, aut quia mater voluit hoc casu filium remouere, & alios heredes qui scripti sunt, instituere. Si volumus institutionem non valere ex caussa præteritionis, legata debebuntur ex hac constitutione. Si volumus institutionem non valere, quia scripti heredes deficiuntur voluntate testatoris, etiam hoc casu legata debebuntur ex suprascriptis legibus, & præsertim *ex l. vltim. ff. de her. inst.* vbi hoc significatur non obscure, ideo hereditatem ad filium pertinere, quia non videatur testator voluisse non instituere eum, quem se habere ignorabat. Non obstat exemplum militis. Nam cum miles præterit filium, quem ignorat se habere, in institutione heredis admittitur hæc distinctio, vtrum sciat se habere filium, an ignoret, vt si ignoret, institutio non valeat. Non eadem distinctio adhibenda est in lega-

tis. Nam si miles ignorans se filium habere, alios heredes instituit, & quædam ab his legauit, nihilominus legata debebuntur. Hic enim placuit ea deberi ex testamento pagani, idque ex eius voluntate. *d. l. cum mater. & d. l. vlt. ff. de her. inst.* Multo ergo magis in eadem caussa debebuntur ex testamento militis, vt voluntas militis conseruetur. Non obstat, quod dicitur neminem propriis successionibus alienos præponere velle: nam & nos in hac specie idem admittimus. Cum enim testator præteriit filium, quem ignorabat se habere, & alios heredes instituit, ex superiori ratione dicimus successionem ad filium pertinere, non ad heredes scriptos. sed quod de successione dicitur, ad legatum transferendum non est. Nihil enim prohibet testatorem filium suum heredem esse velle, & nihilominus ab eo quædam relinquere. Certe quotidie id vsu venire videmus, vt parentes liberis institutis, nihilominus quædam testamento legent, qua ratione solum nititur, quod responsum est *in dict. l. cum mater. ff. de inofficios. testam. & in dict. l. vltim.* Non obstat *l. si vnquam. infr. de reuoc. donat.* Nam illic reuocantur donationes liberis postea susceptis: sed eæ donationes, quæ a patrono in libertos collatæ sunt: ceterorum donationes non reuocantur, tametsi vulgo contra receptum est. de quo scripsimus postea ad eam legem. Tum autem vt concedamus eam legem in omnium donationibus locum habere: tamen non recte transfertur ad legata. Nam in vna re donationes inter viuos maiorem vim habent, quam legata: nempe in eo, quod reuocari non possunt viuente donatore; legata possunt. Sed in eo plus est firmitatis in legatis, quod cum reuocata non sunt a testatore, præcipue placet ea conseruanda esse, quia testator aliud velle amplius non potest, *l. 1. C. de sacros. eccles.* Vnde dictum, publice expedire testantium voluntates exitum habere, *l. vel negare. ff. quemad. test. aper.* Stet igitur iam hæc sententia, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis verissimum & perpetuum esse, quod in hac authent. *ex caussa.* dicitur, ex his caussis ita institutionem non valere, vt cetera firma permaneant: neque interesse, quare testator præterierit liberos; vtrum quia sciebat se habere, & volebat præterire, an vero quia se habere ignorabat.

Deinceps quæ infirmet, aut confirmet hęc constitutio, consideremus. Ait institutionem ex suprascriptis caussis non valere.

10 Hic † quæsitum est de eo, qui institutus est ex fundo, aut alia re certa. In eo institutionem non valere constat. Sed an saltem ei fundus, aut alia res certa debebitur tanquam legatum? Dici potest ei nihil deberi ex verbis huius constitutionis. Nam cum quis instituitur ex fundo heres, iubetur detrahi fundi mentio: qua detracta fundus legatus dici non potest, *l. 1. §. si ex fundo. ff. de her. inst.* Rursum ex hac constitutione institutio non valet. Sed si legatum valere potest ex testamento, placet illum tanquam legatarium eam rem certam, ex qua institutus est, iure legati habiturum, *l. quoties. C. de hered. inst.* Porro in hac specie legatum rei certæ ex testamento deberi potest ex hac constitutione. Quare & hic fundum, aut aliam rem certam, quæ appellata sit, deberi dicemus. Ait constitutio cetera firma permanere. Ceterorum verbo quæ intelligantur, expressum est in d. Nou. *vt cum de appell. cog. §. siue igitur. & §. si autem.* vbi nominatim hæc commemorantur, legata, fideicommissa, libertates, tutelæ dationes: adde his substitutionem pupillarem: quam placet valere, quotiescunque ex testamento patris legata relicta præstantur, *l. 2. §. 1. ff. de vulg. subst.* Sed quod † dicitur de legatis, hęc ex suprascriptis caussis deberi; non de omnibus legatis accipiendum est, sed de iis tantum, quæ ab institutis relicta sunt. Si quid autem pater a præterito filio relinquit, neque iure vetere valuit legatum, *l. 2. ff. de leg. 2.* neque ex hac lege confirmatur; quia *in d. §. siue igitur,* diserte scribitur, *ex caussa præteritionis vel exheredationis legata suam vim obtinere, tanquam si testamentum rescissum non esset.* Ex quibus verbis intelligimus, ea sola legata hic confirmari, quæ valerent, si heredes instituti hereditatem adiissent. 11

Sed † vnde, & quo iure legata petentur? vtrum ex testamento, an ab intestato? non videntur ex testamento peti posse, quia id nullum est sine heredis institutione, *l. 1. ff. de vulg. & pup. subst. §. ante heredis. Inst. de leg.* Nulla autem institutio est, quæ est irrita. Rursum ab intestato non magis videntur posse peti; quia testamento relicta sunt, non ab intestato. nisi quis dicat peti posse condictione ex lege. Sed verum est ea ex testamento peti posse, & valere. Id enim diserte expressum est *in d. Nou. & cum de appell. cog. §. siue igitur.* Hic opponitur regula iuris, quæ vetat in paganis testamentum pro parte valere, & pro parte non valere; seu quæ vetat aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. *l. ius nostrum. ff. de reg. iur.* Sed hanc obiectionem hic metuere non debemus. Nam Iustiniano ita placuit, vt ex caussa exheredationis vel præteritionis pro parte, id est, pro institutione, testamentum non valeat, pro his autem, quæ eo testamento relicta sunt, valeat, *d. §. siue igitur.* Huc accedit, quod in ead. Nou. §. *siue autem,* nominatim cauet, si quid sit huic parti in veteribus legibus contrarium, nolle se id valere. 12

## AD TITVLVM XXIX. COD.

### De posthumis heredibus instituendis vel exhereda. vel præterit.

*Ad L. 1. 2. & 3.*

Imp. Anton. A. Brutatio.

*Si post testamentum factum, quo posthumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit, intestato vita functus est: cum agnatione posthumi vel posthumæ, cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi, neq; peti posse explorati iuris est. Dat. & PP. IV. Kal. Iul. Antonino A. IV. & Balbino Coss. 214.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Soterico.

*Vxoris abortu testamentum mariti non solui: posthumo vero præterito, quamuis natus ilico decesserit, non restitui ruptum, iuris euidentissimi est. S. XII. Kal. Mart. Sirmii. Cæsarib. Coss.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfect. præt.

*Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri exsisteret, si non alius eum antecederet, & nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc quidem orbem deuolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur si is posthumus ruptum facere testamētum posset: & veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit, &c.*

SVMMA.

SVMMARIA.

1 *Summa huius tituli.*
2 *Posthumus quis, & quando præteritus intelligatur, & nu. 3.*
4 *Suus heres quis.*
5 *Posthumus præteritus rumpit testamentum, & quomodo.*
6 *Nasci quomodo intelligatur.*
7 *Si Posthumus natus illico decesserit; an nihilominus irritum sit testamentũ, an vero ruptũ restituatur.*
8 *Quid iuris sit, si posthumus natus non solũ statim decesserit, sed etiã decesserit priusquam vocẽ ederet.*
9 *Quod iuris est de filio superstite præterito, idẽ in posthumo præterito seruandum est.*
10 *Iniustum testamentum quot dicatur modis.*
11 *Posthumus natus magis infirmat testamentũ, quam filius superstes præteritus, & nu. 12.*
13 *An, si posthumus mortuo testatore nascatur, & deinde illico decedat, testamentum restituatur.*

1 SVmma † tituli hęc est: Posthumus pręteritus, qui natus suus heres futurus esset, si nascitur rũpit testamentum, eoq; modo fit, vt testamentũ non valeat, videlicet, si a principio natus esset præteritus, *l. si a pr. D. de lib. & post. l. 3. de iniust. rupt. §. posthumi, Instit. de exher. lib.* Singula huius definitionis explicãdã. Post-
2 humus † intelligitur, non tãtum is, qui post mortem patris nascitur, qui proprie posthum⁹ dicitur, sed etiam qui nascitur viuo patre post testamentũ factum: Nam & hic præteritus rumpit testamentũ lege Vel-
3 leia. *l. 3. in pr. de iniust. rupt.* Pręterit. † aũt posthumus, qui neq; institutus est, neq; exheredatus, *§. eadem, Instit. de her. quæ ab intest.* Hoc eo pertinet, vt si neq; institutus sit posthumus, neq; exheredatus, quamuis ei aliquid legatum sit testamento, tamen natus rumpit testamẽtum, *§. posthumus, Inst. de exher. lib.* Si exheredatur, siue sit masculus, siue fœmina, hodie nominatim exheredãdus est, alioqui intelligitur præteritus, *l. maximum, supr. tit. prox. §. sed hæc quidem, Insti. de exher. liber.* secũdum quam sententiam accipi oportet, quod *in l. 1. h.* dicitur de posthumo, cuius pater nullam mentionem habuit.

Exigimus vt sit is posthumus, qui natus inter suos
4 heredes futurus esset. Suus † heres est, qui ex liberis est, & in potestate moriẽtis, & inter liberos primum gradum tenet, *§. sui, Instit. de hered. qual. & differ.* Exigimus igitur in posthumo, vt natus sit ex numero liberorum. Hoc eo spectat, vt si mulier aliquid ediderit, sed non posthumum, verum portẽtosum, id non rumpat testamẽtum, vt est *in l. pen. in fi. h.* scilicet quia non sunt liberi, id est filii, qui contra formam humani generis nascuntur, *l. non sunt liberi, de stat. hom.* Exigimus etiã ex hac definitione, vt posthumus si nascatur, sit in potestate patris, *l. quod dicitur, D. de liber. & posthum.* Nam emancipatos, & ex emancipatis cõceptos posthumos iure ciuili impune præterire licet, tantum pręteritis datur bonorũ possessio contra tab. *§. emancipatos, Insti. de exher. lib.* qua non petita, si decedant posthumi nati, non obstant scriptis heredib. Hoc ius etiam post constitutionem Nouellam Iustiniani mansisse & manere supra docuimus, *ad Auth. non licet, cum seq.* Ex eadem definitione exigimus, vt posthumus qui nascatur, primũ gradum inter liberos teneat. Nam si testator habeat filium, & ex eo nepotem, nihil necesse est nepotem instituere aut exheredare, *l. si quis posthumus, D. de lib. & posth.*

Posthumus præteritus, rumpit testamentum. Sed 5
hac conditione, si nascatur, *d. §. posthumus*, ex quo colligitur, quamdiu pendet an nascatur, testamentũ valere. Item si posthumus non nascatur, siue quod mulier ventre vacuo fuit, quæ prægnans putabatur, siue quod abortiuum fecerit, nihil esse impedimẽto, quo minus heredes scripti adeant, *l. 2. h. & d. §. posth.* Nasci
autẽ † intelligitur vbi animal natum est, non tantum 6
vbi secundum consuetudinem naturæ partus editus sit, sed etiam cum exciso ventre extractus est, *l. quod dicitur, de lib. & posth.* Natus rumpit testamentum, id est, officit, vt non magis valeat testamentum, quam si ab initio natus esset præteritus. Hic quęsitũ est: Quid
si posthumus † nat⁹ illico decesserit, an nihilominus 7
irritum erit testamentum, an etiam ruptum restituetur? Et placet rumpi testamentũ, nec restitui ruptum. Rumpitur testamentum quia vere filius natus est, lex aũt solam agnationẽ posthumi exigit, vt testamẽtum rumpatur. Quod non restituitur testamentũ, eo fit, quia quod cœpit non valere, tractu temporis nõ potest cõfirmari, siue ab initio nõ constiterit, siue postea ruptum dissolutum sit. *l. quod initio, de reg. iur. leg. si res, §. aream, de sol. l. inter, §. sacram, de verb. oblig.*

Quid † si posthumus natus non solũ statim deces- 8
serit, sed etiam decesserit priusquam vocem ederet? Iustin. constituit hic idem esse, *l. pen. h.* secutus Sabinorũ sententiã optima ratione, ꝙ non eo minus partus vitalis est, etiamsi vocem non edat. argumẽto est, quod nemo negat partum editũ esse, si mutus editus sit, quem tamen constat vocẽ emittere nõ posse. His de caussis fit illud quod supra dixi, vt posthumo nato ita rumpatur testamentum, ac si natus ab initio esset præteritus. Nam & in filio præterito hoc idẽ accidit, vt statim testamentum nullius sit momẽti. Et quamuis viuo patre mortuus sit, non eo magis tamen conualescit testamentum, *l. si filius, de lib. & posth.*

Sed huic sentẽtiæ opponitur, *l. posthumus, de iniust. rupt.* vbi superioribus casib. datur scripto heredi bonorum possessio secũdum tabulas. Et ita quod testamentum iure ciuili ruptũ esse dicimus nec vllo modo restitui, iure pretorio confirmatur. Parum autem interest vtrum scripti heredes iure ciuili admittãtur, an prætorio, dummodo admittantur. Et vt hic locus explicetur: quod † de filio superstite præterito iuris
est, idem in posthumo præterito seruandũ est, *l. 3. §. 1.* 9
*de iniust. rupt.* De filio aũt præterito, qui item viuo testatore decessit scriptum est *in d. l. posth. vers. itemque*, dari hoc casu bonorum posses. scripto heredi, sed hac conditione, *si bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoq; succedere potuit.* Id significat Vlp. cum ait: Idemque circa iniustum testamentum dicendum est, nam prius de posthumo dixerat, si is præteritus, nascatur viuo testatore, & eodẽ viuo decedat, posse scriptum heredem bonorum possess. secundum tabul. petere. Subiicit idẽ esse si filius superstes præteritus viuo testatore decedat: Idẽ, nempe vt tametsi subtilitate iuris testamentum nullius momenti sit; tamẽ ex æquo & bono heredi dari bonorũ possessionẽ secundũ tabul. Id iniusti verbo eo loco significat. Nã iniustum
testamentũ † duob. modis dicitur: Primo id, in quo 10
solemnia iuris deficiunt, *l. 1. de iniust. rupt.* Altero, id in quo filius præteritus est, sic appellatur nominatim *in l. 3. § ex his apparet, de iniust. rupt.*

Prior significatio legi *posthumus*, non conuenit, nam secundum testamenti tabulas, quod solemniter factum nõ est, prætor nõ dat bonorum possessio-

nem, §. *non tamen, instit. quib. modis testam. infirm.* Restat igitur altera significatio quã illic sequamur. Sed cum ibi dicitur filio præterito, si is viuo testatore decedat, dari bonorum possessionem secundum tabulas, adiicitur nominatim hæc conditio, *si modo ei data sit, qui ab intestato quoque hereditatem auferre potuit.* Ex quo intelligimus si scripti heredes extranei fuerunt, & alii heredes legitimi, p̃teritione filii ita nullum esse testamentum, quod ad institutionem attinet, vt neque iure ciuili valeat, neque iure prætorio, secundum quod non datur bonorum possessio scriptis heredib. extraneis, aduersus legitimos heredes. Similiter & si filius p̃teritus, mortuo patri superstes, abstineat se hereditate patris, placet scriptis heredibus bonorum possessionem dari, sed hac lege, si & ipsi legitimi heredes futuri erũt. Id significatur *in l. filio præterito, de iniust. rupto*. vbi filio vno præterito, cæteri eius fratres heredes instituti erant, placet si præteritus non auocet hereditatẽ, fratribus voluntatem ex æquo & bono tuendam esse. Quod sic intelligi debet, tuendam esse, non iure ciuili, quo iure testamentum nullius momenti sit, sed iure prætorio, data bonorum possessione secundum tabulas fratribus scriptis heredibus, *iuxta d. l. posthumus eod.*

Sed non adiicitur in lege, fratribus bonorum possessionem dari, si ab intestato quoque possint succedere, videlicet quia nõ fuit necesse hoc adiicere, satis enim constat, hos patri intestato legitimos heredes esse. Quod de filio prẽterito deinde mortuo, aut abstinente se dixi, idem de posthumo præterito intelligendum est, vt si is viuo patre natus decedat, iure ciuili non restituatur omnimodo testamentum, sed tamen scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, verũ hac eadem conditione qua supra, si detur iis heredibus, qui ab intestato quoque poterant succedere. Opponitur huic sententiæ initium *d. l. posthumus*, vbi hoc casu dicitur scripto heredi bonorum possessio dari sine vlla conditione. Respõdeo, conditio quæ in ea lege adiecta est, *in vers. idem circa*, non solum ad proxime præcedentia referenda est, sed etiam ad superiora omnia, vt sit sensus, in supra scriptis omnibus casibus bonorum possessio secundum tabulas datur scripto heredi, sed in omnibus hac conditione, *Si modo bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque rem auferre poterat.* Id ita interpretandum, his argumentis euidenter demonstratur. Nam quod in filio iuris est, idem in posthumo seruatur, nec ratio diuersitatis reddi potest, vt est *in l. 3. §. 1. in fi. de iniust. rupt. l. si a primo, de lib. & posth.*
11 Deinde † quia posthumus natus magis infirmat testamentum quam filius superstes præteritus, vt declaratur *in l. 5. cir. fin. D. de iniusto rupt.* Proinde filio præterito deinde mortuo, non datur scriptis heredibus possessio bonorum secundum tabulas, nisi legitimi quoque heredes essent, multo minus posthumo præterito, si viuo testatore natus decedat, dabitur scriptis heredibus bonorum possessio, nisi & iidem legitimi heredes futuri erunt. Tertia ratio, cum iure ciuili testamentum non valet, idque fit iusta de caussa, veluti ex caussa præteritionis, etiam prætor debet iure ciuili in eo obsequi, nec dare bonorum possessionem secundum tabulas, *l. Seio. de test.* Adde hanc rationem, quod non potest hoc casu bonorum possessio dari extraneis heredibus, sine manifesta iniuria legitimorum heredum. nam vbi posthumus præteritus natus est, & iure ciuili rũpitur testamentum, statim vocantur legitimi heredes qui ab intestato succedunt. Hoc ius illis a prętore adimi non debet, *l. 2. de his qui sunt sui vel. l. vlt. de pact.*

Non audiendi sunt, qui vulgo hanc rationem diuersitatis reddunt inter filium præteritum & posthumum præteritum, quod dicunt, posthumo præterito saltem ab initio constitisse testamentum, facilius vero restitui quæ aliquando valuerunt. Nam hoc posterius falsum est. Quemadmodum vero quæ ab initio non valent, tractu temporis nõ confirmãtur: sic quæ semel rescissa sunt, ex euentu non restituũtur *l. inter §. facta, D. de ver. obl. l. si res §. area, D. de solut.* Idq; in posthumo verissimum est, qui natus † magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, vt dictum, *dict. l. 5. de iniusto rupt.* Quorsum hæc? 12
Nempe vt intelligatur, cum *in l. 2. & 3. h.* dicitur, si posthumus præteritus, viuo patre natus, eodem viuo decedat, rumpi testamentum, nec restitui: hoc verissime dici & esse perpetuum, scilicet vt nõ restituatur hoc casu testamentum, neque iure ciuili, neque prætorio iure. De iure prætorio intelligi potest ex his quæ supra dixi. nam hoc casu extraneis heredibus, qui ab intestato succedere non possunt, non datur bonorum possessio secundum tabulas, vt supra effectum est. His autem heredibus qui & legitimi futuri essent, datur quidem bonorum possessio secundum tabulas, *d. l. posthumus de iniust. rupt.* sed hæc possessio est inutilis scriptis, nam sine hac hereditatẽ quoque ab intestato obtinerent.

Cur igitur in hac possessione bonorũ danda dubitabant veteres? Propter legatarios & fideicommissarios. nam testamento confirmato, legata & fideicõmissa debentur ex testamento, & hoc est quod dicitur in *d. l. posthumus.* Idcircoq; legatarii & fideicommissarii legata & fideicõmissa habebunt securi. Sed hodie hæc bonorũ possessio, vt scriptis heredib. qui ab intestato succedere possent, inutilis est, sic etiam inutilis est legatariis. Nã *ex Auth. ex caussa, sup. prox. tit.* Etiamsi ex caussa præteritionis succedatur ab intestato, nihilominus legata & fideicommissa debentur. Atque hæc dicta sunt de posthumo præterito, qui natus viuo testatore decessit. Quod † si mortuo 13
testatore nascatur & deinde illico decedat, superuacuum est quærere, an restituatur testamentum. nam hoc casu posthumus natus statim sibi locum facit, vt est *in l. 5. de iniust. rupt.* Qui cum sit suus heres, statim heres existit patri ipso iure, & moriens hereditatem sibi iure quæsitam transmittit ad quosuis heredes legitimos *l. 3. prox. tit.* Hæc si dicuntur in posthumo, qui natus statim decessit, sine dubio in eo qui natus viuit, ita rumpetur testamentum, vt non sit locus scriptis heredibus. Placebat olim etiam ex eo testamento nihil deberi *l. 1. h.* Sed hoc ius hodie in institutione locum habet: hæc vero infirmatur vt olim; cetera autem in eo testamento cõstituta firma manent, *ex Authẽ. ex caussa, s. tit. prox.* Ex his satis exposita est l. 1. 2. 3. *h.*

*Ad L. Vltimam*

Imp. Iustinian. August. Iohanni præfect. præt.

*Quidam cum testamentum faciebat, his verbis vsus est:* Si filius vel filia intra decem mensiũ spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto. *Vel ita dixit*, filius vel filia qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, heredes sunto. *Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur nõ contineri testamento & hoc ruptum facere &c.*

SVMMA-

SVMMARIA.



1 POstquã † posthumus heres instituẽdus est à patre non exheredatus, quæsitum est, quando cõmode instituatur: de quo scriptum est *in l. commodissime, de liber. & posthum.* ad hanc sentẽtiam: Posthumũ recte institui hoc modo: *Quisquis mihi postea natus erit, heres esto:* aut si testator adiicere velit tempus nascendi, ita cõmode instituetur, *siue quis viuo, siue mortuo me nascetur heres esto.* vtroq; scilicet tẽpore nominatim
2 expresso. Quod † si alterum tãtum tempus testator expresserit, placet eum qui altero tẽpore natus erit, præteritum videri, & ideo esse eam hanc pœnã præteritionis, de qua supra dixi. Vt puta testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam nascetur, heres esto,* aliquis viuo testatore natus est, habetur pro præterito, quia non est natus, vt testator scripsit.

Iustinianus hic hanc sententiam ex parte emen-
3 dauit. Constituit enim, † vt si testator ita scripsit: *Si quis mihi post mortem meam intra 10. menses nascetur, heres esto.* Constituit, inquam, in hac cõstitutione Iustinianus, posthumum natum recte institutum videri, non tãtum si mortuo testatore natus erit intra 10. menses morti proximos, sed etiã si viuo testatore natus erit. Si quis obiiciet huic loco, *legem cõmodissime.* recte respondemus, hanc esse vnam ex 50. decisionibus Iustiniani, qua veteri iuri derogauit, vt Iustinianus initio declarauit. Sed monendi sumus, hic emendari ius vetus in hac specie, vbi testator instituit, eum qui se mortuo nascetur his verbis adiectis, *intra 10. menses.* Quid ergo si testator simpliciter dixerit, *si quis me mortuo nascetur, heres esto.* an hoc quoque casu emendatur, *l. commodissime?* Quidam ita putant, quod probandum non est duabus de caussis. I. Quia quicquid lege corrigente, specialiter expressum non est, id veteris iuris regulis reliquendum est, *l. præcipimus, in fin. infr. de appellat.* II. Quia inter has species & formas multum interest, vt proinde quæ ratione certa distinguuntur, etiam iure distingui debeant.

4 Diuersitas hæc est non obscura. Nam cum testator dicit, si quis me mortuo nascetur, apparet hæc verba, me mortuo, nõ posse esse addita, nisi ad distinguendum, & excludendum eum, qui viuo testatore nascetur. Proinde viuo testatore natus & verbis & sententia verborum excluditur. Contra vero vbi testator ita dicit: Si quis me mortuo intra 10. menses nascetur: addit hæc verba, intra 10. menses, non ad distinguendum & excludendum, qui nascetur viuo testatore, sed ad excludendum, qui nascetur mortuo quidem testatore, sed non intra 10. menses. Voluit enim solum excludi eum, qui post mortem eius nascetur, vltra 10. menses, quoniam hunc pro legitimo filio habere noluerit. Quare cum hunc solum excludi voluerit per hæc verba, intra decem menses, ex eo intelligitur, ceteros omnes qui quandocunque nascentur, se velle heredes esse, ac proinde constitutione hac Iustiniani hæc voluntas confirmatur.

## AD TITVLVM XXX. COD. De iure deliberandi, & de adeunda vel acquir. hereditate.

SVMMARIA.



VT series † & ratio sequentium titulorum facilius intelligatur, paucis colligẽda est summa eorum quæ antecesserunt. Agitur hic de rebus per vniuersitatem acquirendis, quod fit inter cetera cum alicuius nobis hereditas quæsita est. Acquiritur hereditas cum delata est, iustis & constitutis ad eam rem modis, sed prius delatam esse oportet. Defertur autem testamento vel ab intestato patrefamilias mortuo. Vocantur aliqui lege ad hereditatem. Ex testamento ita defertur, si & testamentum sit, & sit iustum, & eo testamento heredes instituti simus. An fuerit testamentum, testamenti definitio declarabit. Iustum testamentum efficitur aliter in milite, aliter in pagano. In milite iustum testamentum est, quandocunque miles fieri aliquid post mortem suam voluerit. In paganis vt testamentum iustum sit, tribus in rebus positũ est, in persona testantis, in solemnibus testamentorum, & his quæ testamento cauentur. In persona testantis est, vt sit is, qui ius testandi habeat, nam non omnibus testamentum facere permittitur. Huc pertinet *titulus, qui testam. fac. possunt, supr.* De solemnibus testamentorũ, quę & qualia sint explicatur *sub tit. de testamentis.* 1

In his quæ testamento cauentur: Primum caput est, vt aliquis heres instituatur, ac sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Institutus heres intelligitur, non tantum qui scripto iussus est esse heres, aut verbis nuncupatus; sed is qui præterea recte institutus, quod fit, si & sit cum eo testamenti factio, vt heres institui possit, & instituatur eo modo, quo oportet. Hic tit. consequentes, *de heredibus instituendis, & institutione & substitutione,* quorum in priore ius explicatur de persona heredum, in posteriore de instituendi modo. Et quoniam ad quæstionem de heredibus recte instituendis, pertinet, intelligi, an plures heredes instituere liceat, & quando ordine factum sit. Nam de hac quoque re ius subiicitur, ad hanc summam, licere non tantum plures heredes instituere, sed etiam plures heredum gradus facere, vt alii instituti, alii substituti sint, vbi & de iure & effectu institutionum dictum est. Id agitur *in titulo, de impuber. & aliis substitut.*

Alterũ caput ad vim testamẽti pertinet in his quæ cauentur testamẽto, vt si testator liberos habet, hos heredes instituat, aut exheredet nominatim, siue hi

iam nati sint, siue post nascentur, hinc *tit. de liber. instit. vel exher. & de posthum. here. instit.* Cum hæc ita transacta sunt, intelligemus quando deferatur testamento hereditas. Sic enim incipiet deinceps deferri, si testator mortuus sit, & heres pure institutus, aut sub conditione quæ iam exstiterit. Hoc modo delata hereditate sequitur, vt quibus modis delata acquiratur, cognoscendum sit: id ergo optimo ordine agitur *hoc tit. & seq.* per contrarium.

2 Acquiritur † hereditas dupliciter, prout est conditio & qualitas heredum, non tantum ex testamento, sed etiam ab intestato. Ob hãc † caussam hæc di-
3 stinctio heredum traditur. Quidã sunt necessarii heredes, quidã voluntarii, id est, quidam quibus hereditas, iure acquiritur etiam nolentibus, quidam quibus non nisi volentibus. Necessariorum duo genera sunt, quidam qui necessarii tantum dicũtur, quidam sui & necessarii, vt est *in pr. tit. de hered. qual.* Necessa-
4 rius † heres est seruus a domino heres institutus cum libertate, ita vt ex testamẽto hereditatem simul & libertatem capiat. Necessarius ideo dicitur, quia heres est domini siue velit, siue nolit, ita vt nec edicto prætoris fiat ei potestas abstinẽdi, de quo genere dictum, *supr. de neces. her. & in d. §. 1. de her. qual. & differ.* Sui &
5 necessarii † sunt liberi, qui cum primo gradu essent, in potestate morientis fuerunt, vt ostenditur *in §. sui, d. tit.* Necessarii dicũtur, quia itidem vt serui a domino instituti fiũt heredes seu nolint seu velint: proinde inuiti: ꝙ si inuiti, multo magis sui iuris ignorantes vt sunt furiosi & infantes, *§. sui, de here. quæ ab intestat.* Quam ob caussam etiam decedentes prius quam de iure suo cognoscerent, aut quicquã statuerent, transmittunt hereditatem ad quosuis heredes, *l. 3. infr. h. t.* Sed iniuriosum videri potest liberos oneribus hereditariis inuitos implicari, præsertim cũ extranei heredes nõ cogantur hereditatem adire, *l. nec temere, j. h. tit.* Pugnare etiam videtur cum regula quæ dictat, inuito beneficium non dari, *l. inuito, de reg. iur.* Hæc soluuntur hac adiectione, qua dicũtur *sui.* Scire enim debemus suos heredes dictos esse, quod sint sui toti heredes siue sibiipsis heredes, quod ex ea re fit, quia sui heredes etiam viuo patre domini existimãtur bonorum paternorum, *l. in suis, de lib. & posthumis.*

Hoc declaratur nomine patrisfamilias & filiifam. quibus distinguuntur personæ patris & filii, sed in verbo *familias* cõiunguntur, vt intelligatur familiam vtrique esse communem familiam, id est bona, quod est argumentũ Pauli eo loci. Nec huic sententiæ obstare, ait Paulus, ꝙ licet parẽtibus suos filios exheredare, id est, remouere a bonis suis, nam non eo minus domini erant liberi eorum bonorum. Non igitur exheredare potest pater liberos, quia bona ad eos non pertinuerint, sed quia hoc ius patri pro potestate sua tributum sit, vt etiam bona quæ liberorũ sunt possit adimere. Argumentũ est, quod & pater potuit occidere, quod primum est argumentum superioris sententiæ. Nam nihil tam omnium hominum proprium esse solet quam vita a Deo tributa, quã tamen pater iure potestatis potuit adimere; neq; quisquam ex eo colliget, vitam non esse liberorũ propriam: sic nec ex eo, quod pater potest ordinare bona liberis, colligere possumus bona non esse liberorum etiam viuo patre. Sunt ergo bona liberorũ propria, etiam viuo patre, vt supra diximus. Hinc efficitur, vt mortuo patre liberi, qui sunt sui heredes, fiant quidẽ heredes patri, sed fiant etiam heredes sibiipsis, vt qui in priore statu etiam bonorum domini fuerint.

Quorsum hoc ad necessitatem hereditatis acquirendæ? Respõdeo: Id vero ad hanc rem optime pertinet, nám bona oblata nemo cogitur acquirere, incommoda oblata nemo cogitur suscipere, vt efficitur & regula iuris, de qua dixi, & exemplo extraneorum heredum. At bonis quæsitis iam ante, etiam inuiti & ignorantes retinemus incommoda suscepta, multo magis vbi non cõsentiunt hi quibus obligati eramus: sic fit, vt verbo necessariorum, intelligamus suos heredes & iure fieri, & inuitos: ex verbo autem suorum, intelligamus rationẽ hic contineri, cur fiant inuiti, quod alioqui iniustum & iniuriosum videri poterat. Sed acerbum est non tribuere liberis in potestate paterna, quod tribuitur extraneis: etsi enim fictione iuris domini habiti sunt viuo patre, reuera tamen domini non fuerunt, sed nec cũ creditoribus paternis quicquam contraxerunt. Idcirco prætores hanc acerbitatem iuris ciuilis mitigarũt, & fecerunt potestatem liberis abstinendi se hereditate paterna, de quo *titul. seq.* sed hac lege, si se non immiscuerint hereditati paternæ, de quo *in l. si te bonis, infr. h.*

Voluntarii † heredes sunt ceteri omnes, qui non 6
sunt in numero necessariorum heredum. Atque hi omnes vno verbo extranei dicuntur, id est, qui nec in potestate morientis fuerunt, aut si fueruut, non tenuerunt primum locum inter liberos, *§. ceteri, Instit. de her. qual. & diff.* His non acquiritur hereditas inuitis, sed tãtum volentibus, *l. nec emere, infr. h. tit.* Vnde voluntarii heredes a iuris auctoribus sunt appellati. Hinc fit vt liceat his hereditatem repudiare, de qua repudiatione agitur *tit. seq.* Fit etiã vt priusquam voluerint heredes esse, heredes nõ fiant, etiamsi maxime his delata sit hereditas. Proinde si interim decedant hereditatem delatam nõ transmittunt ad heredes, *l. 3. in fin. infr. h. tit.* Sed † cum his sola volun- 7
tate acquiratur hereditas, an amplius quid desideratur ad acquirendum? Et placet extraneis heredibus sola destinatione animi hereditatem acquiri, *l. si auia, infr. h. tit.* Nec interest, quomodo id clarius declaretur, verbis an re aliqua & facto; Verbis adeũdo, re & facto gerendo se pro herede. Vnde dicitur omnis, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato,

Aut heres adeundo fit, aut pro herede se gerẽdo, *§. vlt. Insti. de hered. qual. & diff.* Aditionis verbum occurrit, *in l. nec emere hoc tit.* et amplius de eo dicetur *in l., scrupulosum seq. infr.* Pro herede se gerere quid sit, dicetur *ad l. 1. & 2.* Sed hoc modo acquiritur hereditas his heredibus qui sunt sui iuris. His autem qui † sunt in aliena potestate ita destinatione animi 8
volentib. hereditas acquiritur, si præcesserit eorum iussus in quorum sunt potestate, *l. si quis mihi, §. iussum, de acquir. hered,* de quo *in l. filiofam. infr. h.* Interim in omnibus heredibus ad acquitendam hereditatem, destinationem animi esse oportet, ex quo intelligitur, eos qui iudicio præditi non sunt, & quorum animi destinatio nulla potest esse, hos per se acquirere hereditatem non posse. Hinc quæsitum de pupillo cui delata est hereditas, de quo *in l. potuit, inf.* Hinc de infante, de quo *in l. si infanti, h.*

Sed † hoc modo acquiritur hereditas extraneis 9
heredibus, verum non statim, sed his tribus cõditionibus. Prima est, de qua iam initio diximus, omnium heredum, tam necessariorum quam extraneorum communis, si his delata sit hereditas, *l. si quis extraneus.*

*hered. §. primo, de acquiren. hered. l. si curatoris, infr. hic.* Quod quando contingat supra expositum est. Altera conditio est, si sciat heres extraneus sibi esse delatam, id est, vt aliis verbis expressum est, *Insti. de hered. qual. & differ. §. vltim.* si heres sciat defunctum testatum, aut intestatum decessisse, se que ei heredẽ esse, id est, aut se testamento institutum, aut sine testamento proximum se cognatum esse, qui lege aut edicto prætoris vocetur ad successionem. Et hoc proprium est solum extraneorum heredum. In suis heredibus & necessariis, scientia sui iuris non requiritur; vtpote qui ignorantes, & inuiti fiunt heredes, *l. cum quidam, §. suum, de acquir. hered.* In extraneis hereditatib. cõtraria de caussa requiritur, vt de iure suo certi sint, his enim destinatione animi acquiritur, vt dixi, hereditas. Placet autem quæ destinatione animi geruntur, non nisi vera & certa scientia peragi posse, *leg. in totum, de regul. iur.* Tertia conditio est in heredũ persona, si, quo tempore hereditatem adierunt, aut pro herede se gerunt, sit cum illis testamenti factio, *§. in extraneis, Instit. eodem.* Quod non item in suis & necessariis exigitur, quia vnum & idem tempus est, cum heredes existimant, & tempus quo testator moritur, nã statim eo mortuo heredes fiunt, etiam ignorantes.

10 Aditæ † & quæsitæ hereditatis hic est effectus, vt heres siue suus, siue extraneus sit, in omne ius defuncti succedat, suscipiatque eius rei commodum & incommodum, *l. 1. 2. 3. in prin. de bon. possess.* Commodum in eo quod succedunt in dominium rerum omnium hereditariarum, itemque in actiones, quæ defuncto competierunt, *l. heres in omne, de acquir. hered.* Incommodum in eo, quod creditoribus hereditariis heres incipit obligari, non secus quam defunctus, idque siue hereditas soluendo sit, siue non sit, *leg. vltim. infra de hered. actionibus, leg. morte, de acquiren. hered.* Hoc periculo proposito admonemur, vt delata hereditate reb. adhuc integris caueamus hoc incommodum.
11 Ad † id euitandum duo sunt remedia, vnum in deliberando, alterum in inuentario rerum hereditariarum faciendo. Deliberatio hoc præstat, vt cognoscamus de facultatib. hereditatis, quibus cognitis si putemus expedire, hereditatem adibimus; sin minus, repudiabimus. Quod si etiam deliberatio hoc non præstitit, vt omne æs alienũ cognosceremus, vt sæpe multa latent, aduersus omne periculum ratio inuenta est & constituta à Iustiniano, vt heres inuentariũ faciat rerum hereditariarum, secundum formam ab ipso præscriptam, tum sine periculo adeat, de quo *in l. vlt. infr. h.*

Ex his intelligitur quæ sit ratio huius inscriptionis, de iure deliberandi, & de adeunda vel acquirenda hereditate. De iure deliberandi, quoniam deliberatio ante aditam hereditatem necessaria est: de adeunda hereditate, quia adeundo extraneis acquiritur: acquirenda, quia non sola aditione acquiritur, sed etiam ipso iure, nempe necessariis heredibus.

*Ad L. 1. & 2.*

Imper. Antoninus A. Titiæ.

*Si a patre emancipata, eo defuncto bonorum possessionem non agnouisti: frustra vereris ne hereditati paternæ sis obligata, quod seruum eius nullo iure manumisisti, res quoque & mancipia quædam propter funeris impensas distraxisti, PP. Calend. Iulii. Messala & Sabino Coss. 215.*

Imp. Alexan. A. Florentino militi.

*Cum debitum paternum te exsoluisse alleges: pro portione hereditaria agnouisse te hereditatem defuncti nõ ambigitur. PP. VI. Id. Feb. Maxim. II. & Ælia. Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Tria recensentur facta, quibus heres pro herede se gerere intelligitur.*
2 *Conciliatio legum 1. 2. & 12. hic, cum §. vlt. Instit. de hered. qualitat. & differ.* & nu. 4.
3 *Quis pro herede se gerendo, heres fiat.*

DVbitatio horum locorum hinc nascitur: ius certum est, eum qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento vel ab intestato heredem fieri, se pro herede gerendo, *§. vlt. de hered. qual. & diff.* In his autem † duobus rescriptis tria facta proponũtur, quib. 1 heres pro herede se gerere intelligitur, qui ea facit, quæ suo nomine vtiliter facere nõ potest citra ius & nomen hereditatis, id est, nisi sit iure & nomine heres, *l. pro her. in pr. de acq here.* Huius generis facta hęc sunt, de quibus hic agitur, seruum hereditariũ manumittere, distrahere res hereditarias, exsoluere æs alienum hereditarium. Nam manumittere seruum nemo potest nisi dominus, qui prius seruum in manu & potestate habuit, cum manumissio sit missio e manu & potestate, *Inst. de libert. in pr.* Non potest autem serui hereditarii quisquã dominus esse, nisi sit heres defuncti, si modo ei is seruus legatus non sit.

Similiter nec quisquã res hereditarias distrahendo in aliũ transferre potest, nisi qui earum sit dominus. Nemo enim plus iuris in aliũ trãsferre potest, quam ipse habuit, *l. nemo, de reg. iur. l. trad. de acquir. rer. dom.* nec dominus rerũ hereditariarũ esse potest, nisi q heres est defuncti, si ei res legatæ nõ sint. Idem dicẽdum est de eo, qui exsoluit æs alienũ, nã suo nomine exsoluere nemo potest nisi debitor, nec potest ex persona defuncti quisquã debitor fieri nisi eius heres. Proinde qui hæc omnia facit, recte dicitur se ꝓ herede gerere. Potest quidẽ heres æs alienum soluere non suo nomine, sed defuncti vel hereditatis nomine. Quod si apparet eũ hoc animo fecisse, ꝓ herede se nõ gerit, sed in re dubia qui exsoluit, magis suo nomine soluere videtur, quã alieno, *l. merito, D. pro soc.* Ob hãc caussam de eo qui seruũ hereditarium manumisit, diserte responsum est, eum, qui id fecit, obligari oneribus hereditariis, quasi pro herede se gessisset, *l. Iul. §. pen. de acq. her.* Idem traditur de eo qui res alienas distraxit, nihil testatus de sua voluntate, cur scilicet eas res distraheret. *d. l. pro herede, cir. pr.* Et is qui æs alienum hereditarium persoluit, dicitur hoc facto iudicium defuncti agnouisse, *l. parentib. de inoff. testam.*

Hæc cum ita sint, consequens esse videbatur, vt *in l. 1. h.* responderetur filiam emancipatam, quæ patre defuncto, horum quid fecit, heredem fieri & obligari hereditariis onerib, quia reuera pro herede se gesserit. Nunc aũt contra respondetur *in l. 1. h.* Augetur difficultas *ex l. 2.* quia ex eiuscemodi factis respondetur, heredẽ videri agnoscere hereditatẽ & ꝓ herede se gerere. Quæritur † igitur quã recte hæc tam varie 2 dicantur, & quomodo cũ superiore definitione conueniant, eius qui pro herede se gerat? Et recte sane omnia dicũtur, & nihil aduersant superiori definitioni aut his locis, in quib. dicitur, his factis vnumquemq; heredẽ ꝓ herede se gerere videri. Animaduertẽdum est † enim, non dicere nos omnem, qui pro herede se gerit, heredem fieri, & hereditatem acquirere, sed 3

eum solum, cui delata est hereditas, & vt est *in d. §. vlt. de hered. qual. & differentia*, eum tantum, qui extraneus heres vocatur ad hereditatem, vel ex testamento, vel ab intestato. Proinde pro herede se gerendo is solum heres fit, & obligatur hereditariis oneribus qui vocatur ad successionem iure ciuili, non etiam qui vocatur ad successionem iure prætorio tantum. Nam prætor heredem non facit, sed tantum dat bonorum possessionem, *§. quos autem. Inst. de bon. possess.* His autem quibus bonorum possessio tãtum datur, non acquiritur hereditas, cum pro herede gesserint, quia bonorum possessio tantum datur his, qui eam a magistratu petunt, vt olim erat necesse petere, aut apud magistratum agnoscere, quod ex constitutionibus nobis nunc facere satis est, *l. vlt. infr. qui admit. ad bon. possess.* Hoc cognito intelligi debet, emancipatam, de qua agitur in l. 1. non fuisse patri heredem, seu eam quæ vocaretur iure ciuili ad hereditatẽ patris, sed eam, cui tantum daretur bonorum possessio in hereditate patris. Vnde intelligimus hoc quoque, non fuisse eam institutam testamento patris, nam ex testamento defertur hereditas, *l. 1. 2. h. tit. l. lege obuenire, de verb. sign.* sed aut testamento patris fuisse præteritam, quo casu ei tantum datur iure prætorio bonorum possessio contra tabulas, *§. emancipatis, Instit. de exher. liber.* aut eius patrem intestatum decessisse, quo casu emancipata iure ciuili non succedit, sed datur ei bonorum possessio vnde liberi, *§. emancipati, Instit. de her. quæ ab intest.*

Sed vnde colligimus talẽ filiam hic proponi, cum nihil exprimatur de eo? Respondeo: Intelligitur ex duabus partibus rescripti: I. quod proponitur filiam vocari ad successionem vt emancipatam. Si instituta esset, non vocaretur ad hereditatem patris, vt emancipata, sed vt quiuis extranei instituti heredes: sed filia emancipata vocatur, cum datur præteritæ bonorum possessio secundum tabulas, aut ab intestato datur ei bonorũ possessio, vnde liberi. Colligitur præterea ex illis verbis, quod dicitur manumisisse seruum nullo iure, distraxisse res hereditarias nullo iure, priusquam bonorum possessionem agnouisset. Nam si ad hereditatem vocaretur iure ciuili, hæc omnia suo iure posset facere, cum vellet sine vlla bonorum petitione, quia hereditas sola animi destinatione acquiritur, vt dictum, *l. si area, h.* Non obstant ergo ii loci, in quibus traditur, eum qui seruũ hereditariũ manumisit, aut res hereditarias distraxit pro herede gerere videri, *d. l. pro herede, l. in lege, §. pen. de acquir. hered.* Nam & hic fatemur filiã emancipatam, quæ litẽ fecit, pro herede se gerere voluisse, sed negamus ideo heredem fieri; quia non erat vocata, sed tantum admissa ad bonorum possessionem iure prætorio. Hæc autem nullo extraiudiciali facto acquiritur, sed agnatione apud magistratum testata, *d. l. vlt. qui admitti ad bon. poss.*

Quod si filia in proposito a patre heres instituta esset, quia iure ciuili ei hereditas deferretur, dicemus eam iis factis pro herede gerere, & oneribus hereditariis implicari. Idem hodie dicemus, si ab intestato patri succedat. Nam *ex Nouell. de hered. quæ ab intest. §. 1.* omnes liberi vocantur ad successionem patris, seruato ordine gradus, sed sublata differentia patriæ potestatis & emancipationis. Solum huic rescripto locus erit hodie cum filia emancipata testamento patris præterita erit, quemadmodum hoc casu testamentum iure ciuili valere dixi, tantumque emancipatæ relinqui bonorum possessionem contra tabulas, *Auth. non licet, & seq. de lib. prater.* Cur † ergo *in l. 4 12. h. tit.* dicitur simpliciter eũ qui æs alienum exsoluit, id est, qui aliquo facto pro herede se gessit, statim videri hereditatem agnouisse? Respondeo: quia de eo agitur, qui iure ciuili sit heres, seu qui iure vocatur ad hereditatem. Id quidem non exprimitur aperte, sed non obscure intelligitur ex eo, quod dicitur exsolutione æris alieni agnouisse hereditariam portionem. Nam hoc verbo, *hereditariam portionẽ*, supponitur, eam portionem, de qua quæritur, fuisse hereditariam, id est, ad hũc iure hereditario pertinuisse: sed solum quærebatur, an heredes videretur hanc portionem agnouisse, dum æs alienum exsoluit. Ex his apparet infirmari quod dixi de ratione acquisitæ hereditatis in extraneis successionibus, vt scilicet tunc illis acquiratur, cum animi destinatione iis deferatur iure ciuili hereditas; diuersum esse, cum iis deferretur iure prætorio bonorum possessio.

*Ad L. 3. Si fratris.*

Imp. Gordianus A. Florentino militi.

*Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate: siue ex asse heres institutus est, etiã clausis tabulis heres potuit exsistere: siue ex parte nihilominus statim suus ei heres exstitit: nec ea propter quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatũ, tu ad eiusdẽ fratris tui potes accedere successionem. Quod si cum iuris sui esset, ante aditam hereditatem decessit, tuque fratri tuo legitimus heres exstisti: siue intra tempora edicto præfinita, bonorum possessionem agnouisti: quæ hæreditariarum facultatum sunt, vel quæ ab alio iniuria detinentur, præsidis diligentia tibi restituentur. PP. XV. Kal. sep. Gordian. A. II. & Pompeiano. Coss. 242.*

SVMMARIA.

1 *Pater relicto filio herede, relicto item fratre, decessit: filius ante aditam hereditatem moritur, institutis extraneis; quæritur, vtrũ successio ad extraneos, an vero ad patruum perueniat?*

2 *Hereditas non adita ad heredes eius, cui delata erat, non transmittitur.*

Pater decessit relicto filio vel herede instituto, vel legitimo herede relicto, decessit idem & relicto fratre suo eodemq; filii patruo. Filius defuncto patre priusquã adiret hereditatẽ, aut bona hereditaria patri attingeret, statim decessit institutis forte extraneis heredib. Hic successionẽ defuncti fratris vindicat frater eius superstes, de quo dixi, aut vindicat res hereditarias singulas: contra heredes defuncti filii eã successionem ad se pertinere contendunt. Quæstio est † ad vtros pertineat successio defuncti patris? Quæstio in eo, vtrum patris hereditas filio adhuc viuenti quæsita esset? Nam si quæsita sit transmittitur ad heredes suos; sin minus, datur locus fratri defuncti legitimo heredi. Horum vtrumque efficitur ex defuncti hereditate. nam hereditas huius filii, de quo quæritur, est successio in vniuersum ius, quod is filius moriens habuit, non in ius alienum, *l. hereditas, de regul. iur. l. nihil aliud, de verborum sign.* Inde controuersia fratri defuncti patris, consulit Imperatorem quid iuris?

Rescriptum est accommodatũ ad eam dubitationem, de qua dixi, hac distinctione: Referre vtrum filius de quo quæritur, fuerit in potestate morientis patris, an vero fuerit emancipatus, vel alio modo sui iuris

iuris factus viuo adhuc patre. Si in potestate patris, statim heres exstitit, id est, ipso iure sine alia aditione aut immixtione, *§. suæ, de hered. quæ ab intestat. leg. in suis. D. de suis & legitim.* & clausis etiam tabulis testamenti. quod hic adiectum est, propter ius vetus, quo cautum erat, hereditatem non posse adiri ante apertas tabulas testamenti, *l. iure, §. nouissim. infr. de cad. toll.* Sed hoc ius locum habebat in extraneis heredibus, quibus non potuit acquiri hereditas, nisi certis de iure suo. Nõ videbantur enim iuris sui certi esse posse priusquam tabulæ aperirentur, ex quibus de iure suo cognoscerent. At in suis heredibus, quemadmodum destinatio animi, & certitudo iuris sui non desideratur, semper placet hoc ius ad suos heredes non pertinere. Et hoc est quod dicitur, aperturam testamenti ius sui heredis non mutare, id est, non impedire eos, quo minus iure heredes exsistant, siue apertæ sint tabulæ, siue non, *leg. 2. §. apertura, de hered. instit.*

Scriptum quidem est, *leg. 5. §. vltim. de iur. & facti ignor.* qui ex asse heres est, posse petere bonorum possessionem, etiam ante apertas tabulas. Sed aliud iuris est in hereditate adeunda. Hæc non poterat adiri olim nisi apertis tabulis. Sed hoc ius hodie sublatum est, & effectum, vt non tantum sui heredes clausis tabulis heredes exsistant, sed etiam vt clausis tabulis adiri possit hereditas ab extraneis heredibus, *d. §. in nouißimo, de cad. toll.*

Hereditate hoc modo iure filio quæsita, consequens est, quod hic dicitur, fratrem superstitem ad fratris successionem accedere non posse. Nam si filius is, qui heres patri exstitit, alios heredes instituit, quam hunc fratrem, patruum suum, ad institutos pertinet & filii & fratris hereditas. Si filius intestatus decessit, pertinebit quidem hereditas, & successio ad hunc fratrem. vt legitimum heredem eius, sed non pertinebit vt successio fratris, sed vt successio filii, cui iam ante erat quæsita. Quod si filius hic sui iuris fuerit viuo patre, & non adita hereditate decesserit, non quæsiuit hereditatem, vt initio dixi. Proinde mansit semper hereditas, ex quo consequens est, eam pertinere ad omnes heredes patris defuncti legitimos: inter quos cum sit defuncti frater, consequens est, hereditatem ad eum pertinere, si adierit hereditatem aut quouis alio modo agnouerit. Quod si defuncti fratris hereditas ad eum pertinet, etiam in rerum singularium dominium succedit, sine alia rerum singularum apprehensione, *leg. cum heredes, de acquirend. hered.* Quod rursum si ita est, efficitur, quod extremo hoc loco dicitur, hunc fratrem defuncti fratris res hereditarias singulas iure vindicare posse, seu in rem actione petere & consequi, vt a quouis possessore sibi restituatur. Nam in rem actio competit ei, qui iure gentium aut ciuili acquisiuit dominium, *l. in rem, de rei vindic.* Obi-
2 ter† hic illa sententia notanda est, hereditatem non aditam, ad heredes eius, cui delata erat non transmitti, de quo plura *ad l. quoniam, infr.*

*Ad L. 4. Filiofam.*

Imper. Decius A. Athenaidi.

*Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gesßit, solemnitati iuris satisfactum videri, sæpe rescriptum est, PP. X. Kalend. Mart. Decimo A. & Grato Coss. 251.*

SVMMARIA.

1 *Hereditas seruo aut filiofamilias delata, domino vel patri non acquiritur, nisi volentibus & adire iubentibus.*

2 *Hereditas filio delata, an patri, si consentiente filio pro herede se gerat, acquiratur,* & nu. 4.

3 *Pro herede se gerere quis dicatur?*

5 *Post constitutionem Iustiniani, an ad hereditatem filio acquirendam, & patris iussus & filii consensus sit necessarius.*

Per seruum & filiumfamilias, qui in potestate nostra sunt, ceteræ res acquiruntur etiam nobis inuitis. Hereditas † autem illis delata, non acquiritur, 1
nisi volentibus nobis, atque ideo iubentibus, vt hereditatem adeant, *l. acquiruntur, l. etiam inuitis, de acquirend. rerum domin.* Quod hac ratione constituitur, quia ceteræ res singulæ acquiruntur sine onere & incommodo nostro, hereditas autem ære alieno nos obligat, *l. pure, de acquirend. hered. l. si hereditas. D. mandat. l. vltim. infr. de hered. actio.* Ratione ciuili & naturali permissum est vnicuique alterius conditionem meliorem facere inuiti & ignorantis, deteriorem autem facere non licet, *l. soluendo, de neg. gest.* Ob hanc caussam ius ita constitutum est, vt siue seruo hereditas delata sit, siue filiofamilias, iussus patris & domini præcedere debeat, sequi aditio filiifamilias aut serui, *leg. qui mihi bona, §. iussu, de acquir. hered.*

Hinc † quæsitum est, an hereditas filiofamilias 2
delata, acquiratur patri, si consentiente filio se pro herede gerat? Dubitationis caussa manifesta est, ex eo quod supra dixi. Nam hic non mandat pater, vt filius hereditatem adeat, sed filius mandat patri, aut consentit, vt pro herede se gerat. Præterea filius hereditatem non adit, sed pater solus pro herede se gerit. Itaque vtrumque contra supra scriptam sententiam fieri videtur, ideoque nec videtur hereditas patri hoc modo acquiri posse. Hic rescriptum est, nihilominus hoc modo recte acquiri, quia solemnitati iuris satisfactum sit. Hoc vero dicitur: Satisfactum enim est in hac specie solemnitati iuris, si nõ secundum verba, at secundũ sententiam superioris iuris, si non recte, at certe per sequentiam. Nam primo pater pro herede gerendo, declarat se velle hereditatem filii acquiri, ac nihil aliud egisset, si mandasset filio, vt ipse adiret. Nihil aliud enim hoc mandatum significaret, quam patrem velle sibi hereditatem acquiri, vt sic intelligatur hereditatem sibi non acquiri inuito, iuxta *l. qui in aliena. de acq. her.*

Sed hæc in proposita specie voluntas patris de acquirenda hereditate præcedit, quamdiu exigimus vt iussus præcedat. Prius est enim, vt pater velit, hereditatem acquiri, quam vt acquirenti filio consentiat. Ergo hic omnino mandato & iussu patris præcedente confirmatur sententia. Quod ad aditionem filii attinet, hoc pro certo haberi debet, hereditatem filio delatã sine aditione filii, acquiri non posse. nam nec delata seruo acquireretur, nisi seruo adeunte, *l. 3. supr. de instit. & substit.* Et merito, quia soli filiofamilias hereditas defertur iudicio testatoris aut legis, *l. qui liberis, §. vltim. de vulg. & pup.* Sed intelligendum est, cum in proposito filius consentit, vt pater pro herede se gerat, hoc ipso quod consentit hereditatem adire videri. Nam hereditas patri acquiri non potest, nisi filio prius adeunte, vt dictum. Proinde

filius permittendo id quod est consequens, intelligitur simul velle id quod est antecedens, nempe hereditatem adiri, *argum. in l. illud, de acquirend. hered.* Quinimo filius permittendo patri pro herede se gerere, hoc ipso intelligitur & ipse se pro herede gere-
3 re. Nam † pro herede gerit, qui id facit: quod nisi heres facere non potest. At permittere patri, vt fiat heres nemo potest nisi filius, qui ipse heres est, quoniam nemo plus iuris in aliū transferre potest, quam ipse habet, *l. nemo plus, de reg. iur.* Proinde filius hoc permittendo etiam pro herede se gerere intelligitur. Recte igitur dictum est in hoc rescripto: Cum pater voluntate filii pro herede se gerit, solemnitati iuris satisfactum esse, id est, perinde habendum esse quasi iubente patre filius hereditatē adiisset, aut pro herede se gessisset.

Interim hoc rescripto & definitione ea, quam su-
4 pra posui, cōstituitur hoc, vbi † filiofamilias hereditas delata est, hanc patri non acquiri, nisi aut filius mandato patris aut pater voluntate filii hereditatem acquirat, & ita vtriusque voluntatem in hac acquisitione concurrere debere. Videri potest huic sententiæ aduersari, *l. qui in aliena, §. 1. de acquiren. hered.* vbi scriptum est: Filiofamilias delata hereditate, si pater diu possederit hereditatem videri ipsum & hereditatem admisisse. Item *l. si filiusfam. de pet. her.* vbi conuerso modo dicitur, si filiusfamil. delata hereditate filius hereditatē domini possederit, videri commodum hereditatis patri quæsiuisse. Sed hi loci non obstant, quoniam in his non agitur de acquirenda hereditate filiofamilias delata, sed de probatione acquisitionis. Si de acquisitione quæritur, vtriusq; voluntas est necessaria & filii & patris, vt hic declaratur, neque refragatur id superiorib. locis. Siue enim pater possideat hereditatem, exigimus vt filio consentiente id fiat: siue filius ipse possideat, exigimus, vt fiat voluntate patris, alioqui hereditas inuito non acquiritur. Sed si quæratur an pater filio, aut filius patri consenserit? Illis locis ostenditur, id non solum testibus probari posse, sed etiam longa hereditatis possessione.

5 Quæritur, † an hodie post constitutionem Iustiniani, iussus patris & consensus necessarius sit ad hereditatem acquirendam, quæ filiofamilias delata sit? Nam cōstituit Iustinianus omnium aduenturorum proprietatē filiofamilias acquiri, & inter cetera etiam delatæ hereditatis proprietatem, *l. cum oportet, l. vlt. infr. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas person.* Et puto hodie vtriusque consensum non esse necessarium, si filius adire hereditatem voluerit, licebit ei hoc facere etiam ignorante patre, nam potest adire etiam patre inuito, *l. vltim. de bon. quæ lib.* multo igitur magis ignorante patre, *l. qui potest, de reg. iur.*. Quod si filius hereditatem adire volet, fit potestas patri hereditatis adeundæ, idque sine voluntate filii, qui iam repudiarit, *d. l. vlt.* Quod si filius hereditatem patri acquirere volet, hic quidem volūtas patris necessaria erit, ne inuitus pater obligetur hereditati. Sed non est necesse etiam hoc casu vtriusque consensum interuenire. Nam repudiante etiam filio, patri volenti hereditas acquireretur, vt dixi. Neque tamen sublatum est ius, quod hic traditur, & *in d. l. si quis mihi bona, §. iussu, de acq. her.* Nam si filiofamilias hereditas delata est contemplatione patris, hæc videtur a patre potius profecta, & patri acquiretur per filium, *arg. in l. sed si plures, §. in arrogato, de vulg. l. profectitia, de iur. dot.* Poro etiam constitutionib. Iustinani bona profectitia ad patrem redeunt, eique acquiruntur pleno iure, *d. §. 1. per quas pers. nob.* Proinde & in hoc quoque genere hereditatis necessarius erit consensus & iussus patris ad acquirendam hereditatem.

*Ad L. 5. Potuit.*

Valerianus & Gallienus. AA.
Paulo.

*Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerēdo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. PP. XVI. Cal. Iul. ipsis IIII. & III. AA. Coss. 258.*

SVMMARIA.

1 *Pupillus an acquirere possit.*
2 *An omnis pupillus possit acquirere.*
3 *Pupillus quando acquirere possit.*
4 *Pro herede se gerere, item hereditatem adire quid sit.*
5 *Pupillus an solus, an vero non nisi alterius, & cuius auctoritate acquirere possit,* & nu. *6.*
7 *Actus & voluntas pupilli ad hereditatem sibi per tutorem acquirendam necessario requiritur.*
8 *Caussæ propter quas tutor pupillo inuito acquirere nequeat.*
9 *Tutor pupillo inuito possessionem bonorum acquirere non potest, & cur.*

PVpillo, id est impuberi qui non sit sui iuris, *l. pupillus, de verborum significat.* delata est hereditas, siue quod heres institutus sit, siue quod tanquam proximus agnatus defuncti vocetur ad successionem. Circa hereditatem hāc acquirendam duæ sunt summæ quæstiones. Vna an ipse pupillus hereditatem possit accipere suo facto? Altera, an possit tutor ei acquirere eius nomine adeundo? In priore capite hæc quæruntur. Primo, an possit pupillus acquirere. Secundo, an omnis pupillus, etiam infans. Tertio, quando. Quarto, an solus, an vero non nisi alterius auctoritate. Quinto, cuius auctoritate. Primum, † an 1
simpliciter pupillus hereditatem acquirere possit, ideo quæritur, quia hereditas destinatione animi acquiritur, *leg. si ania, sequent.* Nulla autem animi destinatio esse videtur in ea ætate. Et placuit pupillum delatam sibi hereditatem, posse acquirere sibi, *vt hic, & leg. pupillus, de hered. acquirend.* Sed fauorabiliter, vt dicitur *in dicta leg. pupillus*, id est, non summo iure, sed benignitatis caussa pro fauore pupilli, vt hereditas acquiratur. Nam reuera non est in his destinatio animi certa. Neque tamen cum dicimus eum posse hereditatem acquirere, fit contra præcepta iuris, quæ desiderant destinationem animi, quia quod iudicio pupilli deest, suppletur auctoritate tutoris, vt est *in leg. quamuis, §. vltim. de acquir. hered.*

Sed an † omnis pupillus hereditatem possit ac- 2
quirere, quod propter infantem quæritur, cuiusmodi ætas pupillorum nullum intellectum habet, neo multum a furioso differre putatur, *§. pupilli, Instit. de inutil. stip.* Et placet etiam infantem posse acquirere se pro herede gerendo, vt est diserte scriptum, *in l. seruo, §. si pupillo, D. ad Trebellian.* Vnde & sine exceptione iuris, recte hoc loco definitum est de omni pupillo.

Sed obstat *d. leg. pupillus, de acq. her.* vbi excipitur pupillus

pupillus qui fari non potest, cum dicitur, pupillum, qui fari potest hereditatem posse acquirere. Obstat etiam conditio ætatis, cum in infante nullus sit intellectus. Respondeo, obseruandum est *in d. l. pupillus*, generaliter definiri pupillum hereditatem acquirere posse, quo declaratur, posse eũ acquirere quouis modo, & adeundo, & pro herede se gerendo. Cum ita definitur recte excipitur infans, quia infans non potest quouis modo hereditatem acquirere. In hac autem lege, non dicitur simpliciter pupillum successionem consequi posse, pro herede se gerendo, quorum vtrumq; recte dicitur, & inde est sequens quæ-
3 stio, Quando † pupillus vel infans, vel maior infante hereditatem possit acquirere? Et respondetur, quod maior infante hereditatem acquirere possit adeundo, multo magis pro herede se gerendo, *l. si infanti. §. vltim. h. tit.* Infans autem pro herede gerendo acquirere potest, vt hic generaliter definitum est, adeundo acquirere non potest, vt declaratur, *in d. l. seruo, §. si pupill. ad Trebell.*

4 Differentiæ ratio est, quia se † pro herede gerere, est tanquam dominum res tractare hereditarias, vel ad heredem pertinentes: hoc etiam potest facere heres infans, cum ei tanquam domino res in manus traduntur. Adire vero est verbis declarare voluntatem de agnoscenda hereditate, vt suo dicetur loco. Hoc vero infans præstare non potest, quia lo-
5 qui non potest. Sed † an solus pupillus hoc modo, scilicet, pro herede se gerendo hereditatem acquirat, vetus fuit quæstio, propterea, quod cum de acquirendo agitur, non est pupillo necessaria tutoris auctoritas, *Institut. de auctor. tut.* Hic autem de acquirenda hereditate agitur, sed non solum de ea acquirenda agitur, verum etiam de pupillo obligando, quia hereditas nos æri alieno obligat, *leg. more, de acquirend. hered.* Et ideo iam olim receptum est, nec hereditatem acquiri, nec bonorum possessionem, nec fideicommissum hereditatis pupillo restitui posse, sine tutoris auctoritate, *§. neque, de auct. tut.* Et hoc ita intelligendum est, nisi sit infans, *l. si infanti*, vt dicetur infra.

6 Desideratur † autem hic nominatim auctoritas tutoris, quia curatoris auctoritas est ad acquirendam hereditatem inutilis pupillo, etiamsi fingamus curatorem datum esse pupillo tutorem habenti, vt in aliquibus caussis receptum est, *leg. cum in vna, §. vltim. de appellatio.* Idque commune est, quia curator rebus datur, non personæ. Tutor autem personæ, non rebus, *§. secundo, Institut. de curat.* In hereditate autem acquirenda noua persona magis suscipitur quam nouum dominium, & per consequentiam dominium rerum suscipitur, nam heres in personam & locum defuncti succedit, *leg. quædam, §. primo, de edendo.* Vnde dicitur heredis personam eandem esse cum defuncti. *Nouell. de iureiurand. a mor. præst. in medio.* Sciendum tamen est, si pupillo tutor non sit, posse pupillum adire magistratum, cuius decreto si hereditatem agnoscet pupillus, solemnitatibus iuris satisfactum est, & hereditas pupillo acquiretur, *leg. si infanti, §. vltim. infr. leg bonorum. supr. qui admit. ad bonor. possess.* Hæc de hereditate pupilli, per ipsum acquirenda.

Hic dixerit aliquis, cur laboremus, an hoc an illo modo, an huius an illius auctoritate hereditas acquiratur, cum sit compendiaria via ad acquirẽdum, si tutor qui iudicio valet, potest eius nomine adire hereditatem, eique acquirere, Et ne frustra in superiori definitione laborauerimus, subiicitur hic quod ad posteriorem quæstionem pertinet, Nempe † i- 7
psius pupilli actum & voluntatem, ad acquirendam hereditatem necessarium esse. Tutorẽ autem ipso ignorante, ei acquirere hereditatem nõ posse. Quod ait rescriptum: Actum & voluntatem pupilli in acquirenda hereditate esse necessariam, videtur aduersari, *§. vltim. Institut. de hered. qual. & differ. & leg. si auia, seq.* vbi traditur, hereditatem sola animi destinatione, & sola voluntate acquiri.

Respondeo: Hæc non sunt contraria. Nam hereditas non acquiritur, nisi aut pro herede gerendo, aut adeundo, id est, verbis voluntatem suam testando de acquirenda hereditate, vt explicatur *in dict. §. vltim. de hered. qual. & differ.* Proinde si pupillus se pro herede gerit, hic manifeste vtrumque requiritur, & actus gestionis, & voluntas, quatenus voluntatis pro suo captu capax est. Sed etsi pupillus hereditatem adit, hic quoque vtrumque requiritur & actus & voluntas. Voluntas, vt velit hereditatem agnoscere, deinde actus, vt hanc voluntatem testetur, vt est *in dicto §. vltim. de hered. qual. & differ.* Et quod dicitur sola animi destinatione hereditatem acquiri, id intelligendum est, ita sola destinatione, quæ tamen testata est *d. §. vlt.*

Quod † additur: Tutorem pupillo hereditatem 8
acquirere non posse, duabus de caussis recte constituitur. Primo, quia nemo hereditatem acquirere potest, nisi cui delata sit, *dict. leg. si quis extraneus, §. primo, de acquir. hered.* Defertur autem hereditas pupillo non tutori, deinde hereditas obligat nos æri alieno, vt supra dictum. Tutor autum inuitum pupillum hereditati obligare non potest, non magis quam filius patrem, aut seruus dominum, *dict. leg. qui in aliena.* Quod † de hereditate dicimus, idem 9
etiam de bonorum possessione dicendum videtur, tutorem inuito pupillo, bonorum possessionem acquirere non posse, ob eam quam dixi caussam. Non obstat *l. tutor, & l. si pupillo, de bonorum possessione, l. bonorum, infr. qui ad bonorum possess. adm.* vbi constanter traditur, tutorem pupillo bonorum possessionem petere posse. Aliud enim est bonorum possessionem petere pupillo, aliud possessionem ipsi acquirere. Prius recte fit, sed non acquiritur pupillo, nisi aut iam ante cõsenserit, aut petitionem postea ratam habuerit, *argumentum, in leg. tertia, § acquirere, de bonorum possessione.* Hæc tamen temperata est *in leg. si infanti, infra.* in infante, de quo constituitur, vt tutor eius nomine hereditatem adire possit. Secundum quam exceptionem, & *l. potuit*, interpretanda est, iuxta regulam iuris, in toto iure generi per speciem derogatur, *l. in toto, de reg. iur.*

*Ad L. 6. Si auia.*

Impp. Diocletianus & Maximian. AA. Philippæ.

*Si auia tua patrem tuum ex duabus vnciis scripsit heredem, ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur, si testamento suo easdem vncias ad te pertinere decreuit: apud rectorem prouinciæ duarum vnciarum ius persequi poteris, PP. XVI. Calend. August. Sirmii ipsis IIII. & III. A. Coss. 298.*

SVMMARIA.

1 *Hereditatem aperte non agnoscens, si vel in testa-*

*mento vel alibi dixerit, se velle, vt hereditas ad heredes suos perueniat, hoc ipso heres fit, & hereditatem transmittit.*

2 *Hereditas vnde adita intelligatur.*

1 QVi † hereditatẽ sibi delatam aperte verbis non agnouit, vt diceret se velle heredem esse, neque quicquam hereditarium in ea hereditate attigit, si moriens in testamento aut alibi dixerit, se velle, vt ea hereditas ad heredes suos vel institutos, vel legitimos perueniat, hoc ipso heres fit, & hereditatem transmittit ad heredes. An quod hic de hereditate auiæ agitur, quæ ex constitutione Theodosii filio delata transmittitur ad nepotes etiam non adita? *leg. vn. infr. de his qui ante aper. tabul. hered. transm.* Minime. nam nondum edita illa Theodosii fuit constitutio. Itaque non potuit hic dici hereditatem transmitti ad nepotem, nisi quia a patre erat adita. Sed
2 vnde † aditam intelligimus, cum non acquiratur hereditas, nisi aliquo modo heres testatus sit voluntatem suam de hereditate acquirenda, §. *vltim. de here. qual. & differ.*

Respondeo, Qui dixit se velle, vt hereditas sibi delata ad suos heredes perueniat, satis declarauit, se velle eam hereditatem patris ad se pertinere, ideoque se heredem esse. nam nisi quæsita esset ei hereditas, non perueniret ad eius heredes, vt tempore huius rescripti ius fuit: qui voluit aliquid, id etiam voluisse intelligitur, quod necessario antecedit, *l. illud, de acquir. hered.* Proinde qui se velle dixit hanc hereditatẽ peruenire ad extraneos, eam ad eos transmittet.

## *Ad L. 7. Quædam.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Eusobino.

*Quoniam sororem tuam prius functam esse proponis, quam agnosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum: manifestum atque euidens est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. PP. Cal. Maii, Thiralli AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Hereditatem, quam quis sibi delatam ignorat, adeundo vel pro herede gerendo acquirere nemo potest.*

2 *Hereditas non adita, quamuis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes non transmittitur.*

3 *An ius adeundi ad heredes transmittatur.*

4 *Hereditas nõ adita certis in casibus ad heredes transmitti potest.*

5 *Caussa, cur hereditas non adita transmitti possit, duplex assignatur.*

1 HIc statuuntur duæ sententiæ, quas initio huius tituli attigi. Prior † est: Neminem posse adeundo, aut pro herede gerendo hereditatem acquirere, quamuis sibi delatam, si ignoret eam hereditatem sibi delatam esse, quæ sententia expressa est *in §. vlt. Instit. de hered. qual.*

2 Altera † sententia est, hereditatem non aditam, quamuis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes eius non transmitti. regula iuris antiqui, quæ refertur & confirmatur *leg. vltim. infr. de cad. tollend.* Sed
3 an † heres ius adeundi saltem, quod habuit ad heredes suos transmittit? Et regulæ sententia hæc fuit: Neque hereditatem, neque ius hereditatis adeundæ transmitti. Quod optima ratione constitutum est. nam heres heredis, qui hereditatem non adiit, aut voluit eam hereditatem adire, vt hereditatem sui antecessoris, & id facere non potuit, quoniam illi quæsita non fuit: aut voluit adire, vt hereditatem eius, cuius iussu & a quo delata erat suo antecessori, & hoc multo minus facere potuit, quia illius nõ est heres. Cum igitur nullo iure possit hanc hereditatem acquirere bene statuitur hanc hereditatem ad eos non transmitti.

Hoc tamen † ius non est perpetuum, sed quibusdam in casibus hereditas non adita ad heredes transmittitur, quod statuitur partim ex persona, partim ex caussa. Ex personis tunc, cum agitur de hereditate parentum in liberis transmittenda, de qua est constitutio Theodosii, *leg. vnic. infr. de his, quæ ante aper. tabul.* cuius mentio est *in dict. §. nouissimo, de cond. toll.* 4

Caussa † cur placeat hereditatem non aditam transmitti, est duplex. Prima, si heres, cui ius deliberandi tribuitur constitutione, intra tempus ad deliberandum præstitutum decesserit, *leg. cum antiquioribus, infr. hic.* cuius item mentio est *in dict. §. nouissimo.* 5

Altera caussa est, si is qui legitimus heres esse poterat defuncto, institutus sit ab eo, testamento suo, in quo is, qui in vtero erat, præteritus sit. Nam si hic dum pendet, an posthumus nascatur nec ne, decesserit, non adita hereditate, placet eius heredes petere posse bonorum possessionem ex æquo & bono, *leg. illud, §. vltim. l. sequen. de bonorum possessione contra tabulas, leg. ventre, de acquirend. hered.* Has quoque exceptiones attigimus supra, *ad. d. l. emancipati, supr. qui ad bon. poss. admittantur.*

## *Ad L. 8. Licet.*

Impp. Diocler. & Maxim. AA. & CC. Claudio.

*Licet incontinenti sui heredes se paternis non immiscuerint bonis: tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem, longi temporis præscriptione, quo minus hanc recte vindicent, excludi non possunt. S. XVII. Calend. Ianua. Sirmii. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *An vindicanti hereditatẽ obstet longi temporis præscriptio.*

2 *Quid si possessor triginta annis possederit hereditatem?*

FIlius qui in potestate patris morientis fuit, patri defuncto exstitit ipso iure suus heres, etiãsi ignoret patrem defunctum esse, *leg. 3. supr. hic.* Heres factus hereditatem sui iuris recte vindicat a quibusuis possessoribus, qui hereditatem pro herede, vt possessores possident, *l. licet regulariter, de acquirend. hered. l. hereditas, infr. de pet. hered.* Quæsitum † est an vindicanti obstet longi temporis præscriptio, si is a quo hereditas vindicatur bona fide eam hereditatem longo tempore possederit, id est, 10. annos inter præsentes, 20. inter absentes, *l. vltim. infr. de long. temp. præscript. l. vltim. de vsucap. transfer.* Mouent quæstionem constitutiones, quibus efficitur, his, qui rem aliquam bona fide & iusto titulo initio possident, competere præscriptionem longi temporis, *l. 2. & tot. tit. de præscr. long. temp.* Et placet hereditatem 1

vindicanti

vindicanti non obstare longi temporis præscriptionem, quicunque heres sit, qui hereditatē vindicabit, vt hic traditur, *& leg. hereditatis, infr. de pet. hered. leg. diutina, de præscript. long. tempor. l. hereditatem, infr. in quibus caußis long. temp præscript. ceſſ.*

Non obstat quod longi temporis præscriptio bonæ fidei possessori datur. Non enim solum hac conditione datur, si quis bona fide possederit, sed hoc amplius, si iusto titulo, *dict. leg. 2. & leg. penult. l. nullo, de rei vindicat.* Is autem a quo hereditas petitur nullo iure possidet. quæ ratio significatur *in dict. leg. diutina, infr. de longi tempor. præscript. & dict. leg. hereditatem, infr. in quib. caußis ceſſ. long. temp. præscrip.* idque intelligitur ex definitione possessionis. Nam petitio hereditatis competit aduersus eum, qui pro herede, proue possessore possidet, *d. l. regulariter, de her. pet.* Is autem possidere dicitur pro herede, qui putat se heredem esse & non est. Pro possessore autem possidet prædo, id est, is qui non putat etiam se heredem esse *l. pro herede, in pr. §. vlt. cum l. seq. de pet. hered.* Neuter igitur istorum titulo possidet, cum neuter sit heres, nec illi prodest, si putet se heredem esse non enim ideo heres est, quia se esse putat. Denique error tituli vsucapionē non adfert, *l. Celsus, de vsucap.* Quid
2 si † possessor hereditatis, 30. annis possederit hereditatem? Respondeo, Nocebit vindicanti heredi triginta annorum præscriptio, siue sit filius defuncti, siue extraneus, *leg. sicut, infr. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

*Ad L. 10. Si te bonis.*

Impp. Diocletia. & Maximin. AA. & CC. Sabinæ.

*Si te bonis maternis maior quinque & viginti annis immiſcuiſti: neque inopia patris te excuſat, neq; vis fratris portionem tuam vel teſtamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui iure ciuili pro hereditaria portione te conueniunt, poteſt. S. XVI. Kal. Ian. Sirmii, Cæſaribus Coſſ.*

SVMMARIA.

1 *Heres bonis paternis ſeſe immiſcens, ſi hereditas eius ſoluendo non fuerit, vtrum creditoribus ita teneatur, vt de ſuo ſoluere cogatur.*

2 *Quid ſi frater vel alius portionem eius hereditariam occupauerit, vt iis ſatisfacere non poßit.*

QVod in extraneis hereditatis aditio, aut pro herede gestio, id valet in suis heredibus immixtio. Heres extraneus hereditatē adeundo, aut pro herede gerendo fit heres, ita vt iure ciuili postea repudiare non possit *l. 4. ʒ. prox. tit.* Eodem modo & suus heres, cum se bonis paternis immiscuit, ita efficitur iure ciuili suus heres, vt nec iure prætorio habeat abstinendi facultatem, *l. necessariis, de acq. her.* In suis heredibus immiscere se bonis idipsum est, quod in extraneis pro herede gerere, id est, ita se immiscet filius bonis paternis, cum aliquid gerit tanquam heres patris, *l. eum bonis, de acq. her.* Sed extraneus dicitur adire & pro herede, id est, tanquam heres gerere, quia venit ad bona nondum quæsita, sed oblata tantum, idque facit non quia iam sit heres, sed quasi heres. Suus autē priusquam sese immisceat patri heres est, & dominus rerum hereditariarum: ideo si eas res attingit dicitur se suis bonis immiscere.

Et hæc de maiore 25. annis herede dicta sunt, vt initio huius rescripti dictum est, quia minor siue hereditatem adierit, cū esset extraneus, siue suis se immiscuerit, ita fit iure communi heres, vt tamen possit impetrare in integrum restitutionem, vt sibi repudiare, aut sese abstinere liceat bonis, *l. si vt minor se abstineat hered. supr.* Heres ita factus, vt supra dictum est, statim obligatur creditoribus hereditariis, de quo effectu hic agitur. quæriturque primum, † quid 1
si hereditas eius non fuerit soluendo?

Respondetur, eum nihilominus obligari hereditariis creditoribus pro qua parte heres est, vt si non soluendo sit, hereditas de suo dependere cogatur, *l. more, de acquir. hered.* Rursum † quid si huius here- 2
dis frater vel alius portionem eius hereditariam ei occupauit, vt non habeat vt satisfacere possit creditoribus? Respondeo hoc ei nihil prodesse aduersus creditores, optima ratione: Nam quod portio eius hereditaria occupatur ab aliis, casus fortuitus est. Porro neq; incendium, neque quiuis alius casus fortuitus, ære alieno eximit creditorem, *leg. incendium, supr. si cert. pet.* Præterea hæc ipsa occupatio iniuria est, quæ fit heredi: iniuriam sibi factā heres ad aliorum iniuriam proferre non debet: seu iniuria vni facta, non debet nocere aliis, *l. si per imprudentiam, in prin. de euict.*

*Ad L. 11. Renitente.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Philumenæ.

*Renitente te, pater tuus, in cuius fuiſti poteſtate, neque ſpem delatæ tibi legitimæ quærendæ ſucceßionis abſumere, neque hereditarios manumittendo ſeruos, his præſtare libertatem potuit. S. 6. Id. Feb. Sirmii, CC. Coſſ.*

SVMMARIA.

1 *Delata filiofamilias hereditate pater non poteſt inuito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare.*

HEreditate filiofamilias delata, quamuis hereditas adita acquiratur patri in totum, aut saltem acquiratur eius fructus, tamen soli filio hereditas defertur, ita vt nisi filio adeunte acquiri nō possit, quia si recusabit hereditatem, cogi non potest. Hoc ius in seruo herede instituto locum habet, multo magis in filiofamilias, *l. 3. infr. de instit. & substit.* Huc facit *l. qui liberis, §. vltim. de vulg. l. si poſt. de hered. inſtit.* Ex hoc iure hæc sunt consequentia, quæ hoc rescripto traduntur, scilicet delata † filiofamilias hereditate, 1
patrem non posse inuito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare, & in summa ius filii inuiti imminuere facto suo non potest: non potest pater eam hereditatem repudiare sine filio, quia nec eo inuito acquirere potest, *l. is qui heres, §. vltim. l. is poteſt, de acquir. hered.* Non potest pater eam hereditatem acquirere inuito filio, quia solus acquirere potest, cui delata est, *l. si quis extraneus, §. 1. de acquir. hered.* Filio autem delata est hereditas non patri. Quod si pater inuito filio acquirere non potest, palā est, eum seruos hereditarios manumittere non posse, res hereditarias vendere, aut de ceteris rebus statuere: hæc enim solus dominus facere potest, iuxta regul. iuris, Nemo plus, &c. *de reg. iur.* Iam autem effectum est primum dominum non esse. Hinc intelligi potest licere filio hereditate sibi delata procrastinare aditionem, & in id tempus reiicere, dum sui iuris efficiatur, vt sui iuris factus he-

reditatem adeundo sibi acquirat in totum, & quod ad proprietatem, & quod ad vsumfructum attinet, *l. non est dubium, infr. h.*

### *Ad L.15. Non est dubium.*

Imp. Constant. A. ad Leontium Comitem Orientis.

*Non est dubium, si priusquam filius iussu patris adierit hereditatem, propriæ potestatis effectus sit, arbitrio suo eundem hanc sibi potuisse quærere. Dat. 17. kal. April. Limenio & Catulino Coss. 349.*

SVMMARIA.

1. *Filiusfam. sui iuris factus an suo arbitrio hereditatem antea sibi delatam adire possit, & si potest, vtrum sibi an patri acquirat.*
2. *Vnumquidque patri per filium duabus de caussis acquiritur.*

Filiofamilias delata hereditate, si priusquam adiret sui iuris factus sit, puta a patre emancipatus,
1 quæritur † si postea hereditatem adire velit, vtrum suo arbitrio possit, & si potest, vtrum ei an patri acquiratur, eatenus quatenus acquisitum esset, si dum erat in potestate eam adiisset? Et respondetur, eum non solum arbitratu suo adire posse, sed etiam si adiret, sibi hereditatem acquirere in solidum, nihil patri. Monebat in contrariam sententiam exemplum stipulationis & contractuum. Nam si filiusfamilias stipulatus sit sub conditione, si nauis ex Asia venerit, quamuis emancipato eo conditio postea exsistit, tamen nihilominus obligationem & actionem acquiri patri non filio, vt spectetur id tempus, quod ante fuit, non id quo conditio exsistit. At hereditas cum defertur filiofamilias, omnino sub conditione acquiritur, si eam adeat, proinde si pendente conditione hac, sui iuris fiat, & postea hereditatem adeat, eodem exemplo videtur dici debuisse hereditatem patri acquiri, non filio, vt spectetur id tempus, quo conditio exstitit. Ius de conditionali stipulatione supra dictum est *in leg. si filiusfamilias, de verborum obligatione.*

Respondeo: exemplum nos mouere non debet. Nam inter omnes iuris auctores constitit, differre in hac re stipulationes a testamentis, seu differre, vtrum filiusfamilias stipuletur aliquid & hoc sub conditione: an vero filiofamilias deferatur aliquid testamento. Sub conditione stipulatio fit, vt omnimodo acquiratur patri, quandocunque conditio exstiterit. Quod autem testamento relictum est sub conditione, id non aliter acquiritur patri, quam si filio manente in potestate, conditio exstiterit, *l. quæ legata, de regul. iuris, leg. si vxorem, infra, de condition. institut.* Idque significatur *in d. ct. leg. si filiusfamilias, de verborum obligatione.* Differentiæ ratio multum quæsita est, in quo aliis aliud videtur. Hæc
2 ratio, quam dicam certa est. Vnumquidque † per [illegible] patri acquiri potest duabus de caussis; vel quia [illegible] familias iam quæsitum sit, vel quia in eo acquirendo filiusfamilias aliud fecerit. Nam quod filiusfamilias fecit, dixitue, quod ad acquirendum pertineat, id fecisse & dixisse pater videtur voce filii, *§. [illegible] §. post mortem, Inst. t. de inutil. stipula. l. quod- [illegible] de verb. oblig.*

[illegible] ne fit, vt stipulatio conditionalis a filiofamilias interposita, statim acquiratur patri, quia etsi pendente conditione nulla obligatio esse potest, quæ acquiratur vel patri vel filio, tamen filius stipulatus est, vt proinde habendum sit, quasi pater stipulatus esset. Quod si pater stipulatus esset, nemo negaret quandocunque conditione exsistente, obligationem acquiri patri. At in legatis & hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur, vel expressa vel tacita, nulla ex his caussis intercedit pendente conditione, propter quam caussam hereditas, aut legatum patri acquiri possit. Nam pendente conditione legati aut hereditatis nulla res est, quæ acquiratur, etiam filio nedum patri, *argumento leg. cedere, de verborum significatione.* Sed nec in legato aut hereditate voluntas filiifamilias interuenit, qua legatum aut hereditas deferatur. Hæc enim deferuntur sola voluntate testatoris sine facto heredis aut legatarii. Manifesta igitur ratio est, cur neque legatum conditionale, neque hereditas patri acquiratur, si filio emancipato legati conditio exsistat.

### *Ad L.16. Nec emere.*

Imperatores Arcadius & Honorius AA. Annodio.

*Nec emere nec donatũ adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur. Datum VI. Kal. Jan. Olibrio & Probino Coss. 395.*

SVMMARIA.

1. *Nemo rebus adhuc integris emere aut vendere cogitur, secus si res non fuerint integræ, & nu. 2.*
3. *Nec hereditatem inuitus quispiam adire compellitur.*

Nemo † emere compellitur, aut vendere, *leg. inuitum, supr. de contrahend. emti.* quia emtio contractus est, & is qui solo consensu perficitur, *leg. prima, §. vltim. de contrahend. emt.* Et quamuis solo consensu non perficeretur, tamen consensu vacare non posset, si esset contractus. Nullus est contractus sine conuentione & consensu, *dict. leg. prima, §. 1. de pact.* Non consentit autem, qui cogitur, nihil enim tam contrarium est voluntati, quam vis, *l. nihil consensu, de reg. iur. l. prima, quod metus caussa.* Sed hoc ita est, † si ab initio de re emenda agatur rebus adhuc integris. Nam si quis partem communis fundi emerit, & iudicio communi diuid. altera pars adiudicata sit emtori, hæc quoque pars venditori inuito accedit *l. Julius, §. idem Celsus, de act. emti.* Quod idem fit, quia qui semel partem emit voluntate sua, ea voluisse intelligitur, quæ necessario accederent. Idemque in hereditate acquirenda receptum est. Nam ab initio nemo cogitur subire hereditatem, si tamen hereditatis partem adierit quis, deinceps reliquorum coheredum portiones deficientes inuitus accipiet, *l. quiadm, infr. hic.* Nemo donatum accipere cogitur, *leg. inuito, de reg. iur. leg. hoc iure, §. non potest, de donation. l. inuitus, §. vltim. de regul. iuris.* Idque eadem ratione, quia nemo emere cogitur, quia nemo rem accipit, nisi volens, nec transfertur dominium, nisi cum ex vtraque parte tradentis & accipientis concurrat affectus, *l. in omnibus, de oblig. & action.*

Non aduersatur huic sententiæ, quod dicitur per seruum etiam inuito domino acquiri, *l. seruus vetante, de verb. obligat. l. & inuitis. de acquir. rer. dom.* Item quod dicitur, vnumquemque pro debitore soluendo ignorantem & inuitum debitorem liberare, *Inst. quib.*

*quib. mod. oblig. toll. in pr. l. soluendo, de neg. gest. l. solutionem. de solut.* Nam nec donatum seruo inuito acquiri posset inuito, sed a seruo quæsitũ acquiretur inuito domino: verum in persona domini non est donatum aut etiam simpliciter datum. Non enim vt datum dominus acquirit, sed vt rem, quæ a seruo nata est, tanquam fructum serui percipit per consequentiam rei suæ, quemadmodum & fructus ex sua re perciperet & perceptos acquireret, *l. ipse non percepisset. l. qui scit. §. 1. de vsur.* Sed & illud, quod quis nomine debitoris soluit, creditori nunquam inuito acquiritur. Nam creditor nunquam accipiet nisi volet, cum autem accepit debitor inuitus liberatur, non quia illi quicquam detur inuito, sed quia inuito obligatio adimitur, quod per rerum naturam facere licet. Eadem ra-
3 tione † nec hereditatem inuitus quisquam compellitur adire: acquiritur enim hereditas extraneis heredibus volentibus, *§. vlt. Inst. de her. qual. & differ.* Acquiritur quidem hereditas necessariis heredibus etiam inuitis, vt seruis & filiis, qui in potestate morientis fuerunt, in quibus est superuacua *d. l. in suis. de suis & legit.*

*Ad L. 17. Cretionum.*

Impp. Arcad. & Honor. & Theodos. AAA. Anthemio, præfecto prætorio.

*Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Dat. 5. Kal. April. Constantinop. Honorio 7. & Theod. AA. Coss. 407.*

SVMMARIA.

1 *Hereditas heredibus extraneis quot acquiratur modis? & num. 7.*
2 *Pro herede se gerere quid.*
3 *Adire hereditatem quid.*
4 *Adire hereditatem, & pro herede gerere quid differant.*
5 *Adire hereditatem vnde dictum.*
6 *Aditio olim solemni verborum formula fiebat, & quæ illa.*
7 *Agnoscere hereditatem quid.*

ET *adeundi* verbum, quod supra vsurpatum est, & *cretionis*, quod hic commemoratur, nos admonet, vt quæramus, non solum quid his verbis significetur, sed etiam quibus modis acquiratur hereditas extraneis heredibus, quem locum initio huius tituli
1 obiter attigimus. Et acquiritur † extraneis hereditas sola animi destinatione, *l. si auia. sup.* sed hic animus declaratur aut adeũdo, aut pro herede gerendo. Vnde totidem modis hereditas acquiri dicitur extraneis heredibus, tunc enim ponuntur in his locis, *l. cum antiquioribus. j. l. ac si quis. §. si quis. de religio. l. quamdiu institutus, de acquirenda hered.* Quæ genera ita distincta sunt, vt neque qui adit pro herede se gerere, neque qui pro herede gerit, secundum significationem verbi adire intelligatur: vnde dubitatio *in l. si quis mihi bona. § sed quid si, de acquir. her.* Pro herede † gere-
2 re, est facere aliquid, quod non possis facere vtiliter, nisi sis heres, vt *ad l. 1. & 2.* dictum. Sic dictum, quasi pro domino gerere, *§. vlt. Inst. de hered. qual. & differ.*
3 Adire † autem hereditatem est aperte & recta profiteri, se velle heredem esse. quod fit verbis, vt est *in d. §. vlt.* vel nutu, cum quis interrogatur, an velit heres esse, & annuit, *l. seruo. §. si pupillo, ad Trebell.* vel scripto, dum se velle heredem esse scribit, *argum. in l. pr. de ac-*
4 *quir. hered.* Ex † quibus definitionibus intelligitur, adire esse nudæ voluntatis; pro herede gerere esse facti & administrationis. Item adire habere apertam professionem voluntatis de hereditate acquirenda: pro herede autem gerere nullam voluntatis professionem habere, sed factum ipsum, ex quo deinde ratiocinando animus agnoscendę hereditatis colligitur.

Adire † hereditatem ita dictum est, quasi dicas ire 5
ad hereditatem, vt eam habeas. Vnde pro verbo *adeundi* veteres hac vsi sunt formula, vt dicerẽt: Eum heredem, qui vellet heres esse, accedere ad hereditatem seu successionem, *l. 3. sup. h. tit. l. vltim. de acquir. hered.* Aditio † olim fieri solebat solemnibus verbis, vt di- 6
dicimus ex fragmentis Vlpiani *tit. de hered. instit.* Solemnis autem formula hæc erat: *Cum me Lucius heredem instituerit, eius hereditatem adeo cernoque.* Ex quo verbo postremo genus aditionis *cretio* appellatum est. Tunc autem necesse erat verbis his solemnibus hereditatem cernere, cum testator heredem instituerat cum cretione, vt testis est ibidem Vlpianus, id est, cum ita eum heredem instituerat, vt simul iuberet eum cernere hereditatem suam, intra certos dies, quos illi præstituebat, vt vellet eos dies vtiles esse, quibus sciret heres, possetque cernere: interdum ita, vt vellet esse continuos. Hoc posterius dicebatur cretio continua, quod exigeret dies continuos.

Prius cum faciebat, dicebatur cretio vulgaris; quod vulgo testatores in cretione iniungenda, dies vtiles exigerent, quibus heres sciret, possetque hereditatem cernere, ad quod allusit Anton. *l. 2. de orator.* cum ita loquitur: Et dicam quod scio poteroq;, vt est in cretionibus. Sic enim legendum esse post edita illa fragmenta Vlpiani intelligimus, vt prius perperam & nullo sensu lectum sit, vt est in conditionibus. Hac cõstitutione cretionum solemnitas sublata est, postquam constitutione effectum est, vt ad acquirendam hereditatem nihil interesset, vtrum quis pro herede gereret, an adiret, & in adeundo vtrum solemnibus verbis vteretur an non? Et hoc est quod *in §. vlt. Inst. de her. qual.* dicitur, *Quibuscunque verbis declarauerit quis voluntatem suam de acquirenda hereditate, hereditatem acquiri.* Neque eo minus tamen etiam nunc recte dicetur adiri & cerni hereditas: vtrumq; enim per translationem dicitur, & alterum sine altero in acquirenda hereditate esse non potest. Nemo enim adit hereditatem, id est, accedit ad hereditatem vt acquirat, nisi cernat animo, tanquam suam, nec cernit quisquam, nisi qui prius ad eam accesserit, id est, vno verbo, qui eam adierit.

Manent † igitur duæ illæ species distinctæ, acqui- 7
rendæ hereditatis, quas supra posuimus, aditio & pro herede gestio, neq; plures species legũtur, vt apparet ex iis locis, quos de iis duab. specieb. supra retulimus. Neq; adeo plures esse possunt, si hereditas sola animi destinatione acquiritur, vt acquiritur. Sunt tamẽ, qui hac diuisione vsi sunt, vt dicerent hereditatẽ acquiri, aditione, pro herede gestione, cretione, immixtione, agnitione, quæ diuisio ex ignorantia verborum, & manifesta imperitia iuris nata est. Nam primum certi iuris est, immixtione hereditatem acquiri non posse nisi suis heredibus, in quibus solis locum habet immixtio, vt dictum *ad l. si te. sup.* Nam sui fiunt heredes, siue se immiscuerint siue non, vt dictum *supra ad leg. 3.* Cum ipso iure illis hereditas quæsita sit statim ab initio: eam nullo suo facto postea amplius quærere possunt, *§. fit itaque. Instit. de action.*

Iure quidem prætorio iis, qui se immiscuerint, denegatur abstinendi facultas, *l. necessarii. de acquir. her.* Sed non item immixtione acquiritur iure prætorio. Acquiritur ipso iure tam ex legibus, quam ex edicto prætoris, sed acquisita retinetur iure prætorio post immixtionem, quoniam si se immiscuerint, postea abstinere non possunt. Cretione autem acquirebabatur olim hereditas, sed cretio nihil aliud erat nisi aditio solemnis, vt testantur verba cretionum, *Eius hereditatem adeo cernoque.* Quę verba coniunguntur, non quia diuersæ hic res sunt adire & cernere, sed vt magis animus adeuntis intelligeretur.

Agnitionem autem distinguere ab aditione, & nouam speciem acquirendæ hereditatis facere, summæ est imperitiæ. Nam † *agnoscere hereditatem* nihil aliud est, quam testari se heredem esse velle, *l. 1. cui. 3.* Hoc autem nihil aliud est, quam hereditatem adire. Quod si propter verbum *agnoscendi* noua species acquirendæ hereditatis statuenda est, debuit etiam dici hereditatem acquiri admissione, amplexatione, susceptione. Nam & heredes cum adeunt hereditatem, dicuntur hereditatem admittere, *l. 6. §. 1. de acquir. her. l. quidam. infr. h.* Dicuntur etiam amplecti hereditatem, *l. quæsitum. de acquir. hered. l. si liberti patrono. ff. eod.* Dicuntur etiam suscipere hereditatem, *l. cum bonis. de acquir. her. §. vlt. Inst. de hered. qual. & diff.* Sed hæc omnia plura verba sunt, sed vnam eandemque rem significantia, nempe aditionem, & testationem voluntatis de acquirenda hereditate. Nam hæc tria, *agnoscere, amplecti, admittere hereditatem,* dicta sunt per translationem, ducta ab iis, qui aliquos tanquam amicos suos agnoscunt, pro suis amplectuntur, & salutati ad se admittunt & suscipiunt, vt probent se illos vere pro suis agnoscere, quod in hereditate acquirenda facit is, qui vult heres esse. Eadem translatio est in verbo *adeundi*, quod in prioribus verbis hereditas sic accipitur, quasi esset res mobilis, quæ ad nos veniat. In *adeundi* autem verbo sic de hereditate agitur, quasi res sit immobilis, ad quam accedamus, & ad quam intromittamur. Qua ratione heres cum adit hereditatem, non tantum dicitur hereditatem admittere, sed etiam dicitur eodem sensu admitti ad hereditatem, *l. si seruus. de acquir. her. infr. qui admitti ad bon. poss. possunt.*

### *Ad L. 18. Si infanti.*

Impp. Theodos. & Valentin. A A. ad Senatum.

*Si infanti, id est, minori septem annis, in potestate patris vel aui vel proaui constituto vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere. 1. ¶ Sed si hoc parens neglexerit & in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem deuoluta, iure patrio quasi iam infanti quæsita capere. 2. ¶ Parente vero non subsistente, siquidem post eius obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto eius nomine adire hereditatem, siue viuo parente, siue post mortem eius ad eum deuolutam: vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere, &c.*

SVMMARIA.

1 *Hereditatem infanti, qui parentem masculum habet, delatam solus pater infantis nomine adire, eique acquirere potest.*

2 *Pater hereditatem infanti delatam adire negligens, eam, mortuo infante, iure patrio capere potest, ac si infanti fuisset quæsita.*

3 *Hereditas infanti delata, si defuncto parente in tutoris sit potestate, quomodo acquiratur & ad quos transmittatur? & num. 4.*

5 *Hereditas, tutore non adeunte, ad quem post mortem infantis transmittatur.*

6 *Hereditas pupilli, qui maior est infante, quomodo & acquiratur & transmittatur.*

Hac lege ius constituitur inprimis animaduersione dignum de hereditate, quæ pupillo delata sit, tum acquirenda, tum non quæsita transmittenda. Sic quoque aliud ius lex constituit in infante, aliud in eo qui sit maior infante. In infante vtraque in parte, id est, tum in acquirenda, tum in transmittenda hereditate lex ius constituit singulare & nouum, a quo posterioribus constitutionibus recessum non est. In eo autem, qui maior est, ius antiquum obtinet. Rursum in infante distinguitur is infans, qui patrem aut alium parentem masculum habet, ab infante, qui parente mortuo est in potestate tutorum. De eo qui patrem habet ius est constitutum *in pr. & vers. 2.* Ac primum de hereditatis infanti acquirendæ ratione, ad hanc sententiam.

Quæcunque † hereditas delata erit infanti, qui parentem habet masculum, hanc pater solus infantis nomine adire potest eique acquirere. In quo si regulas iuris sequemur, multa sunt, quæ huic sententiæ aduersantur, sed, vt dixi, ius singulare est constitutum & nouum, ideo quæ contradicuntur nihil negotii est diluere. I. Opponitur *l. potuit sup. h.* vbi cauetur hereditate pupillo delata ipsius actum & voluntatem esse necessariam in hereditate accipienda. Respondeo: Hac lege infantem excipi, in quo propter vtilitatem infantis ab eo Iureconsulto discessum sit, & merito. Nam infans neque hereditatem adire potest, vt illius dominus, neque pro herede vllo modo gerere, si vere iudicare volumus. Nam pro herede gerere facti est, sed & nihilominus animi est, nec quisquam gerit, nisi qui animo agnoscit hereditatem, *l. pro herede 3. l. geri. de acquir. her.* Proinde priusquam hereditas infanti amittatur, recte constitutum est, vt ei acciperetur a patre, quamuis ipso ignorante nec consentiente, qui alioqui nullum intellectum habet, *§. pupillus. de inut. stip.*

Pugnat etiam hoc ius cum regula iuris de acquirenda hereditate. Nam quibus ex caussis repudiari hereditas non potest, iisdem nec acquiri potest, *l. si quis extraneus. §. 1. de acquir. her.* Pater autem sine consensu infantis repudiare hereditatem non potest, *l. is qui heres, §. vlt. de acquir. her.* Proinde nec secundum hanc regulam acquirere potest ignorante infante. Sed hic ius singulare est pro vtilitate infantis constitutum, vt ei acquiratur hereditas. Postremum est commune ius, quo constitutum est, ne cui hereditas ignoranti acquiratur & inuitus obligetur ære alieno, *l. 6. in pr. de acquir. her.* quo placet pupillum, ne auctore quidem patre obligari posse, *l. vlt. §. pupill. de verb. oblig.* Sed & hic, vt dixi, ius singulare est, vbi non de obligando tantum infante agitur, sed hereditate ei acquirenda: neque iniquum est, infantem ignorantem, per consequentiam obligari. Nam si maiora sunt commoda hereditatis, quam incommoda, nullum

lum damnum est infanti hereditatem acquisiuisse. Quod si maiora erunt incommoda, quæ præter spem emerserunt, vt fit, ne hoc quidem ei damnosum est, quia licet ei cum adoleuerit aut sui iuris factus fuerit, impetrare in integrum restitutionem, *l. vlt.* §. *vbi autem.* ℐ. *quæ liberis.*

2 Vt autem singulare ius est in ratione hereditatis infanti accipiendæ, cum patrem habet, ita & singulare ius est in hereditate transmittenda. Nam hic *in verſic.* 2. ita constituitur. Si † pater hereditatem infanti delatam adire neglexerit, patrem eam hereditatem mortuo infante iure patrio capere posse, quasi infanti fuisset quæsita. In quo primum singulare ius est, quod constituitur de hereditate transmittenda, quæ adita non fuerit, neque ab infante, neque a patre. Est enim contra regulam iuris, hereditas non adita non transmittitur, §. *in nouissim. infr. de cond. tollend.* Et ideo hic casus notandus est, & adiiciendus his, in quibus regulã iuris locum non habere dixi *ad leg.* 1. *supra.* Deinde & illud singulare, quod placet, hanc hereditatem non transmitti ad heredes quosuis infantis, sed ad parentem masculum duntaxat. Ait enim constitutio, iure patrio: deinde *in* §. *fin vero. eadem lege.* constituitur ita, si infans, qui non habet parentem, decedat hereditate non adita, vt hereditas non transmittatur ad eius heredes, sed redeat ad eos ad quos pertineret, si infanti non esset delata.

Hic quæsitum est, quo iure pater eam hereditatem capiat, & an capiat iure peculii: nam quotiescunque filiusfamilias intestatus decedit, vt hic infans, qui fuit in potestate, decessit, toties pater bona filii occupat tanquam sua, peculii iure, etiamsi essent bona castrensia, aut quasi. multo magis si erunt aduentitia? *l.* 2. *de pecul. castr.* Hoc autem ideo quæritur, quia si pater hanc hereditatem peculii iure occupat, eam capit ipso iure sine vlla aditione, suo iure, eoque etsi ea adita non erit, nihilominus eam transmittet ad quoscunque heredes. Et dicendum est eam hereditatem patrem peculii ratione & iure occupare non posse. Prius est enim, vt ea hereditas fuerit in peculio infantis, vt tanquam peculium infantis occupari possit. Nunc autem in peculio infantis esse non potuit, cum illi non fuerit quæsita. Præterea hanc hereditatem peculii iure non capere patrem, argumentum certissimum est, quod placet in hac ipsa constitutione eam hereditatem etiam ad parentem pertinere, si infans sui iuris fuerit, non in potestate patris, *verſ. ea vero.* Infantis vero & eius filii, qui in potestate patris non est, nullum peculium est, *l. vlt. quando act. de pecul. l. vlt. cir. fin. sup. de inoffic. test.*

Sed an pater hanc hereditatem capit tanquam heres? Respondeo: Nec id quidem, alioqui si tanquam heres caperet, etiam ea hereditas ad reliquos infantis heredes pertineret, vbi pater non esset, quod secus est, §. *fin vero. infr.* Quo iure igitur capiet? Id expressum est in constitutione. Capit iure patrio, id est, vt heres quidem, sed non solum vt heres, verum etiam vt pater, ac nisi pater esset, non caperet in quo singulare ius perspicitur patris caussa maxime constitutum. Hoc loco quæsitum est, an recessum sit ab hoc iure *ex Nouell. constit. Iustin. de hered. ab intest. venientibus.* §. 1. Cuius summa comprehensa est *in Auth. defuncti. infr. ad Tertull.* Nam illic constitutum, si quis intestatus decesserit sine liberis, relicto patre & matre & fratribus, hereditatem inter ipsos ex æquo diuidi, non solum ad patrem pertinere. Num ergo idem dicemus in hac hereditate infanti delata, quæ non adita ad patrem iubetur pertinere? Respondeo, speciem huius legis ad constitutionem Iustiniani non pertinere vllo modo, & ideo manere huius legis constitutionem. Nam Iustiniani constitutio loquitur de hereditate defuncti, quam vult inter suprascriptas personas ita diuidi, vt diximus. Nunc autem ea hereditas, de qua ibi agitur, infantis non fuit. Non obstant verba huius constitutionis, cum dicitur, patrem eam hereditatem capere quasi infanti esset quæsita. Hæc enim verba sunt similitudinis, quæ non significant vere quæsitam esse, sed cum de transmittenda agitur, perinde habendam esse, quasi quæsita esset, vt acquiratur patri, sic *in l. pretio. de impub. in fin.* dicitur hereditas restitui, verum ex caussa fideicommissi, vbi tamen nullum fideicommissum est.

Hæc de infante, qui parentem habuit. Quod † si parente defuncto infans sit in potestate tutoris: hic singulare ius est in ratione acquirendæ hereditatis: in transmittenda autem hereditate ius antiquum est. Nam *in* §. *parente.* ita statuitur, etiam tutorem infantis nomine hereditatem adire posse, eique quærere, quod hic singulare est, constitutum contra *l. potuit. sup.* & contra eas rationes, quas illic reddidimus. Sed hoc, vt dixi, infantis caussa est constitutum, cum per ipsum hereditas quæri non posset, vt qui nullum intellectum habeat. 3

Et † notandum tutore ita adeunte, sic acquiri infanti hereditatem, vt eo mortuo transmittatur ea hereditas ad quosuis eius heredes, tum enim solum non transmittitur, cum hereditas a tutore adita non est, vt est *in* §. *fin vero.* vbi colligitur, differentia notanda inter infantem & furiosum. Nam si furioso hereditas delata sit, placet quidem hereditatem ei viuo tribui, vt administretur per legitimum curatorem, tanquam furioso quæsita. Ceterum si furiosus in eodem morbo decedat, non pertinet ad furiosum hereditas, sed ad eos, ad quos pertineret, si furioso non esset delata, *l. vlt.* §. *pen. sup. de curat. furiosi.* Differentiæ ratio est in auctoritate tutorum & curatorum. Tutor hereditatem accipere & acquirere potest infanti, quia infantis quodãmodo loco est. Tutor enim personæ datur: curator non personæ, sed rebus, *l. in postulando. sup. de nupt.* Et ideo dicitur curatoris auctoritas inutilis esse pupillo ad acquirendam hereditatem, *l. cum in vno.* §. *vlt. de appell.* 4

Quod † si tutor hereditatem non adierit, infans postea decedens hereditatem nõ transmittet ad heredes suos, sed redibit hereditas ad eos ad quos pertineret, si infanti delata non esset, vt est *in d.* §. *fin vero.* Quod ita intelligendum est, nisi fuerit hereditas patris, cuius in potestate fuerit infans. Nam hæc infanti quæritur ipso iure, vt de suis heredibus dixi *ad leg.* 3. §. *sui. Institut. de hered. quæ ab intestato.* Quæsita infanti non potest quin ad eius heredes pertineat. de quo quia quidam dubitant propter verba huius loci, non abs re erit, hanc sententiam paucis confirmare. Statuitur autem certa auctoritate & manifesta ratione. Expressa est hæc sententia *in leg.* 3. *supr.* sed apertissime *in l. apud hostes. de suis & legitimis heredib. l. qui duos,* §. *qui in bello, de rebus dubiis.* Ratio autem certa hæc est: Hereditas defuncti ad eius heredes legitimos citra controuersiam pertinet. At hereditas patris infanti delata est, si infans suus heres 5

exstitit. Probatur ex definitione hereditatis: nam hereditas cuiusque est successio in vniuersum ius, quod is moriens habuit. At infans, qui suus heres exstitit, hereditatem patris habuit, vtpote iure ipso sibi quæsitam. Ergo hæc ad quosuis legitimos eius heredes pertinebit. Non debemus moueri in contrarium verbo huius §. *fin vero.* eo quod constitutio loquitur de qualibet hereditate infanti delata. Nam temperamentum adiicitur, ex quo intelligimus, de hereditate extraneo infanti delata agi. Agitur enim de hereditate, quæ a tutore adeunda sit, §. præcedenti, deinde de hereditate deuoluta; item de hereditate non adita. Hæc etiam verba suis heredibus non conueniunt, sed extraneis. Nam in suis heredibus aditio nulla est, *l. in suis. de suis & legit.* Præterea hereditas patris ad liberos suos heredes, non tam deuoluta dicitur, quam dominium continuari, ita vt videatur nulla successio fuisse, *l. in suis. de lib. & posthum.*

6 Hactenus de hereditate infanti delata. Quid † si pupillus maior erit infante? De eo constituitur *in §. vlt. hic.* & constituitur ita, vt ius antiquum seruetur, tum in ratione acquirendæ hereditatis, tum in hereditate non adita transmittenda. Est autem hæc summa: Huiusmodi pupillum sine facto & voluntate sua hereditatem quærere non posse, *iuxta l. potuit. supr.* Sed ei auctoritate opus esse ad hereditatem acquirendam. Adhibebitur autem patris auctoritas, si est in eius potestate, *l. more. §. vlt. de acquir. hered.* Si pupillus sui iuris est, adhibebitur auctoritas tutoris, aut nullo tutore constituto adhibebitur decretum iudicis. Hereditate enim ita non adita, placet secundum regulam iuris, vt aditam non transmitti.

### *Ad L. 19. Cum in antiquioribus.*

*Cum in antiquioribus legibus, & præcipue in quæstionibus Iulii Pauli inuenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse & in suam posteritatem hanc transmittere: & aliis etiam quibusdam adiectis, quæ in huiusmodi personis præcipua sunt: eam deliberationem & in omnes successores, siue cognatos, siue extraneos duximus esse protelandam. &c.*

SVMMARIA.

1 *Summa huius legis.*

2 *Heres an post annum, quo hereditatem sibi delatam cognouit, hereditatem adire possit.*

1 SVmma † hæc est: Heres hereditatem sibi delatam & non aditam, nec tamen repudiatam, decedens, & vna ius adeundi transmittit ad quosuis heredes, dummodo sciens hereditatem sibi delatam decedat, & decedat intra annum, ex quo sibi delatam cognorat: sic vero transmittit, vt quod ex eo anno reliquum est, tantum relinquat heredibus suis ad deliberandum, non amplius. Tribuitur hoc ius in hereditate delata. Nam non delata hereditate, heres neque hereditatem habet, neque ius eius acquirendæ. Qui nihil habet, nihil potest heredi suo tradere iuxta regulam iuris. *l. nemo plus, &c.* Tribuitur præterea in hereditate non adita, non quod hereditas non adita multo magis transmittatur, sed vt intelligamus, hic beneficium constitui a Iustiniano, contra regulam iuris, qua efficitur, hereditatem non aditam non transmitti. *l. vn. §. in nouissimo. de cond. toll.* Tribuitur præterea in hereditate non repudiata: nam hereditas repudiando in totum amittitur, vt nec ipse heres, qui repudiauit, si viueret, possit eam adire, *l. 4. infr. tit. prox. l. is qui heres. de acquir. her.*

Hoc ius tribuitur duabus conditionibus. Vna, *si heres cui delata est hereditas cognouit aliquo modo sibi delatam esse*; proinde qui ignorauit delatam, nihil transmittit. In quo retinetur ius antiquum etiam in hac parte, quod traditur *in l. quoniam. sup. eod.* Et ratio est, quia est constitutio de iure deliberandi transmittendo. Non potest autem dici deliberare heres, si ignoret esse de quo deliberet. Altera conditio est, *si decedat intra annum, ex quo sibi delatam hereditatem cognouit*, quæ pars nullam aliam rationem habet, quam voluntatem legislatoris, cui visum est beneficium hoc suum intra hoc tempus concludere. Quid si annus is excesserit, † & heres adhuc viuat, quæsitum est, 2 an possit postea hereditatem adire, propter verba huius constitutionis, cum scribit ita Iustinianus: Quod si is annus præterierit, heres cum sua successione ab huiusmodi beneficio excludatur. Sed in promtu responsio est, iis verbis non excludi ius adeundi, sed ius transmittendi arbitrii, seu transmittendæ deliberationis. Nam de hoc iure transmissionis prius constitutum erat. Ius adeundi tributum lege heredibus perpetuum est, nisi a magistratu impetratum est tempus præstituendi ad deliberandum, vt *ad l. si curationis. sup.* dictum. At ius transmittendæ deliberationis non concludetur, & ideo verborum Iustiniani hic sensus est: Si heres post annum, quo sibi delatam hereditatem cognouit, decedat, neque ipse ius deliberationis ad suos transmittit heredes: neque heredes eius, si intra alterum annum, ex quo eam hereditatem olim fuisse delatam cognouerint, decedant, ius hoc transmittent, optima ratione, quia non acceperunt.

### *Ad L. 20. Quidam elogio.*

*Quidam elogio condito heredem scripsit in certas vncias, & post certa verba testamenti eundem in alias vncias, vel tantas, vel quantascunque & tertio vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam vnciarum modum: ille autem vnam institutionem vel duas admittens, vnam vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. &c.*

SVMMARIA.

1 *Si quis delata hereditate dicat, se velle partem adire & partem repudiare, nihil agit.*

2 *Si quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes quandoque sibi delatas inuitus admittere cogitur. & num. 3. 4. & seqq.*

7 *Heres pupillo exheredato substitutus, an post aditam paternam hereditatem, pupilli hereditatem repudiare possit.*

8 *Substitutus filio heredi ex parte instituto, si impubes hereditate patris sese abstinuerit, an partem eam admittere cogatur.*

9 *Si coheres impuberi datus, eique substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti & paternam omittere, an ei id permittatur?*

10 *Qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is ceteras quoque quamuis delatas habere nequit.*

11 *Omittere partem hereditatis & omittere aditionem partis quid differant.*

DIximus initio, & significatur *in l. si auia. sup. & l. nec emere.* liberum esse extraneis heredibus, delatam hereditatem aut agnoscere aut repudiare, quoniam volentes nō inuiti sunt heredes. Hoc loco admo-

admonemur recte dici, si de tota hereditate agnoscenda aut repudianda agitur, non idem ius esse de singulis partibus. Hic enim regula iuris veteris traditur, neminem eiusdem hereditatis sibi delatæ seu eius, quam acquirere potest, partem agnoscere posse, partem repudiare. Eadem ratio exstat *in l. 2. de hered. acquir. l. vn. §. his ita. infr. de cad. toll.* Ex hac ratione, veluti ex fonte, tria consequuntur, quæ totidem regulis iuris veteris comprehensa sunt, ex quibus vna hoc loco explicatur.

1 I. Illud efficitur, si quis † delata hereditate dicat, se velle partem adire, & partem repudiare, nihil agere eum, *l. 1. de acquir. her.* Quia qui ita adit & ita repudiat, contra ius adit & repudiat, vt quod pro imperfecto fit, quod ita agitur, *l. non dubium. supr. de legib.*

2 II. Ex eadem ratione efficitur, si † quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes eius hereditatis quandoque sibi delatas, inuitus admittere cogitur, quod ita efficitur. Nam heres, qui ex aliqua parte heres exstitit, aditam portionem repudiare non potest, *l. 4. infra. proxim. titul.* Quod si eam retinere cogitur, hic locus fit regulæ, quam supra posuimus, eum qui vnam partem habet, reliquas habere debere. Idque ita est, quocunque modo reliquæ partes deferantur ei, qui aliquam partem agnouerit, id est, siue deferantur ei iure accrescendi, seu ex institutione, siue ex substitutione tum vulgari tum pupillari: Iure accrescendi reliquæ partes deferuntur, hoc modo: cum is qui portionem aliquam adimit institutus cum aliis coheredibus, & hi portiones suas repudiauerint, aut non adita hereditate decesserint. Nam horum portiones iure accrescendi deferuntur ei, qui portionem suam ademit, ne idem defunctus pro parte testatus, &c. *l. ius nostrum. de regulis iuris.*

3 Sed an † volenti defertur, an etiam inuito? Et placet inuito. Hinc regula alia de iure accrescendi: Qui ex aliqua parte heres defuncto exstitit, eum deficientium partes etiam inuitum accipere, siue sint plures coheredes ex testamento, siue ab intestato, *l. qui ex duob. §. vltim. de acquirend. hereditat. l. si ex pluribus. de suis & legitim. l. vn. §. his ita. de cad. toll.* de quo dictum *ad l. supr. quando non partes.* Dixi & *ad l. testamento. sup. de imp.* Idem iuris est, si portiones reliquæ deferantur ex institutione ei, qui aliquam partem adimit, quod tunc contingit, cum quis solus heres institutus sit ex pluribus partibus disiunctim, vtputa, Titius ex semisse heres esto: idem Titius ex triente, idem heres esto ex duabus vnciis. Hic dicimus, si Titius hereditatem adierit ex duabus vnciis, statim in totum heredem futurum, quæ species est huius legis in princ.

4 Idque † adeo verum est, vt quamuis quis heres institutus sit ex vna parte pure, ex altera sub conditione, si nauis ex Asia venerit, & adierit hereditatem ex pura institutione, statim in totum fit heres, etiam pro reliqua parte, non exspectato euentu conditionis, quia etiam deficiente conditione nihilominus heres est, *l. cum heres. §. vlt. l. qui ex duobus. de acquirend. heredit.*

5 Idem ius est, † & si reliquæ portiones deferantur ex substitutione, veluti duo sunt heredes instituti, primus & secundus; primus secundo heredi substitutus. Primus portionem suam adiit, secundus repudiauit, secundi portio defertur primo ex substitutione vulgari. An volenti, an vero inuito? dicimus inuito accrescere, *l. testamento. §. de impub.* vbi dictum. Idem probandum † est & si ei heredi, qui partem hereditatis adimit, reliquæ partes eiusdem hereditatis deferantur ex substitutione pupillari, quæ species est altera hoc rescripto decisa. Est autem hæc species facti. 6

Testator filium impuberem, quem habet in potestate, heredem instituit ex parte, & Titium extraneum ex altera parte, & huic filio substituit pupillariter, id est, sub hac conditione, si intra pubertatem filius decessit mortuo testatore. Impubes heres exstitit patri ipso iure vt suus: extraneus coheres portionem suam adiit, deinde filius impubes moritur, cum impuberis hereditas deferretur coheredi substituto, sed videretur ei damnosa, nolebat eam admittere, & contendebat, se non cogi eam habere, quoniam hæc alia esset hereditas quam patris. Placuit eum, qui paternæ hereditatis partẽ haberet, etiam impuberis hereditatem admittere cogendum, quod quibusdam ex veteribus primum visum est, vt Neratio, cuius hac de re sententia exstat *in l. qui patri. de acquir. her.*

Sed cum sententia haberet dubitationem, placuit Iustiniano eam hoc rescripto confirmari. Hæc igitur sententia hanc habet rationem, quia in hereditate impuberis est portio hereditatis paternæ, cuius qui partem habet, consequens est, vt reliquam eius hereditatis partem sibi ex substitutione pupillari delatam agnoscere cogatur, secundum regulam, quam initio posuimus, qua efficitur non licere ei eiusdem hereditatis partem habere & partem repudiare. Quod si coheres idemque pupillo substitutus cogitur admittere eam partem paternæ hereditatis, ex qua pupillus heres exstitit, & illud consequitur, vt totam hereditatem impuberis admittere cogatur, quoniam vna hereditas impuberis fuit, constans & rebus a patre acceptis, & rebus, quæ aliunde obtigerunt. Porro eandem hereditatem delatam separare non licet, *l. sed si plures. §. 1. de vulgar. & pupillar.* Et hæc ratio est, quam obscurioribus verbis intelligit Neratius *in d. l. qui patri. de acquir. her.* Nam inquit: Pater pupillum impuberem inuitum obligat hereditati suæ. Facit enim eum necessarium heredem, quod si paternam hereditatem necessario habet pupillus, reliqua eius hereditas coniungitur paternæ: coniunctam substitutus totam habere debet, quia partem hereditatis paternæ accipere cogitur.

Sed hæc sententia videtur recipi non posse. Nam non potest coheres impuberis, qui partẽ hereditatis paternæ adiit cogi, admittere hereditatẽ impuberis, nisi in hereditate impuberis sit portio hereditatis paternæ. Nam duabus hereditatibus diuersis delatis, nemo ꝓhibetur vnam adire & alterã repudiare, sed tantum prohibetur eiusdem hereditatis partem adire & partem repudiare, *l. 2. de acquir. hered. l. vn. §. his ita. j. de cad. toll.* At duæ sunt hereditates in specie proposita, quæ coheredi substituto deferuntur: Vna patris, ex qua heres exstitit: altera impuberis, quæ defertur ex substitutione, quæ altera hereditas esse dicitur *in §. igitur. Instit. de pupill. subst.* Proinde hereditatem repudiare non prohibetur, licet paternam agnouerit. Respondeo: Hæc hereditas, quæ ex substitutione pupillari defertur, est hereditas, sic tamen vt in ea pars reperiatur hereditatis paternæ, quam ideo necessario accrescere dicimus, & vna cum ea reliquas partes hereditatis pupillaris.

Sed rursum hic occurritur. Nam posteaquam pupillus patri heres exstitit, desinit esse patris hereditas, & incipit esse patrimonium impuberis,

& hereditas, vnde dicitur substitutio pupillaris fieri in bonis impuberis, non testatoris, *l. sed si plures. §. ad substitutos. de vulgar.* Et ideo eadem quæ supra manet obiectio? Respondeo: Si portio paterna, ex qua impubes heres exstitit, sit impuberis, vt fiat quamdiu impuberis est. Ceterum vbi impubes moritur, retro recte intelligitur hereditas patris fuisse. Vnde dicitur in substitutione pupillari, patrem substituere bonis suis, quatenus de bonis eius ad pupillum peruenit, *l. in ratione. §. quod vulgo. & §. seq.* vbi dicitur, patrem impuberi substituentem pupillariter, perinde habendum, quasi in bonis patris institutum sub conditione, si filius impubes decesserit, *l. in rationem. ad l. Falcid.* Rursum aliena ratione non videtur coheres idemque substitutus pupillo, cognita parte hereditatis paternæ, cogendus esse admittere pupillarem hereditatem. Nam ei, qui ex aliqua parte heres exstitit ita demum inuito accrescunt reliquæ portiones eiusdem hereditatis, si defecerint ceteri heredes, *d. l. qui ex duob. §. vlt. de acquir. hered.* At in proposita specie impubes mortuo parte patri heres exstitit. Idque ita fingamus. Proinde portio illi quæsita ad heredes eius legitimos pertinebit; non autem coheredibus accrescet, aut non inuitis accrescet. Respondeo: In pupillari substitutione cum filius moritur impubes, dicitur deficere: deficit vero natura, cum mortuus hereditatem habere nequeat. In substitutione quidem vulgari heres, cum quis substitutus est, nõ dicitur deficere, cum hereditatem adierit, sed hoc fit propter voluntatem testatoris, qui ex hac substitutione non vult hereditatem ad substitutum pertinere, nisi hac conditione, si institutus heres non erit. Non autem eo minus heres secundũ naturã deficere dicitur, cum moritur. At in substitutione pupillari substitutus ex iudicio testatoris vocatur, siue impubes heres non erit, siue heres erit & impubes decesserit.

Oppugnatur præterea hæc sententia hoc dilemmate. Aut enim portio hereditatis patriæ, ex qua pupillus heres exstitit, iuncta est reliquæ impuberis hereditati, aut iuncta non est. Si iuncta est, non est amplius hereditas patris, atque ita iuncta coheredi accrescere non potest. Si iuncta non est, ipsa quidem accrescet coheredi, sed non accrescet reliquæ hereditati impuberis, quia iuncta hereditas non est, sed sunt duæ hereditates. Respondeo: Dici potest portionem hereditatis patriæ, ex qua impubes heres exstitit, & impuberis esse, & patris, diuersis rationibus. Impuberis ita, quia ei quæsita est: patris ideo, quia permittitur patri de ea statuere, vt de suis bonis, vt dictum supr. *argum. in l. Papin. §. sed nec impuberis. de inoffic. testamento.* Non est quod responderi potest, tamen apparet rem scrupulo non caruisse. Quamobrem Iustinianus recte fecit, quod hac constitutione eam sententiam confirmauit, tametsi eadem *in d. l. qui patri. de acquir. hered.* exstat. quod ideo monemus ne stulte videatur Iustinianus vnam ex suis decisionibus in hac specie posuisse, cum tamen hic videatur, nihil noui iuris constituisse.

Obseruandum est autem, in hac specie dici eum heredem, qui paternam hereditatem adiit, cogi admittere pupillarem, si idem pupillo substitutus sit, sed dici hac conditione, *si pupillus quoque patri heres exstitit*, vt sic intelligatur eiusdem hereditatis paternæ pars esse. Quid † igitur si heres, qui hereditatem paternam adiit, pupillo exheredato sit substitutus? Respondeo: Palam est, duas hic esse hereditates separatas. Vna patris, altera impuberis. Proinde qui vnam admittit, alteram repudiare non prohibetur, *d. l. 2. de acquir. hered. & d. l. vn. §. his itaq. infr. de cod. toll.* Quid si † substitutus sit filio heredi ex parte instituto, sed impubes se abstinuerit hereditate patris? Respondeo: Pars hereditatis paternæ, a qua sese abstinuit, inuito substituto accrescet, cum sit pars eiusdem hereditatis paternæ, sed reliqua hereditas impuberis non accedet, neque acquiretur inuito, quia separatæ sunt hereditates patris & impuberis, propter impuberis abstentionem. Quid † e conuerso dicemus, si coheres impuberi datus eidemque substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, & paternam omittere, an ei permittitur? Resp. Hic eadem distinctio & responsio adhibenda est, quæ supra si pupillus patri heres exstitit, nec se abstinuit, substituti hereditas separari non potest, *l. sed si plures. §. & filio. de vulg.* Idemque efficitur ex hac constitutione in extremo. Quod si heres substitutus erit filio exheredato, non prohibetur pupilli hereditatem amplecti, omissa patris hereditate, dummodo ex testamento patris quis heres exstiterit, vt tabulæ pupilli confirmentur. Hæc species est *l. quæsitum. de acquir. hered.* Quod si heres a patre substitutus sit filio impuberi item heredi instituto, & si impubes abstinuerit hereditate, placet omnino hoc casu substitutum, pupillarem hereditatem adire posse, repudiata patris successione, *l. filius qui se. l. Iulianus. de acquir. her.* Neque hoc casu exigimus, vt aliquis heres ex testamento patris hereditatem adeat, quo tabulæ pupillares confirmentur. Satis enim confirmatur testamentum patris hoc ipso, quod suus heres pupillus patri exstitit. Hæc omnia efficiuntur ex eo, quod secundum colligi dixi ex illa regula: Neminem eiusdem hereditatis partem habere posse & partem omittere.

III. Ex eadem regula efficietur, quod pertinet ad eum heredem, qui partem hereditatis repudiet. Quemadmodum igitur, qui partem hereditatis simpliciter adit, vna aditione ceteras delatas admittere cogitur. Ita † contra, qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is ceteras quoque quamuis delatas, habere nequit. Hæc sententia vulgo non recipitur, propter errorem, qui nascitur *ex l. si tamen ex parte. §. vlt. de acquir. her.* Sed ea sententia nihil verius. Primum diserte positum est *in l. sed si plures. §. filio. in fin. de vulg.* Præterea certissima ratione hæc sententia nititur: vt enim qui partem hereditatis adit, eam partem amittere non potest, ex quo consequitur, vt reliqua necessario postea accedat: sic certi iuris est, eum qui partem hereditatis repudiauit, amplius eam partem habere non posse, *l. 4. infr. prox. tit.* Ex quo consequens est, vt vna ceteræ quoque partes amittantur, alioqui eueniet, vt heres eas habere possit, & non possit habere eam, quam iam repudiauit, quod est contra regulam superiorem, qua fit, neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, partem non habere.

Mouentur in contrarium vulgo *ex d. l. si tamen ex parte. §. vlt. de acquir. hered.* vbi dicitur, si quis ex parte heres institutus sit, & ex parte coheredi suo substitutus, deinde ex substitutione ea deferatur, esse in potestate heredis omittere aditionem ex institutione, & postea ex substitutione adire, & e conuerso. Sed multum † interest inter omittere partem hereditatis, & omittere aditionem partis. Is omittit partem hereditatis seu hereditatem, qui repudiat. Hoc qui facit

facit, reliquas partes habere non potest neque ex substitutione, neque ex institutione, *d.l. sed si plures. §. filio. de vulg.* Omittere autem aditionem hereditatis seu partis, est specialiter non adire, etiamsi non repudies. Estque hic illius loci sensus: Cum eidem heredi pars hereditatis defertur ex institutione, pars ex substitutione, vnius partis aditione totam hereditatem acquiri. Nec refert vtrum partem habeat ex institutione, altera parte non adita ex substitutione, an vero ex substitutione partem habeat, omissa aditione ex institutione.

*Ad L. 21. Cum aliquis.*

Imp. Iustinian. A. Ioanni PP.

*Cum aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium eius vindicabat, in iudicio aduersabatur, is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum heredem imperabat, vt acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere. &c.*

SVMMARIVM.

1 *De statu suo litigans seruus, heres institutus ab extraneo, quando hereditatem adire cogendus sit, quando non?*

1 IS qui ex possessione † hereditatis se liberum esse contendens de statu suo iudicio litigat, si institutus ab extraneo heres, iubeatur ab eo, qui se dominum dicit hereditatem adire, hic constituitur, interdum adire eum cogendum, interdum vero non cogendum. Si institutus est cum hoc elogio & demonstratione illa: *Illius seruus mihi heres esto.* placet cogendum esse adire, tanquam institutum contemplatione possessoris, qui pro domino habeatur. Sin simpliciter institutus sit, placet non esse cogendum, sed exspectandum euentum iudicii liberalis. Quo casu autem dicitur cogendus esse hic, qui de statu suo litigat? adiicitur eum cogendum esse per iudicem. Merito. Quia ordinata liberali caussa, seruus pro libero habetur, *l. ordinata. de liber. caussa.* Et sic consequens fit, eum qui non putatur habere dominum, a iudice cogi posse. Cogendi autem ratio est in minis & verberibus, quæ in seruum hominem cadunt. Itaque cogetur a iudice, his rebus adhibitis, quibus a domino cogeretur, si dominum haberet.

Sed videtur hic seruus cogi non posse vllo casu hereditatem adire. Id enim *in l. 3. in fin.* scriptum est, *sup. de instit. & substit.* idque scriptum est de eo, quem constat seruum esse, diciturque eum non posse adire. (apparet ex glossa, difficultatem esse summam) Respondeo: Necessitas est duplex: Vna absoluta & præcisa. Altera, quæ dicitur a Cicerone necessitas cum adiuncto, necessitas consequentiæ. Absolute & præcise seruus heres institutus cogi non potest, licet enim ei conterrito omnibus minis & verberibus obstinate hereditatem non adire: at cogi potest ea necessitate quam consequentiæ dicimus. Adhiberi enim possunt minæ & verbera, quæ in se ille noluerit suscipere. Hoc autem posito consequitur necessitas adeundi. Nam nisi adeat ille, suscipere cogitur quæ dixi. De priore genere loquitur *l. 3. de institut. & substit.* De posteriore autem hoc loco.

*Ad L. vltimam. Scimus.*

Imp. Iustinian. A. ad Senatum.

*Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones: vnam quidem de his qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimauerint: aliam autem de improuisis debitis, & incerto exitu per diuersas species eis imposito. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam diuus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus qui per ignorantiam hereditatem adierunt, &c.*

SVMMARIA.

1 *Constitutionis huius duo capita.*
2 *Ius inuentarii conficiendi duas partes continet.*
3 *Inuentarium quid sit.*
4 *Vnde dictum inuentarium.*
5 *Ritus in inuentario conficiendo requisitus.*
6 *Intra quantum tempus inuentarium confici debeat.*
7 *Quæ circa hoc tempus heredi sint obseruanda.*
8 *Inuentarium quæ præter descriptionem rerum continere debeat.*
9 *Inuentarii rite confecti effectus.*
10 *Commoda hereditaria quæ sint.*
11 *Incommoda hereditaria tria.*
12 *Heres potest omnes impensas necessarias hereditatis caussa factas retinere.*
13 *Impensæ necessariæ hic quæ sint.*
14 *Creditores qua actione consistant aduersus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt.*
15 *Tempus deliberandi adeundæ hereditatis quorsum peti attineat.*
16 *Incommoda inuentarii.*
17 *Tempus deliberandi adeundæ hereditatis a quo impetretur.*
18 *Tempus id quantum sit.*
19 *Tempus deliberandi non impune peti.*
20 *Heredi an liceat statim adire aut repudiare hereditatem spretis his duobus beneficiis inuentarii conficiendi & deliberationis.*

INitio huius tituli dixi, hereditatem obligare nos ære alieno. Aduersus hoc incommodum remedium quæritur. Id autem remedium vnum veteribus ante tempora Iustiniani positum fuit in deliberando. Nam si quis res hereditarias diligenter agnouisset, poterat statuere, vtrum hereditas soluendo esset vel non, vt si putaret heres expedire, eam adiret, sin minus vt damnosam repudiaret. Sed experientia docuit, hanc etiam viam esse periculosam. Nam diu deliberabis, & mature tamen potest emergere æs alienum, quod prius latebat. Fieri enim potest, vt quæ res putabantur hereditariæ, non sint. Ob hanc caussam visum est Iustiniano, hic remedium inducere, quo adhibito secure heres hereditatem adire, sine vlla deliberatione potest. Id autem est, si inuentarium conficiat secundum formam præscriptam. quod tamen remedium hic ita introduxit, vt nihilominus ius deliberandi relinqueret integrum heredibus, verum hac conditione, vt si deliberationem petierit heres, non impune id faciat, quæ huius constitutionis est sententia. Itaque eius constitutionis † duo sunt capita summa. I. De inuentario faciendo. II. De deliberando. De priore agitur *in §. finali dubiis.* Et hoc quidem vsque ad finem legis. 1

Iuris † de inuentario hæc summa est: Si quis heres delata hereditate ex præscripto huius legis inuentarium confecerit rite, is statim ab initio secure hereditatem adit, & sine periculo. Hoc ius duas partes continet: vna est de ritu, qui hic sit obseruandus: altera quis sit effectus inuentarii recte confecti. Inuentarium † autem est descriptio rerum hereditariarum literis consignata, quod & Repertorium vocatur, *l.* 2 3

4 *tutor qui repertor. de administ. tutor.* Inde † dictum, quod sit scriptura eiusmodi, vbi res quæsitæ inueniri
5 & reperiri possint. In † ritu a Iustiniano præscripto hæc obseruanda sunt: intra quod tempus hoc confici debeat, per quas, quibus personis, & quid continere debeat. qui ritus comprehensus est *in §. sin autem du-*
6 *bius.* Tempus † huic rei præstitutum aliis sunt sex menses, aliis annus. His quidem qui degunt in iis locis, in quibus hereditas, aut maior pars hereditatis sita est, sex menses; his autem qui absunt, annus. Sed sex menses computandi ex eo solum tempore, ex quo delatam sibi hereditatē cognouit; annus autem ex die mortis testatoris. hæc indicantur *in §. sin autem dubius. in prin. & vers. sin autem a locis, item in §.*
7 *donec.* Circa † autem hoc tempus legitimum monendi sumus, ita hoc tempus præstitui, vt si intra hoc tempus heres inuentarium non patefecit, teneatur omnibus hereditariis creditoribus: *l. qui antea adiit. §. sin vero.* priusquam autem hoc tempus præteriit, totum id spatium liberum esse heredi, quamuis adierit hereditatem sub beneficio inuentarii, vt vulgo loquimur, id est, adierit testatus se velle inuentarium conficere, & beneficio huius legis vti.

Sic autem liberum illi hoc spatium esse dicimus, vt inquietari non possit, nec a legatariis, nec creditoribus hereditariis, *§. donec.* Hoc tamen adiecto, vt si creditores interim præscriptiones temporis metuant, illis præscriptio non cedat, quoniam agere non possunt iuxta id quod vulgo traditur, ei qui agere non potest, non currit præscriptio, *l. 1. §. 1. infr. de annali except. per quas tabell. conficiuntur.* Quod ex iis verbis Iustiniani intelligitur, cum iubet inuentarium confici sententia tabellariorum, *dict. §. sin autem dubius.* His autem verbis intelligitur non solum debere præsentes esse tabularios, sed ita præsentes esse, vt per eos conficiatur. nam alias infra superuacua requireretur subscriptio heredis: deinde non adhibentur tabularii, vt testamentum faciant, alioquin quiuis populares sufficerent, sed adhibentur vt pro officio publico tabulas faciant. & notandum, tabularios exigi, non tabellarium, vt sciamus, si tabellarii adhibentur, plures adhibendos. Cum enim non subscribitur, duo sufficiunt, *l. vbi de testamentis.* Personæ etiam aliæ præsentes sint. Adiicitur enim *dict. §. sin autem dubius.* sub persona ceterorum, qui ad eam confectionem sunt necessarii. Quibus verbis verisimile est intellexisse Iustinianum vel alias personas, quæ publico munere fungerentur, præter tabularios, vel alios testes, si forte vnus tantum tabularius esset adhibitus. Hodie autem ex constitutione N. I. X. intelligimus adhiberi debere ad hanc confectionem, præter tabularios, etiam legatarios & fideicommissarios, quibus itidem aliquid testamento relictum est, & si absunt, debere ad minimum adhiberi tres idoneos testes.

8 Continere † autem inuentarium debet præter descriptionem rerum, quæ a tabulario facta est, etiam subscriptionem heredis, qua profiteatur heres, se agnoscere quantitatem rerum ibi descriptarum, apud se res eas esse, præterea nihil se adhuc in illis dolo fecisse, neque porro facturum. Quod si heres literas non nouerit, aut scribere non poterit, cauetur vt eius loco alius tabularius adhibeatur, qui eius nomine idem subscribat, adhibitis idoneis testibus, qui & heredem norint, & interfuerint, cum mandaret tabulario subscriptionem. Hæc *in dict. §. sin autem dubius.* Inuentario hoc modo rite confecto effectus hic † est, vt heres secure & sine periculo heredita- 9
tem adeat. Ista enim duo continet, vt quæcunque commoda sunt hereditaria, ea heres habeat: quæcunque autem sunt onera & incommoda, ea non noceant heredi. Commoda † hereditaria duo hæc 10
sunt: Primum vt heres succedat in ius & dominium omnium rerum hereditariarum, *l. heres in omne. de acquirend. heredit. l. cum heredes. de acquirend. possessio.* Hoc ius cum omnibus ceteris heredibus tribuatur, etiam qui non fecerint inuentarium, dubium non est, quin ad eum, qui inuentarium fecit, pertineat. Deinde hoc lege Falcidia tribuitur heredibus, vt si supra dodrantem hereditatis legata relicta sint, possit heres de singulis legatis quartam retinere, *l. 1. ad leg. Falcid.* Et hoc beneficio vtetur heres, qui inuentarium confecit, *Instit. h.*

Incommoda † autem hereditaria hæc tria sunt. I. 11
Quod hereditate adita obligatur heres æri alieno, *l. more. de acquirend. heredit.* II. Quod si heres hereditate adita, quid impendit, quamuis necessario in res hereditarias aut propter commodum hereditatis, nullam eo nomine actionem habeat. Non enim potuit sibi obligare hereditatem, cum eam iam haberet, & secum negotium ipse haberet non cum hereditate. Non poterit etiam obligare defunctum, quoniam cum illo nihil contraxit. III. Quod si heres aliquas actiones habuit aduersus defunctum, hæ adita hereditate, confusione amittuntur, *l. si debitam. supr. de pact. l. si Stychum. §. aditio. de substitutionibus.* Hæc incommoda ex hac constitutione non metuit heres, qui rite fecit inuentarium. Primo enim non tenetur legatariis aut creditoribus hereditariis vltra vires hereditatis, *dict. §. etsi præfatam.* Et hoc nullam dubitationem habet, si constet de viribus hereditatis.

Quod si de his controuersia inter heredem & creditores & legatarios erit, qui plus in hereditate fuisse dicant, quam in inuentario descriptum sit; placet in hac controuersia iure dubio stare inuentario, sic tamen vt postulantibus creditoribus & legatariis heres iurare debeat, nihil se amplius scire, quam illic contineatur. Quod si creditores vel legatarii docere parati sunt, plus esse in hereditate, audiendi sunt, & si probauerint, aliquid amplius esse, vel etiam heredem id amouisse, vel subtraxisse, vult Iustinianus non tantum id habendum in hereditate, quod reuera est hereditarium, verum etiam heredem in duplum, id est, in alterum præstandum, damnandum esse, vt vel præstet, vel in hereditatem computet. Hęc summa est *§. licentia.*

Quod ad impensas † ab herede factas per caussam 12
hereditatis attinet, placet eum omnes necessarias eius generis impensas retinere posse, *§. in computatione.* vbi notandum est, inter necessarias impensas numerari impensas factas in funus, item in insinuationem testamenti, de quo *sub titulo, Quemadmodum testamenta aperiantur. infra.* & † in confectionem in- 13
uentarii factas, tametsi hæ videri possint vtiles esse magis, quam necessitate vlla factæ, cum heres non cogatur inuentarium facere: illa citra controuersiam necessaria sunt, cum iumenta & pecora pauit, familiam hereditariam aluit, item cum res hereditarias fulcit & restaurat, item cum ea, quæ seruari non possunt, distraxit, & in ea distractione aliquid impendere coactus est.

Ter-

Tertium incommodum confusionis remouetur itidem hereditate, *d. §. in computatione.* vt scilicet heres, qui aliquam actionem aduersus defunctum habuit, quamuis adierit hereditatem, tamen debitum possit retinere, non minus quam ceteri creditores extranei, cum quibus eodem iure vtetur, de quo mox dicemus.

Solum hoc onus iniungitur heredi, qui inuentarium rite facit, vt teneretur legatariis & creditoribus, quatenus facultates patrimonii ferant. in quo hoc tamen ei commodum præstatur, vt quibuscunque primo loco soluerit petentibus hoc, nihil ei noceat: & ideo si primo legatarii veniunt, iis recte soluet legatum, quibus solutis, si nihil superest creditoribus hereditariis, nihilominus securus est heres. Item si inter creditores hereditarios hi primo loco veniant, qui iure temporis posteriores sunt, nihilominus his recte soluet heres, nec tenetur antiquioribus creditoribus, si prioribus dimissis nihil superest in hereditate. Sed hæc non nocent creditoribus, quæ summa est *§. etsi præfata.* Nam si res agetur inter legatarios & creditores, & hereditas omnibus soluendo nō sit, semper pferentur creditores legatariis, qualescunq; creditores sint, siue sint hypothecarii, siue chirographarii, id est, hi qui nullas hypothecas habētes cōstitutas chirographo nituntur vt crediti cautione. Idq; æquissimum est, semper enim magis fauendum est repetitioni, quam aduentitio lucro, *l. non dedit. de reg. iur.* Constat autē creditores certare de repetitione & damno vitando, legatarios autem de lucro agere. Sed ita creditores præferuntur legatariis, vt si legatarii prius legata consecuti sint, & exhausta sit hereditas, creditores regressum habeant non aduersus heredem, qui legata soluit, & eo facto liberatus est; non etiam aduersus emtores hereditariarum rerum, quas vendidit heres, & quarum pretium vertit in præstationem legatorum, aut in dimittendis aliis creditoribus: sed aduersus ipsos legatarios, qui priore loco legata immerito sunt consecuti, cum creditores illis oporteret præferri.

14 Quæritur † qua actione creditores consistant aduersus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt? Et datur duplex actio hoc loco aduersus legatarios, aut hypothecaria, aut condictio ex lege. Hypothecaria tunc locum habet, cum res hereditariæ aliquæ præstitæ sunt legatariis, quibus erant legatæ, & si creditores agunt, quibus res hereditariæ obligatæ erant pignori. Condictio autem ex lege tunc locum habet, cum creditores non persequuntur hypothecas, sed tanquam debitum a legatariis petunt. Hanc actionem hic introduci oportuit, quia reuera legatarii cum creditoribus nihil gesserunt negotii, cum legatum acceperunt, & ideo condictioni ex lege locus est, ex definitione, quæ traditur *in l. vnica. de condiction. ex leg.* Similiter si ex creditoribus hi occuparunt debitum, qui hypothecas posteriores tempore habent, aut qui nullas habent, ab iis debitum auocabunt hi creditores, qui hypothecas habent & eas antiquiores. Ex quo colligimus, si hi creditores, quibus adhuc solutum non est, nullas hypothecas habeant, non habere regressum aduersus eos creditores, qui suum iam consecuti sunt, quantumuis hi qui nunc agunt sint priuilegiarii, id est, hi quibus debetur ex ea caussa, quæ inter creditores prærogatiuam habet, vbi bona a creditoribus possideri iussa sunt. Hæc, inquam, summa est *totius §. etsi præfata.* Quod si heredi debeatur aliquid a defuncto, heres in eadem caussa erit cum reliquis creditoribus, vt dicitur *in d. §. etsi præfat.* Sensus est: Potest heres debitum suum retinere, sed si qui creditores hypothecas tempore priores habebunt, hi heredi præferentur. Hæc disputatio huc redit, vt intelligamus ita heredem teneri legatariis & creditoribus hereditariis, intra modum facultatum hereditariarum, vt tamen etiam in hac parte eius solutio qualis erit non noceat. In quibus omnibus spectantur commoda inuentarii recte confecti. Et hactenus de priore cap. huius legis.

Alterum caput est de deliberando, de quo agitur *in §. & hæc quidem. vsque ad fin.* in quo hæc summa constituitur. Tametsi superiori beneficio inuentarii constituti, non est necessaria deliberatio heredibus ad adeundam hereditatem, tamen liberum illis relinqui etiam ius deliberandi impetrare: & adiicitur, a quibus impetretur, quod tempus præstituatur ad deliberandum. Postremo non impune deliberationem peti, contemto superiori beneficio: & adiicitur, quæ in eo incommoda sint.

Peti † igitur deliberandi tempus potest, sed quorsum peti attinet, aut potius quis post superius beneficium tam stultus erit, vt rem non necessariam cum incommodo postulet? Respondeo: Inuentarii confectio etiam sua incommoda habet, quæ plerique fugientes malunt ius deliberandi impetrare. 15

Inuentarii † incommoda sunt. I. Quod non sine magnis sumtibus fit inuentarium, in magnis præsertim hereditatibus, non etiam sine sumtu aluntur tabularii, personæ publicæ & testes qui adhibentur, nec statim res hereditariæ discutiuntur, vt discussæ & cognitæ rectius inuentario describantur. Et tametsi in damnosa hereditate heres hos sumtus ante omnia deducit, *§. in computatione.* tamen si hereditas soluendo est, certum est hereditatem his sumtibus valde minui. Alterum incommodum, cur plerique inuentarium fugiunt, est, quod deteguntur facultates patrimonii, quas latere plerique volunt, vel propter inopiam latentem, vel inuidiam, quæ sequitur locupletes heredes. Ob hanc caussam etiam nunc non est inutile ius deliberandi, ad adeundam hereditatem impetrare. 16

Hoc † impetratur a iudicibus aut Principe, *§. etsi præfata.* Sed quid necesse postulare hoc ius a magistratu, cum heres apud se posset deliberare de hereditate? Nihil necesse est, si heres non vrgeatur a creditoribus hereditariis; sed illis suum persequentibus, alterum cogitur facere heres, aut his soluere, aut bonorum hereditariorum distractionem pati, nisi magistratus auctoritas interueniat. Ob hanc caussam ius deliberandi a magistratu petitur, vt intra hoc tempus non inquietetur a creditoribus heres, de quo dixi *ad l. si curatores. sup.* 17

Tempus † ad deliberandum præstitutum summum est, vt a iudicibus non amplius dentur, quam nouem menses: a Principe annus duntaxat, ea lege, vt si amplius datum sit etiam a Principe, quasi non datum sit, neque verum tempus ad deliberandum liceat petere, *eod. §. & hæc quidem.* 18

Sed videntur aduersari huic constitutioni quidam loci, *l. 2. de iure deliberandi.* vbi centum dies præstituuntur cum minimum, deinde *l. 1. eodem.* dicitur, totum hoc tempus esse in arbitrio magistratus, vt pro rei qualitate id tempus statuat. Sed inter hæc optime conuenit. Sunt enim inter hæc tempora quod ad

minimum, quod ad summum, quædam interiecta tempora. Si minimum tempus quæritur quod dandum est, non minus quam centum dies dari oportet: si summum tempus quæritur, non licet excedere nouem menses iudices, Principis rescripto frustra exceditur annus. Sed non idcirco magistratus non potest aut amplius dare quam centum dies, aut minus præstituere quam nouem menses, sed id tempus statuet, quod satis sit ad deliberandum pro conditione hereditatis & distantiæ locorum: atque ita moderatum tempus statuet, vt est *in dicta leg. si curatores sup.*

19 Sed non impune † petitur tempus ad deliberandum. Nam quædam incommoda denuntiantur his, qui contemto beneficio Iustiniani deliberandi ius petierint, & constituuntur hæc incommoda. I. Adeunti. II. Non adeunti. III. Repudianti. Et qui intra tempus ad deliberandum constitutum hereditatem adit, duo hæc incommoda denuntiantur. I. Quod omnibus creditoribus hereditariis in solidum obligetur, etiamsi inuentarium rerum hereditariarum fecerit: deinde hoc incommodum, quod iubetur etiam post deliberationem impetratum inuentarium facere, & nisi fecerit, hæc pœna est, quod non solum tenetur creditoribus in solidum, sed legatariis, quia legis Falcidiæ beneficio carebit. Ei autem qui intra tempus constitutum adierit, tria hæc incommoda denuntiantur. Primo, quod etiamsi aperte non adierit, nihilominus perinde habetur, quasi adiisset, eodemque modo obligatur creditoribus hereditariis in solidum, & non vtetur beneficio l. Falcid. si inuentarium non fecit. Ei autem qui intra tempus constitutum aperte repudiat, hoc iniungitur incommodum, vt nihilominus inuentarium faciat, priusquam repudiet. Quod si non fecerit, hæc pœna statuitur, vt res omnes hereditarias restituat creditoribus, aut his, qui ad hereditatem vocantur, quantitatem rerum iureiurando eorum quibus restituuntur æstimandam, quæ summa est §. *sin autem. pen.*

20 Quæritur si quis † neutro ex his beneficiis vti velit, sed statim aut adire hereditatem, aut repudiare, an non heredi liceat? Et scriptum est *in §. fin. legis huius.* vtrumque vnicuique heredi licere, vt si adierit, statim subeat omnia onera hereditaria, vna cum commodis hereditariis: sin repudiarit, nullo modo teneatur creditoribus, aut vllis oneribus hereditariis.

## AD TITVLVM XXXI. COD. De repudianda vel abstinenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *Repudiare hereditatem quid. & eius Synonyma. ibid.*
2 *Hereditas quomodo re & facto repudietur.*
3 *Eius est nolle, qui & velle potest.*
*Non quiuis hereditatem repudiare potest.*
4 *Vt quis hereditatem acquirere possit quæ requirantur.*
5 *Hereditas nisi delata nec adiri nec repudiari potest.*
6 *Delatæ hereditatis definitio.*
7 *Hereditatem vt quis possit consequi, quibus rebus efficiatur.*
8 *Viuentis nulla est hereditas: itaque ea nec adiri nec repudiari potest.*
9 *Hereditas quot modis deferatur.*
10 *Testamento quomodo deferatur: quomodo item ab intestato. nu. 11.*
12 *Hereditas delata nisi ab sciente acquiri & repudiari non potest. Ratio ibid.*
13 *Hereditatem adire non potest, nisi, qui vult adire, possit obligare eum, qui acquirit. Idem in repudianda hereditate.*
14 *Pupillus & filiusfamilias cur hereditatem adire non possint.*
15 *Repudiationis hereditatis effectus.*
16 *Abstinere hereditate quid.*
17 *Heres suus quando abstinere se intelligatur.*
18 *Ad impetrandam abstinendæ hereditatis facultatem an prætor adeundus sit.*
19 *Abstinendi facultas puberibus & impuberibus dissimili conditione data est. Rationes monstrantur ibid.*
20 *Immiscere se bonis quando suus heres dicatur.*
21 *Abstentionis hereditatis effectus.*
22 *Abstentionis potestas quando finiatur.*

Exceptis seruis necessariis heredibus, nemo omnium heredum inuitus hereditatem habere cogitur, sed a se remouent aliter extranei, aliter sui. Extranei repudiando: sui abstinendo. Hinc *tit. de repud. & abstin. hered.* vt sit de omittendo tam suis quam extraneis, quæ altera pars est *tit. de acquir. hered. ff.* De repudianda agitur *in l. 4. & seq.* De abstinenda reliquis legibus *l. 2. 3. & vlt.* De his igitur ordine dicemus.

Extranei heredes vt hereditatem adire, ita repudiare possunt. Repudiare est † nolle hereditatem ad 1
se pertinere, *l. filium. de acquir. her.* vbi omittere hereditatem, & nolle ad se pertinere hereditatem, pro eodem vsurpantur. Hoc idem iuris auctores dicunt recusare. *l. recusare. de acquir. hered.* Item omittere *d. l. filium. eod.* Item prætermittere, *l. qui patri. eod.* Vt hereditas animi destinatione acquiritur, sic contra destinatione repudiatur, *§. vlt. Instit. de her. qual. & differ.* Ad hanc destinationem animi, non est necesse, verbis id testari, sed re & facto, hereditas recte recusatur & quouis indicio voluntatis, *d. l. recusare. eod.* Quomodo repudietur verbis, notum.

Re autem & facto † repudiari hereditas intelligitur, quoties heres aliquid facit, quod vtiliter facere 2
non potest, nisi vellet prius repudiatam hereditatem. Huius generis exempla sunt duo: Primum si is, qui legitimus heres esse poterat, sit idem a testatore institutus heres, & cum putet, se non institutum, hereditatem ab intestato repudiauit. Nam hic etsi prius aperte non repudiauit testamentariam, tamen facto suo repudiasse intelligitur, hoc ipso, quod repudiauit legitimam, quoniam nisi omissa aut repudiata hereditate testamentaria, non potest legitimam repudiare, *l. nec is. §. vlt. l. illud. de acquir. her.* Secundum exemplum est, si proponas filium esse exheredatum, aut præteritum immerito, ita vt competat ei querela inofficiosi testamenti, & is ab herede scripto, vel hereditatem emat, vel conducat res hereditarias, vel quod debet, defuncto soluat, *l. si primus. §. 1. de inoffic. testam.* Nam qui hæc fecit, hereditatem scriptam pro iusto herede agnouit, id est, pro vero domino, quod facere non potest, nisi ipse querelam repudiauerit. Quia vni duo in solidum heredes esse non possunt.

Videndũ est quis hereditatẽ adire possit, & quando, tum

do, tum quis sit repudiationis effectus, qui duo loci
attinguntur *in l. 4. & seq.* Non statim quiuis heres
hereditatem repudiare potest;vt possit repudiari he-
reditas,videndum est,an ne is,qui repudiat,possit ac-
3 quirere si velit. In quo hæc regula traditur: Eius † est
nolle, qui & velle potest, *l. eius. de reg. iur.* Eius est
velle hereditatem, qui & adire potest, proinde eius
etiam est nolle adire,qui adire potest.Hinc regula ad
hanc speciem translata, & ita definitur, is, qui potest
repudiare, quod sit, qui etiam acquirere potest, *l. is
potest.l.4.de acquir.her.* Quare qui quando hereditas
acquiri potest,nolit: idem eadem opera quando & a
quo repudiari possit nolet, proinde vtrumque iis-
4 dem præceptis continetur. Vt quis † hereditatem
adire & acquirere possit tria summe necessaria desi-
derantur. I. Vt ei delata sit hereditas. II. Vt sibi sciat
delatam. III. Vt sit in ea caussa, vt obligare possit
eum, cui hereditatem acquiret, siue sibi, siue alii ac-
quirat.

Ante omnia delatam esse oportet hereditatem.
5 Nemo † enim hereditatem adire potest, cui delata
non est,proinde nemo repudiabit,cui non sit delata,
*l. si quis extraneus.§.1.l.is qui potest.de acquir.hered.* De-
6 lata † hereditas definitur, quam quis consequi possit
7 adeundo, *l. delata. de verb. sig.* Vt † possit quis heredi-
tatem consequi,tribus rebus efficitur: primo si testa-
tor mortuus est, de cuius hereditate agitur: deinde si
hereditas delata sit iis modis quibus oportet: postre-
mo si hereditas heredi nondum quæsita sit. Primo
mortuum oportet esse eum, de cuius hereditate agi-
8 tur,quia † viuentis nulla hereditas est, *l.1.de hered.vel
act. vendit.* Non potest autem delata dici hereditas,
vbi nulla est, hinc illa tradita sunt: neminem pro he-
rede posse gerere viuo eo,de cuius hereditate agitur,
*l.nemo. de acquir.hered.* Hinc consequens de repudia-
tione, neminem item viuentis repudiare posse here-
ditatem, *l.qui superstitis. eod.* Vtrumque, vt dixi,ex eo,
quod viuentis hereditas non defertur. Non potest
autem acquiri aut repudiari,quæ nondum est delata.
Mortuo eo, de cuius bonis agitur, videndum est, an
hereditas delata sit iis modis, quibus iure deferri po-
9 test & solet. Defertur † autem duobus modis, ex te-
stamento & ab intestato, *§.vlt. Inst.per quas pers.* Te-
10 stamento † defertur, non si testamentum solum va-
let,sed etiam si concurrit voluntas testatoris,quod ita
fit, si heres pure sit institutus, aut institutus sub con-
ditione, quæ iam exstiterit. Pendente autem condi-
tione hereditas non defertur. Proinde placuit pen-
dente conditione hereditatem neminem adire pos-
se,eoque nec repudiare, *l.is qui heres.in pr.ff.h.* Hac de
caussa placuit, quamdiu institutus admitti potest,
tamdiu substitutum neq; adire,neq; repudiare posse,
*l.quamdiu.l.in pluribus.ff.eod.* Quia substitutus omnis
substituitur sub conditione, si institutus defecit. Ab
11 intestato † defertur hereditas, cum nullum testa-
mentum est,aut siquidem est,non valet.Hinc rursum
illa regula: Quamdiu ex testamento adiri hereditas
potest, tamdiu ab intestato nec adiri nec repudiari
posse, *l. quamdiu. eod.* Et si forte plures erunt here-
dum legitimi gradus, nunquam posteriores adeun-
do aut repudiando quicquam egerint, priusquam
priores exclusi sint,quamuis posterioribus h.l defer-
tur hereditas, *d.l.vt plurim.ff.eod.* Nihil prodest ali-
quando iis modis delatam fuisse hereditatem, si ea
hereditas iam quæsita sit heredi; quæsita repudiari
non potest, quoniam nec amplius acquiritur: nam
quod nostrum est,amplius nostrum fieri nequit, *§.sic
itaq;. Inst. de act.* Quæritur autem hereditas extraneis
heredibus,si delatam adierint. Hinc est quod dicitur
*in l.4.*Neminem qui semel adierit hereditatem, adi-
tam repudiare posse,quia nec acquirere amplius po-
test. Is autem repudiare potest,qui & acquirere,nec
potest acquirere, ideo quia non est delata. Tunc e-
nim intelligitur etiam delata hereditas, cum quis e-
am consequi potest: non autē consequi potest vt dixi
eam, q̃ iam acquisierit. Suis autem heredibus acqui-
ritur statim hereditas ipso iure.Hinc rursum illud ef-
ficitur: Neminem suum heredem hereditatem adire
posse,eoque nec repudiare potest, *l.is qui putatur.ff.h.*

Hoc primum † genus est, quod ad acquirendam 12
vel repudiandam hereditatem necessarium esse dici-
mus. Alterum illud est, vt qui hereditatem adire vo-
let, sciat sibi delatam esse hereditatem, *§.vlt.Instit.de
hered.qual. & differ.* Cuius rei hanc rationem red-
didimus initio superioris tituli, quod hereditas
animi destinatione aditur aut acquiritur. Nihil au-
tem animi destinatione geri, nisi & scientia certa po-
test, *l.in totum. de reg.iur.* Proinde in repudiatione i-
dem ius seruabimus.Hinc regula de hac specie:In re-
pudianda hereditate vel legato, certus esse debet de
iure suo is,cui hereditas aut legatum defertur, *l.in re-
pudianda.* Quod rursum eadem ratione efficitur qua
superius. Nam & contraria animi destinatione repu-
diari, exemplo erunt hæ species, in quibus dixi here-
ditatem non deferri. Vt ergo si viuentis hereditas
non defertur, ita si quis dubitet, an testator viuat nec
ne, hereditatem eius nec adire nec repudiare potest,
quantumuis reuera decesserit is, de cuius bonis agi-
tur, *l.is qui. eod.* Similiter vt hereditas ex testamento,
quod non valet,adiri non potest aut repudiari, item-
que vt pendente conditione nec adiri nec repudiari
potest: ita si testamentum valeat, & quis de viribus
testamenti dubitet, item si conditio exstiterit,aut et-
iam si nulla conditio adiecta sit, si tamen de eo dubi-
tet heres, hereditatem frustra adibit,frustra repudia-
bit, *l. heres institutus.l.seq.ff.eod.* Similiter si quis sit ex-
traneus heres, cui vere sit delata hereditas, & non-
dum quæsita, si tamen se necessarium heredem pu-
tat, neque hereditatem adire, neque repudiare po-
test, vt si sit emancipatus, qui aliquo errore vel facti
vel iuris non putet se emancipatum, aut qui putat se
iure emancipatum. *l.is qui putat. & l.seq.eod.*

Tertium † genus necessarium esse dicimus ad ac- 13
quirendam hereditatem, vt is qui hereditatem adire
vult, possit obligare eum, cui acquirit. Hoc qui non
potest, hereditatem adire non potest, quoniam he-
reditas obligat nos æri alieno, *l. more. ff.eod.* Si acqui-
rere non potest, nec repudiare potest. In hac autem
caussa sunt duo genera personarum: Pupillus, † cui 14
delata est hereditas, & filiusfamilias. Pupillus sine
auctoritate tutoris obligari non potest, & ob hanc
caussam nec delatam sibi hereditatem adire, *§.neque.
Institut. de auctorit.tutor.* Hinc fit vt nec repudiare
possit sine tutorum auctoritate, *l. pupillorum. h.* Fili-
usfamilias non potest nisi consentiente & iubente
patre acquirere hereditatem, ne inuitum patrem
hereditate obliget, *leg. 6. in princip. ff. h.* Ideo nec
repudiare potest sine consensu patris, *l. is qui. §.
vlt.ff.h.*

Sed in hoc genere notandum est, quod dissimile
est a primo. Nam ita exigimus, vt hereditas delata sit
vt heres habeat facultatem hereditatis adeundæ aut

repudiandæ, vt velimus etiam heredem hoc certo ſcire. In hoc poſtremo genere aliter accipitur: ſatis eſt enim, ſi quis heres ſui iuris & pubes ſit, vt hereditatem adire poſſit, & repudiare, non eſt neceſſe, vt ſciat hanc ſuam conditionem.

Itaque qui de ea conditione dubitat, nihilominus recte adiit & repudiauit, *l. ſed etſi. eod.* Similiter & pubes, ſi hereditatem adeat, quamuis ſe pupillum falſo exiſtimat, tamen is error non nocebit, *l. qui ſe pupill. ff. h.* Differentiæ ratio eſt, quia tametſi quis filiusfamilias eſſet, aut impubes, nihilominus ei æque hereditas delata eſſet. Cum dicimus hereditatem acquiri aut repudiari non poſſe, antequam heredi delata ſit, & antequam delatam ſciat, & antequam obligare poſſit eum qui acquirit, hoc dicimus, etiamſi non adita aut repudiata ſit, tamen non prohiberi heredem poſtea delata hereditate, eam repudiare, quam prius ignoret, & adire eam, quam prius repudiarat. Qui ſuperſtitis voluntatem agnouit, non prohibetur eo mortuo repudiare, quia aditio præmatura nihil egit: & contra ſi ſuperſtitis quis hereditatem repudiauit, non prohibetur eo mortuo adire hereditatem, aut pro herede gerere, quia repudiatio præcedens nihil egit, *l. qui ſuperſtitis. ff. eod.*

15 Repudiationis † effectus eſt aditioni contrarius. Vnuſquiſque hereditatem adeundo ſic acquirit, vt quæſitam poſtea repudiare non poſſit, duabus de cauſſis. I. Quia iam delata eſſe deſiit, poſtquam quæſita eſt. II. Quia heres hereditate adita obligari cœpit creditoribus hereditariis. Nemo autem ſe facto ſuo liberat a creditoribus, niſi aut ſoluendo, aut ſatisfaciendo. Solutione eius quod debetur tollitur obligatio. Satisfactio autem pro ſolutione eſt, nec aliis modis facto debitoris obligatio tollitur, *l. ſi rem. §. omnis. de pignoratit. action. l. ſi ſeruum. §. nunc videamus. de verborum obligation.* Contra repudiando vnuſquiſque hereditatem amittit, *l. is qui heres. ff. eod.* Quod eam vim habet, vt quamuis poſtea velit adire repudiatam, non poſſit, quoniam poſt eius delationem deſiit eſſe delata. Nemo autem non delatum acquirit, quorum vtrumque traditur *in l. 4.* Sed poſterius accipiendum eſt de his, qui repudiatam hereditatem nolentes adire conſtituunt, quod nullis licet. Ceterum interdum ii, qui repudiant, coguntur adire, quod receptum eſt in his heredibus inſtitutis, qui iuſſi ſunt hereditatem reſtituere. Nam quamuis ſemel repudiarunt, tamen Senatuſconſulto coguntur adire poſtulante fideicommiſſario, *l. nam quod. §. 1. ad Treb.* Horum vtrumque ita eſt, ſi is qui adiit hereditatem aut repudiauit, ſit maior vigintiquinque annis, vt adiicitur *in d. l. 4. h.* Nam ſi minor hereditatem adiit aut repudiauit, beneficio ætatis reſtitui in integrum poteſt, vt ſibi repudiare liceat, quam adiuit, & adire ſi repudiauit, *l. ait prætor. §. non ſolum. & §. reſtitutus. de min. tit. ſi minor her. ſe abſt. ſup. & tit. ſi vt amiſſa hered. ſeq.*

Sui quoque heredes hereditatem a ſe remouere poſſunt, itidem vt extranei, ſed hoc conſequuntur non repudiando ſed abſtinendo hereditate. Fit enim eis abſtinendi poteſtas, edicto prætoris, *l. neceſſariis. eod.* Non poſſunt repudiare, quia repudiamus oblata, nondum quæſita, *l. 1. §. decreta. de ſucceſſ. edict.* Suus autem iam ſtatim heres exſtitit, ex quo hereditas deferri cœpit, ſed poteſt ſe bonis abſtinere. Nam abſtinemus rebus præſentibus & noſtris. Hic videndum

16 eſt, quid ſit † abſtinere, quando ſui ſe abſtineant, quibus detur abſtinendi facultas, & abſtentio quid efficiat. Abſtinere proprie eſt non attingere res hereditarias: ſed intelligendum, abſtentionem, de qua loquimur, non eſſe huius facti ſolius ſi quis non attingat, & ideo ſi quis ſuus heres eſt, priuſquam attingeret res hereditarias quam deceſſerit, ſi nihil aliud de voluntate ſua teſtatus eſt, nihilominus hereditatem ad ſuos heredes tranſmittet, *l. 3. ſup. prox. tit.* Quia non attingendo non dicitur ſe ideo abſtinuiſſe, ſed abſtinere animi eſt non ſolius facti. Itaque breuiter ſuus heres ſe abſtinere dicitur hereditate, cum teſtatur ſe nolle hereditatem retinere: nam hoc verbum deſcribitur *in l. ſeruum quis. §. prætor. ff. eod.*

Abſtinere † ſe intelligitur ſuus heres, cum hoc de 17
voluntate ſua eſt teſtatus, non tantum ſi in iudicio & iure id faciat, ſed etiam ſi extra iudicium quouis loco. Dubitari vero potuit, an † cum edicto prætoris 18
abſtinendi facultas concederetur, neceſſe ſit in eo prætorem adire, qui hanc daret facultatem, vt hoc modo recte abſtineretur hereditate. Et placuit in eo neceſſe non eſſe adire magiſtratum, *l. ſi qui 12. ff. eod.* Omnibus ſuis heredibus abſtinendi facultas datur, non tantum impuberibus, ſed puberibus etiam, diſſimili tamen conditione. Nam impuberibus † ſine 19
conditione data eſt, ſiue ſe immiſcuerint bonis, ſiue non, *l. impuberis. l. neceſſariis. in princ. eod.* Puberibus autem duabus his conditionibus, ſi ſe non immiſcuerint, & ſi per eos factum non ſit, quo quid de hereditate amoueretur.

Vnde intelligimus, ex puberibus duo genera eſſe eorum, quibus abſtinendi facultas non eſt. Primum eſt eorum, qui ſe bonis immiſcuerint, *d. l. neceſſariis. eod.* Immiſcere † ſe bonis dicitur ſuus heres, cum bo- 20
na hereditaria tractat vt heres, & vt breuiter dicam, qui remoto poteſtatis vinculo pro herede ſe gerit, *l. cum bonis. ff. h.* id eſt, qui id facit in hereditate patris, quod filius emancipatus faciendo diceretur pro herede gerere, eo quod dixi *ad l. ſi de bonis.* Quid ſit pro herede gerere dixi *ad l. 2. eod. tit. ſup.* Hæc igitur qui fecit in hereditate patris, hereditatem poſtea non poteſt reiicere, quoniam nec hereditatem repudiare poteſt extraneus, qui adeundo eam quæſiuiſſet vel pro herede gerendo.

Hinc quæſitum *l. 3. huius tit.* pubes patri ſuus heres exſtiterat, & ſe immiſcuerat bonis, cum eſſet præteritus teſtamento patris, & iniuſtum teſtamentum patris diceret: deinde controuerſia orta inter eum & ſcriptum heredem tranſegit cum herede, & cauit, ſe nihil amplius de hereditate ea petiturum: deinde cœpit petere. Duo videbantur ei obſtare. I. Quod videretur ſuperiore conuentione ſe abſtinuiſſe hereditate, eamq; reſpuiſſe, ac proinde repudiaſſe. II. Obſtabat & tranſactio. Reſcriptum eſt, cōuentionem ei nihil obſtare, quo minus ſit heres, quia hereditatem quæſitam non poſſit reſpuere, quæſitam ſic accipit, ſe immiſcendo. Deinde, non obſtare tranſactionem in ſpecie propoſita, quia facta eſſet tranſactio, nullo retento, nullo dato, nullo promiſſo, cuius generis tranſactiones non valent. Interim hęc ſententia confirmatur, & in ſuis heredibus hoc ius valet, vt ſi ſe immiſcendo quæſierunt hereditatem, poſtea contraria voluntate eam reiicere non poſſint.

Alterum genus eorum eſt, qui quid amouerunt ex hereditate, ſed etiam qui dederunt operam vt amoueretur, *l. ſi ſeruum. eod.* vbi hic locus vſque ad finem *l.* dilucide explicatur.

Abſten-

21 Abstentionis † effectus hic est, vt quamdiu suus heres in eadem abstentione manet, ea omnia consequatur, quæ tribuuntur extraneis heredibus, cum repudiauerunt *l. pro herede §. Papin. in fin. D. h.* Vnde suus heres abstentione duo consequitur. I. Vt non teneatur creditoribus hereditariis, non magis quam extraneus qui repudiauit *d. l. necessarius eod.* II. Si quas actiones aduersus patrem amisit, dum patri heres exstitit, illi restituũtur integræ actiones, postquam abstinuit hereditate, *d. l. eum demũ, §. vltim. D. eod.* Sed quemadmodum abstinenti non nocet aliquem heredem exstitisse, sic ei hereditas non prodest. Itaque hereditatem non habet, & si interim decedat, hereditatem ad suos heredes non transmittit, *l. filius, qui se, l. Iulianus, seq. D. h.*

Sed hi effectus sunt in persona sui heredis, quamdiu in eadem abstentione perseuerat. Ceterum extra personam impuberis, & aliis in rebus diligenter tenendum est, suum heredem, postquam se abstinuit nihilominus iure ciuili heredem manere, qui semel exstitit, quoniam vt supra dixi, semel teneri cœpit creditoribus hereditariis, ab his nullo suo facto liberari potest. Et hæc definitio est iuris certi, eum qui semel exstitit heres nunquam heredem esse postea desinere, *leg. ait prætor, §. sed Papinianus, de minor. l. ei qui soluendo, 88. de hered. institut.* Neque vero sine effectu hoc statuitur, vt quis putet rem hanc esse positam in subtilitate iuris ciuilis, cum iure prætorio is, qui se abstinuit, pro herede non habeatur. Huius iuris effectus tres sunt. Primus, in confirmatione testaméti, vt si ad res aliquas confirmandas quæ testamento erant datæ, opus sit herede, ibi ad earum rerum confirmationem satis sit suum heredem exstitisse, quamuis se postea abstineat, quia & post abstentioné heres manet: vtputa libertates testamento datæ non debentur, vbi nemo heres exstitit, *leg. 9. de testamen. tut.* Et hæ valebunt, si semel heres aliquis suus exstiterit, quãuis postea se abstineat, *l. sciendum, de man. test. l. cum quær. §. sed & si quis, vers. sed & si suus, de fid. lib.* Idem & in secundis tabulis contingit. Secundæ tabulæ seu pupillares, id est, substitutio pupillaris nõ valet, vbi ex testamento patris nemo heres exstitit, *l. 1. §. 1. de vulg.* dicimus vt secundæ tabulæ valeant, satis esse, si quis suus heres patri exstiterit, quamuis se postea abstineat, *l. Iulianus, l. filius qui se, de acquir. her.*

Secundus effectus est in rerum hereditariarum administratione quas suus heres ante abstentionem administrauit. Nam quæcunque heres suus gessit in rebus hereditariis, omnia rata sunt & manent, quamuis postea se abstinuerit, dummodo bona fide, *l. quoties, de acquirend. hered.* Vtputa, debitores hereditarii soluebant has res, quæ seruando seruari non possunt: heres easdem res distraxit, & pretium consecutus est, dicimus quamuis postea se abstineat, tamen & debitores recte liberatos esse: & emtores de rebus emtis inquietari non posse, quamuis pupillus omnia, quæ consecutus erat, amiserit, *dict. leg. quoties.* Bona autem fide in his rebus versatus intelligitur, cum eatenus liberauit debitores, quatenus ab his accepit, & cum res conseruari non poterant, vendidit, & tanti vendidit quanti valebant. Nõ bona fide autem res gesta est, si debitores vltro antequam soluerunt, liberauerit vel paciscendo, vel acceptum his ferendo, aut si res multo minoris vendidit.

Tertius effectus est, & is præcipue animaduertendus, qui cernitur in hereditatis acquisitione, longe dissimilis repudiationi. Nam cum quis voluntarius heres hereditatem repudiat, repudiatione hereditatem amittit, *l. si is, de acquir. hered.* id est, vt explicatur *in l. 4. h.* ita desinet heres esse, vt si velit hereditatem postea adire non possit. Abstentionis longe dissimilis effectus. Nã suus heres abstentione tamdiu heres esse desiit iure prætorio, quamdiu in eadem voluntate manet, ceterum ex pecunia si volet esse heres fiet, quinimmo si immiscuerit se bonis paternis post abstentionem, nisi probet se alio animo fecisse quam vt heres esset, obligatur inuitus creditoribus hereditariis vt suus, *l. si quis suus, de iur. deliber.* Quæ sententia *in l. vlt. infr.* confirmatur, sed id colligitur præcipue *ex l. 1. & 2.* Nam *in l. 1.* dicitur: Si suus heres postquam se abstinet, habitet in domo hereditaria, non posse eum a creditoribus conueniri, si habitauerit non vt heres, sed vt inquilinus & custos. Vnde contraria conditione recte & manifeste colligitur, si heres inhabitet teneri eum creditoribus hereditariis, ac proinde esse heredem, quia aliter creditoribus teneri non possit: In *l. 2.* dicitur: item, si suus heres postquam se abstinuit comparauerit res bona fide hereditarias a creditoribus, non teneri eum creditoribus posterioribus. Vnde rursum intelligitur teneri eum sub contraria conditione, si mala fide comparauerit. Hinc quæstio in his duabus legibus, vtrum his factis, quæ hic proponuntur, dicendus sit suus heres se immiscuisse, an non? de quo paulo post in extremo dicetur.

Sed & hæc potestas abstentione iterum hereditatem acquirendi intra certas metas conclusa est, *l. vltim. infr. h.* Ad hanc sententiam finitur hæc potestas duobus modis. Primo, si res hereditariæ, seu bona omnia hereditaria distracta sint, quod ius etiam olim obtinebat, *dict. leg. si quis suus, de iur. deliber. l. quod si minor §. Scæuola, de minor.* Confirmatur *in prin. leg. vltim.* Et adeo olim hereditatis rebus distractis non poterat suus heres post abstentionem redire ad eandem hereditatem, vt nec in integrum restitutio ea caussa vlli concederetur, vel aduersus substitutum, qui vendidisset bona, vel aduersus legitimum heredem, qui post abstentionem hereditatem adiisset, vt traditur *in dicta lege, quod si minor.* Iustinianus autem in hac parte restitutionem dedit minoribus *in hac l. vltim. circa fin.* Vnde intelligimus hac Iustiniani lege derogatum esse, *dict. leg. quod si minor, §. Scæuola.* Nam constitutio Iustiniani est vna de 50. decisionibus eius.

Præterea † finitur superior potestas tempore, quamuis rebus adhuc integris in hereditate manentibus, nempe finitur post triennium, quod cedit varie. Nam his qui in vigesimum nonum annum se abstinerent, hoc triennium cedit, tantum ex fine vigesimi noni anni. His autem qui post hanc ætatem se abstinuere, cedit statim post triennium, ex quo se abstinuere. Ex hac parte quæsitum est, quãdo videatur heres, qui se abstinuit, ex quibus factis videatur abstinere, quæ sunt quæstiones, *leg. prima, & secundæ, hic.* 22

Ex his autem rescriptis hæc summa colligitur: Videri suum heredẽ immiscuisse bonis paternis, quoties aliquid de bonis paternis tractaret, vel inhabitando ædes, vel res hereditarias possidendo tenendoue, nisi eluceat alio se animo tractasse, & alio iure quam hereditatis.



lai Boni 77

Exempla sunt hæc, si inhabitauerit in domo hereditaria videtur se immiscuisse, nisi vt inquilinus aut custos id fecit, quod exemplum l. 1. Quod si de eo ambigatur, an inhabitauerit vt inquilinus aut custos, vter probare debet, aduersariusne eum habitasse vt heredem, an vero hic qui inhabitauerit, se non pro herede, sed vt inquilinum habitasse? Et ex rescripto perspicuum est, suum heredem ad sui defensionem dicere debere, se inhabitasse vt inquilinum aut custodem, ex quo intelligitur id probare debere eum, quia est regula iuris: Eum probare qui dicit, non qui negat, *l. 2. de probat.* Itaque & in re dubia vt heres inhabitasse intelligitur.

Sed cur potius vt heres existimatur id fecisse, quã vt inquilinus, cum proniores debeamus esse ad liberandum, quam ad obligandum, *l. Arrianus, de obligat. & action.* Respondeo, quia quotiescunque quis re aliqua suo iure vti potest, & in eadem re furtum facere, aut prædari, benignius & procliuius creditur eum suo iure fecisse potius, quam aut furtum commisisse, aut prædatum esse, *l. merito autem, pro socio.* Similiter si fil.⁹ suus heres, res hereditarias teneat & possideat, videbitur, vt heres fecisse, nisi doceatur eum alio iure fecisse quam hereditario. Id autem probatur, si res emit a creditoribus hereditariis, quod est exemplum *l. 2.* Nam qui emit non hereditario iure, sed emtoris possidet, id est, si filius suus heres bona fide res cõparauit. Vnde intelligimus, si cõparauerit mala
1 fide pro eo haberi atq; si se immiscuisset, *l. si † is qui, de acquir. hered.* Probatur autem fraus & mala fides alias recte & aperte, vt cum probatur de cõsilio fraudandi inter creditores & filiũ initio. Probatur item ex coniecturis, sunt autem hæ, si filius per suppositam personam emtoris emerit, & si apposuerit aliquem qui emerat a creditoribus, & ipse deinde ab eo emtore possidere reperiatur, quæ coniectura est *in d. l. si is qui bonis, de acquir. hered.* Potest hæc quoq; coniectura fraudis esse, si creditores non iusto pretio res vendiderint. Item, si prius vendiderint quam bona possidere cœpissent.

Adiicitur *in eadem l. 2.* cum filius bona fide compararit a creditorib. res hereditarias, non posse eum conueniri a posterioribus creditoribus, quibus eædem res pignori erant obligatæ, & recte, quia filius a prioribus emendo in eorum locum succedit, ita vt vltro actiones habeat ad persequendum pignus aduersus posteriores creditores. Multo igitur magis aduersus eos possidens retentionem habebit, *l. 1. infra. si antiq. creditor.* Quod si autem filiusfamilias ab his emerit, primum heres erit, vt dixi, deinde recta a posterioribus creditoribus conuenietur, duabus de caussis. I. Quia non emit, cum emit, si res illius sunt hereditario iure, rei autem nostræ non consistit emtio, quæ pars confirmatur *in d. l. debita, de pign. actio.* Deinde, quia in prioris creditoris locum succedere non potest, cui a defuncto deberi nihil potest. Non potest autem heredi quicquam deberi ex caussa hereditaria, quoniam etsi ei deferretur, prius tamen aditione hereditatis obligatio tolleretur, *l. confessione, l. debitori, supr. de pact.*

## AD TITVLVM XXXII. COD. Quemadmodũ testamenta aperiantur.

SVMMARIA.

1 *Interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, vt de iure suo possit ex illis tabulis cognoscere.*
2 *Deinde interest heredis tabulas testamenti, non quouis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magistratum.*
3 *Competens magistratus quis sit.*
4 *Per libellum quando adiri dicatur magistratus.*
5 *In aperiendis tabulis qui seruetur ordo.*
6 *Reipublicæ interest suprema iudicia hominum exitum habere.*
7 *Tabulæ testamenti quibus modis aperiri debeant.*
8 *Testamentum insinuari & publicari debet.*
9 *Insinuare testamentum est actis insinuare.*
10 *Referre in acta quid sit.*
11 *In re dubia a verborum significatione recedi non debet.*
12 *Improbum est, sollicitum esse de hereditate viuentis.*

INterest heredis ad adeundam hereditatem aperiri tabulas testamenti, & eorum omnium interest, quibus quid eo testamento est relictum, vt si forte quid sub conditione relictum sit, cõditioni pareant, si conditio iam exstiterit, sciant relictum ad se pertinere. Interest amplius istorum omnium, non tantum aperiri testamentum, sed certo modo aperiri per magistratum, vt fides earum tabularum confirmetur. Interest præterea ad publicam & perpetuam fidem non tantum eas tabulas per magistratum aperiri & approbari, sed etiam insinuari. De his igitur tribus, agitur hoc titulo, & D. eod. Quæ cum pertineant ad hereditatem adeundam partim, partim ad eam ex testamento retinendam, recte & ordine hæc tractatio superiori adiicitur.

Principio † interest heredis ad adeundã hereditatem tabulas apertas esse, vt de iure suo possit ex illis 1
tabulis cognoscere, quod priusquam cognouit, hereditatem adire non potest, nec repudiare, *§. vltim. de hered. qual. l. in repudianda, de acquir. hered.* Nam quod dicitur *in l. vnica, §. in nouissimo, infr. de cad. toll.* posse hodie heredẽ & apertis tabulis & claussis, hereditatem adire, de herede accipiendum est, qui alio modo sciat se heredem esse, quam apertis tabulis, cuiusmodi est is, qui interfuit, cum testator testamentum fecit, & palam suum testamentum recitandum curauit. Quod si heres nõ potuit cognoscere aliunde, an heres scriptus esset nec ne, opus est, vt ex tabulis testamenti id cognoscat, nec prius hereditatem poterit adire, quod significatur *in l. vltim. §. 2. supr. de iur. delib.* Ad hanc autem rem nihil interest quando tabulæ testamenti aperiantur, neque quæ tabulæ testamenti. Si tabulæ testamenti sua natura sunt patefactæ, vt sæpe testatores eas non claudunt, sufficiet eas tabulas per se aperire & inspicere, vt heres de iure suo certus esse possit, neque necesse erit magistratum adire, quo iubente tabulæ aperiantur & inspiciantur, *l. si in duobus, §. 1. D. eod.* Si testator duobus exemplaribus testamentum fecit, eadem solemnitate in vtraque adhibita, & alterũ exemplum apertum est, sufficit ad adeundam hereditatem, neque necesse est alterum exemplar aperiri & cognosci: etiamsi enim duo sunt exemplaria, vnum tamen est testamentum, *d. l. si in duob.*

Quod si testator vnum testamentum fecerit, deinde ex eo exemplum descripserit sine solemnibus, tabulæ testamenti apertæ intelliguntur. Aperto autem exemplo nihil est actum, neque ea res ad cognitionem iuris suo heredi proderit, *l. vlt. D. eod.* quia ita ius

ius est vt exempla fidem nõ faciant, *l. 2. de fide instru-*
*men. auth. si qui in aliq. supr. de edendo.*
2 Interest † amplius heredis, tabulas testaméti non
quouis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magi-
stratum, ita vt fides earum tabularum confirmetur,
si quãdo opus erit aduersus legitimos heredes testa-
mento controuersiam facientes. Idemq; fieri & le-
gatariorum interest, & omnium quibus quid eo te-
stamento relictũ. Ob hanc causam in hac parte edi-
cti pręscribitur certus modus, quo tabulę testamen-
ti aperiantur. In eo magistratus & iudex adeundus
est, quo iubente tabulæ testamenti aperiantur. Iube-
tur autem adiri competẽs iudex, vt est *in l. 1. h.* Com-
3 petens † est magistratus, qui iurisdictioni pręest, pu-
ta olim Romæ prætor, in prouinciis præses, *l. ab ini-*
*tio. eo. l. 2. in fi. h.* In eo autem nõ necesse est, adire ma-
gistratum sedentem pro tribunali, sed etiã adiri per
libellum potest, vt est *in d. l. 1. in fi.* Sensus est, posse
4 eum adiri de plano. Per libellum autem † dicitur a-
diri magistratus, quoties libello supplici ab eo po-
stulatur, quod eius auctoritate transigi debet, sine
caussæ cognitione, *l. nec quicquam, §. 1. de officio pro-*
*consul.* Talis est hæc postulatio de aperiendis tabulis
testamenti.

5 In his autem † aperiendis hic seruatur ordo & ra-
tio earum confirmandarum. Magistratus iubet per
apparitores suos cogi adesse testes, eosdemq; signa-
tores testamenti, vt præsentes sigilla sua recogno-
scant, vel sua esse negent, *l. cum ab initio, & l. seq. D.*
*eod.* Sed quare iubet hoc fieri? Vt recognitis sigillis,
declaret magistratus, recognita esse sigilla a testibus,
eoque testamentum esse legitimum, id quod postu-
latum est, & idem esse solemne.

Quod si testes & signatores negabunt, sua signa
esse, incipiunt suspectæ esse tabulæ, si vel vnus id fe-
cit, *l. 1. in fin. eod.* Notandum est autem hic duas ad
res cogi testes & signatores. Primo, vt iussi conue-
niant apud prætorem, id est, iussi agnoscant sigil-
la sua, vel sua esse negent, *dict. leg. ab initio*. Conueni-
re & adesse iubentur, sed hi, qui præsentes sunt in
his locis, vbi aperitur testamentum; si signatores
absunt, mittitur ad eos domum, non euocantur,
vt domi signa recognoscant, *leg. sed si quis, D. eod.* Co-
guntur autem omnes, siue præsentes siue absentes,
ad quos domum mittitur, iussi signa sua cognosce-
re aut repudiare. Vbi quæritur, quare necesse sit, ad
eam rem cogi signatores, vbi forte controuersia
non sit de testamento, & nulla necessitas litis præ-
sentis cogat testimonium ferre? Aduersus hanc ra-
tionem ratio redditur *in leg. vel negare, D. eodem,*
6 quia reipublicæ † interest suprema hominum iu-
dicia exitum habere. Quid si iussi signatores adesse
aut recognoscere signa sua non pareant? Respon-
deo: Iam dixi a prætore eos cogendos. cogendi ra-
tio est, vt iis mulctam dicat, quam ab iis exigat, nisi
pareant. Est enim vnũ ex remediis prætoris seu ma-
gistratus ad cogendos inobedientes ciues.
7 His rebus † peractis prætor iubebit testamen-
tum aperiri & recitari, sed ne quid falsi postea ad-
mittatur, aut ne quid suspectum fiat, aperietur testi-
bus præsentibus, idque fit tribus modis. Primo, te-
stibus iisdemque signatoribus testamento præsen-
tibus, si omnes adsint: deinde his non præsentibus,
si maior pars adsit, *leg. si maior. D. eodem.* Postremo,
si testes iidemque signatores non adsint, & necessi-
tas aliqua vrgeat, vt testamentum aperiatur & cog-
noscatur, curet magistratus id aperiri interuenien-
tibus aliis honestis personis, quibus præsentibus a-
peritur & recitatur testamentum, & ab iisdem post-
ea testamentum descriptum obsignari, *leg. sed si quis,*
*in fin. D. eod. leg. 2. h. tit.* Sed in omnibus his hoc
cauetur, vt si testamentum apertum erit, priusquam
alii ex signatoribus præsentes recognouerint sigilla
sua, ad eos postea mittatur, vt sigilla sua recognoscãt.
Hæc ideo desiderantur, vt intelligamus siue testes
mortui sint, qui sigilla sua non recognoscant, siue
præsentes negent sigilla sua esse, siue his agnoscen-
tibus testamentum, non sit apertum iubente magi-
stratu, testamentum non facere fidem, vel negante
vno teste signum suum etiam tabulæ suspectæ fiunt,
*leg. prima, in fin. supr.* His demortuis & non agno-
scentibus sigilla sua, significatur *in leg. vel negare, D.*
*eodem.* supremum iudicium defuncti exitum non
habebit. Proinde recte initio diximus hoc modo at-
que ordine testamenta aperiri interesse & heredis
& omnium quibus quid relictum est, vt testamen-
ta imposterum fidem faciant. Cum autem res isto
ordine transacta erit, nihil imposterum deerit ad fi-
dem tabularum testamenti, vt probetur a testatore
scriptum id factum esse.

Sed tabulæ testamenti intercidere possunt, vel
casu amitti, vel incendio, vel alio casu, vel ita subtra-
hi, vt non exstent. Proinde, ad certam & firmam fi-
dem testamenti, interest id tertium fieri, de quo † in- 8
itio proposuimus, nempe testamentum insinuari &
publicari, de qua specie agitur *in l. 1. & 2. h.* vt verba
publicandi & insinuandi testamenti declarant. In-
sinuare † testamentum, est insinuare actis, hæc enim 9
duo pro eodem accipiuntur, *l. in hac, l. in donat. infr.*
*de donationibus.* Id autem tum fit, cum testamentum
ita apertum est, vt supra dixi. Magistratus iubet a-
pud acta testamentum publice legi & recitari, dein-
de a scriba pro officio suo iubet testamentum descri-
bi & in acta iudicialia publica descriptum referri, seu
mandari actis publicis. Referre † in acta est, quod 10
recentiores imperatores dicunt insinuare actis, qua-
si dicat, efficere vt res actis accipiatur, & illis cõmen-
detur.

Hoc cum ita factum est, exemplum testamenti,
quod in acta publica relatum est, deinceps sine vllis
testibus publicam fidem facere potest, *leg. in donatio-*
*nibus, de donat.* Sed hac lege, si priores tabulæ testa-
menti casu non interciderint, vt traditur *in leg. 2. de*
*testamen.* vbi plura dixi, & pręterea ostendimus apud
quos iudices testamenta nostra insinuentur, de quo
*l. testam. & l. consulta, supr. de testamen. item ex dict.*
*leg. in hac, de donatio.* Ex quibus locis intelligitur, quis
sit ille competens iudex, qui commemoratur *in leg.*
*1. h.* per quam publice testamentum recitari debet,
& publicari. Ex fide autem publica, quam exempla
in acta relata nanciscuntur, factum est, vt quod
instrumentum insinuatur actis, idem dicatur pu-
blicari.

Hæc omnia facile transiguntur cum testamen-
tum est penes eum, qui aut cognoscere vult, aut eo
modo aperiri & publicari, vt dixi. Nam si testamen-
tum sua sponte patefactum est, potest apud se in-
spicere; si est clausum, potest ad magistratum re-
ferre & petere, vt solemniter aperiatur. Sed quid
si testamentum sit penes alium, qui non patia-
tur testamentum, vel ab herede, vel legatario, vel
aliis desiderantibus inspici & proferri? In hac re

altera parte edicti prætorii prospicitur desiderantibus, vt id consequi liceat. Est autem in hac parte hæc sentẽtia edicti: Pollicetur prætor omnib. desiderantibus tabulas testamenti inspicere & describere, ad quos ea res pertinere dicetur, iurantibus non calumniæ causa se id petere, potestatem se facturum inspiciendi describendique quodcunq; ad caussam testamenti pertinebit, præter pauca quædam, quæ eo edicto, vel sentẽtia edicti excepta sunt, idque se constituturũ aduersus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit: & si is potestatem facere nolit, adiicit prætor se compensaturum.

In hoc edicto, seu in hoc iure hæc capita spectanda sunt. I. Quibus personis id cõcedat prætor & qua conditione. II. Quid concedat, aduersus quos, quibus in rebus. III. Quando concedat & effectum det quod concedit. Principio prætor pollicetur hoc beneficium omnibus sine exceptione desiderantibus tabulas testamenti inspicere seu describere, *l. 1. D. eodem* Ergo omnibus siue eorum intersit, siue non, & hoc ita est, si tamen hi, qui desiderant, dicant sua interesse, vel quia illis aliquid relictum sit, vel quia implicitam cum aliquo controuersiam habeãt, de qua iudicari non possit, nisi cognitis testamenti verbis, vt colligitur ex ratione *d. l. 1. & 2. in prin.* Sed intelligendum est cum quis dicat eam rem ad se pertinere, non tamen id debere probare, neq; plene, neq; summatim: sed tamen vt desideranti imponatur prius, vt iuret non calumniæ caussa id se petere, id est, sua interesse ita vt dicit, quæ pars indicatur *in l. 3. in pr. h.* Ex qua conditione satis confirmatur id, quod in edicti sententia confirmamus, non cõcedi hoc beneficium nisi his, ad quos ea res pertinere docetur, cũ id confirmare debeant iureiurando ita esse.

Pollicetur autem prætor se desiderantibus potestatem facturum inspiciendi & describendi, *d. l. 1. D. eod. & l. 3. h.* Cuius autẽ rei inspectionem & descriptionem concedit prætor? Eius quicquid ad caussam testamenti pertinebit, vt intelligitur *ex d. l. 2. §. 1. D. eod.* & ideo *l. 3.* iisdem verbis vtitur, vt intelligamus eam translationem esse ex edicto. His verbis continentur 1. tabulæ testamenti. Sed an cuiusuis testamenti? Quid enim si testamentum vel imperfectum vel iniustum sit, & denique si nõ valeat. Mouet quæstionem quod edictum testamẽti verbo vtitur. Non est autem proprie testamentum id, quod non valet.
11 Porro † in re dubia a significatione verborum recedi non oportet, *l. 1. §. in re, de exercit. act. l. non aliter, de leg. 1.* Et placuit edictum ad cuiusuis testamenti tabulas pertinere, siue iustum sit siue non iustum, siue perfectum, siue imperfectum, *d. l. 2. §. 1.* Id quod dictum est ex sententia edicti. Nam propositũ est prætori in hac concessione inspiciendi describendique testamenti, vt cognosci possit, quid testamento scriptum sit, & qualis sit scriptura. Hoc enim nõ minus de iniusto & imperfecto testamento cognosci potest & debet, quam de iusto & perfecto. Cognita autem sententia scriptoris recedimus a significatione verborum propria & sententiam scrutamur, *d. l. non aliter, de leg. 1.* Sic tamen, quod vis testamenti contineatur verbis edicti, vt intelligatur testamentum mortui non viuentis. De viuentis testamento nihil pollicetur prætor, & ideo si dicetur adhuc viuere testatorem, cognoscet prætor, an ita sit nec ne, & si liquebit eum viuere, nihil de testamento statuet, *l. 2. § si dubi-*
12 *tet, D. h.* Et merito, nam † improbum est, sollicitum esse de hereditate viuentis, *l. 3. §. interdum, de vulg.*

Iisdem verbis præter testamentum continentur codicilli ad testamentum pertinentes, id est, tabulæ secũdæ seu pupillares, seu substitutio pupillaris. Nam & hæc pars est paterni testamenti, ideoq;, vt & hæc inspiciantur describanturque, vnusquisque desiderare potest ex hoc edicto, *l. pen. D. eod.* Sunt tamen hic quædam res, quæ excipiũtur. I. Excipit prætor diem & consulem testamento adscriptum. Vtrumque & describi & inspici etiam prohibet, ne quid falsi fiat, *l. 3. §. diem, D. eod. l. 3. h.* Consulem dicit, quia erat in more Romanorum, annos notare consulibus, nam singulis annis noui creabantur consules. Itaque hodie intelligimus his verbis excipi diem & annum, qui testamento sit adscriptus. His enim temporibus cognitis facile aliud testamentum fieri potest, quasi eodem die & tempore scriptum, vt idem cum vero testamento esse dicatur. Excipit præterea ius eam partem testamenti, quam testator noluit aperiri, *d. l. 3. h.* & recte, nam quæcunque hic cauta sunt, eo cõputata sunt, vt supremæ voluntates exitum habeant, *l. vel negare, D. h.* Proinde & in hac parte maxime voluntas testatoris est seruãda, ne quid aduersus voluntatẽ eius aperiatur, reticeatur, cognoscatur. Intelligitur aũt testator id negare, non tantum aperte, sed etiam in tabulis pupillaribus, cũ eas separatim scribit & claudit. Itaque ob hanc caussam ita clausæ tabulæ pupillares non aperiuntur a magistratu, nisi caussa cognita, *l. pupillares, eod.* Caussa autem interdum exigit, vt etiã hę aperiantur, vt si mulier ventris nomine (ni substitutio facta est) in possessionem missa sit. Ideo enim tum necesse est aperire tabulas pupillares, vt sciatur quis, quomodo curator detur bonis, *leg. si mulier, D. eod.*

Tertio loco ius excipit eas partes testamenti, quæ ad ignominiam alicuius scriptæ intelliguntur, *d. l. 3. h.* Exempli gratia, si testator ita heredem instituat, *ille qui nuper in hac vrbe fustibus cæsus est, heres esto.* Hanc partem non permittit prætor aperiri, & cognoscit prætor repugnantem ei, qui tabulas testamenti penes se habet: nam hæc pars ad ignominiam heredis est scripta. Et merito non permittit prætor hanc partem aperiri, quia desiderantis nihil interest. Quisquis vero ita scribitur, eius institutio nullius est momenti, idemque est, si quid sub eiusmodi signo alioue relinquatur, *l. quoties, §. si quis nomen, de hered Insti.* Initio autem dixi, non fieri potestatem describendi testamenti, nisi his, qui sua interesse dicant. An autem pars aliqua, ad cuius ignominiam scripta sit ipse prætor cognoscet, & si ea lecta deprehenderit, talem esse, nõ permittet inspici multoque minus describi.

Hanc petitionem inspiciendi & describendi testamenti non pollicetur prætor se facturum, aduersus omnem possessorẽ testamenti, sed aduersus eum tantum, qui tabulas testamenti apud se esse non negauit, *l. 2. §. vlt. D. h.* Quid ergo si quis dicatur tabulas testamenti apud se habere, & eo negante se habere actor dicat se esse paratum id probare, an non poterit consequi, vt sibi tabulas inspicere describereue liceat? Imo poterit, sed id consequitur non hoc edicto, sed ordinaria via, nempe actione in factũ de tabulis exhibendis, vt adiicitur *in dict. l. 3. in fin D. eod.* Multum autem interest vtra via quis experiatur, hoc edicto, an vero interdicto de tabulis exhibendis. Nam in interdicto de tabulis exhibendis, si quis neget tabulas testamenti apud se esse, iudicium instituitur, in

tur, in quo de ea re cognoscitur, si iudicio probatum erit, tabulas apud eum esse, cum quo agitur, iubebitur arbitrio iudicis exhibere eas ac describendi & inspiciendi potestatem facere. Quod si reus arbitrio iudicis non paruerit, sequitur condemnatio, quanti ea res erit, id est, quanti actoris intererit tabulas exhiberi. Hic ordo est arbitrii & condemnationis in omnibus actionibus in rem & ad exhibendũ. Regula iuris generalis est, *l. qui restituere, de rei vindicat. l. 3. §. 2. de tabul. exhiben.* Quod si controuersia erit, quanti intersit actoris, non exigentur ab eo probationes, sed & iureiurando eius æstimabitur, vt fit in huiusmodi actionibus, quæ sunt in rem & ad exhibendum, *l. in actionibus, de in lit. iur. l. qui restituere, de rei vindicat.*

At ex hoc edicto cum aliquis non negarit tabulas testamenti apud se esse, si neget se exhibiturum actio aduersus eum non datur, sed officio magistratus compellitur exhibere tanquam iudicatus. Nam confessio in iure pro iudicato habetur, *leg. vnic. infra. de confess.* Hæc est illa compulsio, de qua in *dict. leg. penultim. D. hic.* Compellit autem magistratus remediis suis, id est, aut vi & manu, dum per apparitores auferet testamenti tabulas, si exstabunt, vt fieri solet in his iudiciis, in quibus magistratus decretum suum exsequitur, *argumen. dict. leg. qui restituere, & leg. 3. ne quis eum, qui in poss. miss.* aut mulctam dicet recusanti possessori, & pignora capiet, vt his distractis mulcta exigatur. Et hæc remedia sunt prætorum, vt dictum *l. 1. §. ex hoc, de vent. inspic.*

Hæc omnia, quæ supra dixi, de aperiendis & recitandis tabulis aguntur in his locis, vbi testamenta scripta sunt, nisi testator testamentum iusserit alio transferre, veluti si exiturus Roma, testamento facto iubeat testamentum in patriam suam perferri. Nam ex voluntate testatoris recte in patriam perferretur, nec alibi cogetur quis aperire aut inspiciendi potestatem facere, quo pertinet *lex 2.* vbi adiicitur testamentum in his locis, in quæ testamentum testator perferri voluit, aperiri secundum consuetudines moresue locorum. quod de eo dictum est, ne quis putet apud magistratum census tantum aperiri posse ex præscripto *leg. testamenta, l. consulta, de testament. supr.* sed vt sciamus apud quosuis iudices eorum locorum testamẽtum recte aperiri iuxta formam, *leg. in his, supra, de testamen.* Hæc de testamentis aperiendis dicta sunt, sed quæ nihilominus etiam ad codicillos aperiendos pertinẽt, vt si clausi sint codicilli, & de his aperiendis agatur initio, vt fidem faciat, aperiantur secũdum ordinem supra expositum, de quo cauetur *in l. vlt. h.*

## AD TITVLVM XXXIII. COD.
## De edicto diui Hadriani tollendo, & quemadmodum script. &c.

### SVMMARIA.

1 *Petitio hereditatis, interdictio quorundam bonorum & missio in possessionem an aduersus omnes competant.*
2 *Summa huius cõstitutionis & quibus hoc remedium comparatum sit.*
3 *Institutus heres quis dicatur.*
4 *An omnis scriptus heres in possessionem mittatur ex hac lege.*
5 *Substituti si cum institutis eodem testamento se mitti postulent in possessionem an impetrare possint.*
6 *Fideicommissarius an huius constitutionis beneficio vti possit.*
7 *Scripti heredes vt in possessionem mittantur nullum in testamento vitium, & solemnibus iuris munitum esse oportet.*
8 *Solemnia testamenti quæ sint.*
9 *Depositio testium quid.*
10 *An ob omne vitium testamentum inutile fiat.*

Hereditate adita, de quo hucusq; actum est, consequens est, vt ius hereditatem in rebus hereditariis tueatur. Etsi autem heres posteaquam heres factus est, statim sine aliqua apprehensione dominus fit omnium rerrum hereditariarum, *l. cum hereditas, de acquir. poss.* tamẽ nihil prodest dominum esse, nisi heres rebus hereditariis vtatur fruatur, quod facere non potest, nisi eas teneat possideat. Consequens est igitur, vt & hæc possessio ei iure tribuat. Ad hãc consequendam sunt hæ viæ tres iure cõstitutæ, aduersus eos qui hereditarias res tenent; petitio hereditatis, interdictio quorundam bonorum & missio in possessionem ex constit. de quo agitur hoc tit.

Petitio † hereditatis maxime & pleno iure hanc possessionem consequitur, sed non aduersus omnes competit, & longa via est. Interdictum quorundam bonorum iudici breuius est, quoniam est possessionum, sed & hoc nõ competit aduersus omnes rerum hereditariarum possessiones, neque omnibus heredibus, & est etiam paulo longius vt extremo loco dicetur in istorum remediorum comparatione. Breuis & expedita ratio est possessionis nanciscẽdæ constituta in hac missione in possessionẽ de qua his constitutionibus agitur, sed ea est tantum constituta scriptis heredibus. Summa huius iuris comprehensa est constit. Iustin. *l. vlt. h.* ad cuius interpretationem reliquæ duæ leges referri debent. 1

Summa † autem iuris est hæc: Scriptus heres si apud competentem iudicem proferat testamentum, in quo scriptus est, quod careat omni vitio, quod sub sensum cadat, mittitur in possessionem rerum hereditariarum, omissa omni quæstione, an testamentum verum sit, an falsum, iure valeat, an non valeat, idque aduersus omnes rerum hereditariarum possessores, qui quouis titulo quamuis singulari dicant se eas res possidere, præterquam si aduersus eum agatur, qui itidem ad defensionem eiusdẽ iuris simili testamento, nec vitioso vtatur, inter quos si inciderit controuersia, res cognoscetur, & is vincet in possessione, qui potiore iure niti videbitur. estq; hoc hic cõstitutum omnibus heredibus, intra quodcunq; tempus desiderent, se in possessionẽ mitti, nisi præscriptio temporis submoueatur, qua submouerentur si hereditatem peterent. 2

Vt liqueat de hoc iure, partes eius nobis considerandæ sunt. Cõtinetur autem hoc ius his locis, Quis ex dicta parte iuris, mittatur in possessionem rerum hereditariatum, & qua conditione, in qualium heredum possessionẽ mittatur, aduersus quos mittatur, per quem iudicẽ, intra quod tempus & missionis huius quis sit effectus. I. Hoc remedium comparatum est tantũ scriptis heredib. testamenti caussa, vt magis beneficiũ testamento videatur tributũ, in *l. 3.* Iustin. loquitur de instituto herede, siue sit ex asse heres institutus, siue ex parte. Institutus † autem dicitur heres, non tantum qui scribitur testamento, sed etiam, qui sine scriptura nuncupatur, *l. 1. §. 1. de hered. instit.* Vnde quis existimet, hoc beneficium propositum 3

esse non tantum scriptis heredibus, sed etiam nuncupatis, sed verba quæ sequuntur *in l. 3.* restringunt id, quod prius generalius scriptum erat. Nam dicitur mitti in possessionem heres institutus hac conditione subiecta, si testamentum scriptum proferat, quæ conditio nō potest, nisi ad scriptos heredes pertinere. Itaque sententia hæc rata erit, non esse propositum beneficium huius legis, nisi scripto heredi. Hinc versio huius legis, de scripto herede tantum concepta est. Hinc illa verba, *l. 2. heres scriptus in possessionem mitti solet.* Ex quo intelligitur legitimos heredes eodem modo non in possessionem rerum hereditariarum mitti. Merito: quia nullam eiusmodi probationem proferre potest in præsentia, qualem scriptus heres; probare quidem potest testatorem intestatum decessisse & se cognatum esse proximum defuncti & testibus & instrumentis, sed earum rerum fides sub sensum non cadit, & statim non potest expediri. At testamentum quod sine vllo vitio profertur sub sensum cadit, & statim ostendit se, quale sit.

Idem dicemus de nuncupatis heredibus, qui se mitti postulant in possessionem rerum hereditariarum, hos nimirum ex hac parte iuris mittendos non esse, quoniam nullam talem probationē statim proferre possint, qualem hic exigimus. Non deest tamen his omnibus heredibus aliud remedium, quo possessionem nanciscantur, interdictū quorum bonorum, sed ita hac interdum vtuntur, si bonorū possessionē apud magistratū agnouerint. Sed an omnis
4 scriptus † heres in possessionē mittitur ex parte hac? Verba legis generalia sunt, & ad omnē scriptum heredem pertinentia. Hinc dubitatio, *l. 1. supr. h. tit.* Si
5 forte eodem testamento † quidam sint instituti heredes quidam substituti, & substituti postulent, se mitti in possessionem cum instituto, an impetrare debeant? Verba facere videntur, quod debeant. Rescriptum est *in d. l. 1.* Solos institutos in possessionem mitti debere, idque efficitur & verbis & sententia. Nam substitutus est quidem institutus & heres, *l. mulier, §. vlt. de condit. instit.* Sed substitutus instituitur sub conditione, si heres institutus heres non erit, *l. 1. de vulg.* Instituto hereditatem adeunte conditio substitutionis deficit. Proinde eo res deducitur vt substitutus nec substitutus videatur.

Idem de substituto dicemus, etsi is se mitti postulet in possessionem bonorum aduersus quosuis alios rerum hereditariarum possessores. Nam etsi nondum certum est institutum heredem adiisse, tamen quamdiu hereditas ab eo adiri potest, tamdiu substituto non defertur, *l. quamdiu, de acquir. hered.* Reuera is non est heres, cui hereditas non defertur.

6 Quid si † fideicommissarius beneficio huius constitutionis vti velit? Finge testamento aliquem institutum heredem rogatum esse, vt Lucio Titio restituat hereditatem, hereditatem heredem adiisse, & restituisse fideicommissario Titio, quod fit si vel aliquam rem hereditariā ei restituerit eo modo, vt tota hereditas restituta haberetur, *l. restituta, ad Trebell.* Quæritur an de ceteris rebus hereditariis, quæ illi restitutæ non sunt, agere possit ex hac parte iuris, & desiderare, vt mittatur in rerum earum hereditariarum possessionem? Mouet quæstionem, quod fideicommissarius heres est. Dicendum est, & ad fideicommissarium hoc beneficium pertinet, nam heredis loco habetur restituta hereditate, cum in eum transeūt omnes actiones heredum, & aduersus eum. *l. 1. D. ad Treb. §. sed quia Instit. de fidei. her.*

Hæc missio proposita est † scriptis heredibus, hac 7
conditione si testamentum proferatur, quod in scriptura nullum vitium omnino ostendat, & quod solemnibus iuris omnino munitum sit, *vt est in pr. l. 3. vers. sancimus.* In scriptura exigitur, vt nihil sit cancellatum, id est, nihil deletum in scriptis, inductis lituris. Item, vt nihil sit abolitum, id est, vetustate ita deletū, vt legi non possit. Item, nulla formæ suæ parte vitiatum. Formam intelligimus id, sine quo testamentum iure ciuili nō consistit. est enim forma, quę facit vt res sit, *l. si is, qui 400. §. vlt. D. ad l. falc.* Hæ autem res in scriptura testamenti sunt dies & annus, vt more vsuque Romanorum dies & consules, & quæ reliqua desiderantur in testamentis. Item, heredum institutiones & substitutiones, *§. aut heredis. Instit. de leg.* Ex quibus intelligimus, si aut totum testamētum abolitum non sit deletumue, aut non sit vitiatum in his, quæ formam & substantiam scripturæ ac testamenti continent, tametsi aliud quid deletum sit in aliis partibus, tamen id scripto heredi non nocere, quo minus in possessionem rerum hereditariarum mittatur.

Et hoc ita est, si nihil adiiceretur amplius in constitutione Iustiniani. Sed adiicitur id, quod omnem dubitationem eximit, cum in scriptura desideratur, vt testamentum prima facie sine vllo vitio appareat. Quibus verbis aperte remouetur heres a possessione, si vel minimum vitium in scriptura testamenti appareat. Quid ergo? dicemus testamentum non valere, aut fidem non facere, si quid in eo deletum sit? Valet nihilominus testamentum, siue quid consulto deletum sit, siue non deletum sit consulto, *vt constat ex l. 1. de his quæ in test. delent. l. si neque, supr. de testam.* sed hoc tunc locum habet cum aduersus testamentum nihil obiicitur. Quod si quid obiicietur, id testamentum heredi non proderit ad impetrandam missionem in possessionem, priusquam de vitio aliquo testamenti cognitū sit, quasi cœperit esse suspectum ob id, quod in scriptura aliquid deletū aut corruptum est. Ceterum cum aduersus testamentum nihil aliud obiicitur, probandum est ea, quæ delentur aut inducuntur in partibus testamenti, quæ ad substantiam testamenti non pertinent, non eo minus scripturam fidem facere, quod confirmatur, *in cap. ex literis, extr. de fid. instrumen.* Hæc de scriptura testamenti.

In solemnibus præterea exigitur, vt suis solemnibus testamentum munitum sit, quod significatur illis verbis *l. 3.* & depositionibus testium legitimo modo vallatum sit. Solemnia † testamenti constant iis 8
rebus, iusto numero testium, & eorundem subscriptione & obsignatione, *§. sed cum putat, Instit. de test. ord. l. hac consultißima, supr. de test.* Numerus testium hic expressus est. Depositionem aūt testium, quæ hic appellata Iustiniano, recte intelligemus subscriptionem & signationem testium, quæ a testibus in testamento deponuntur, id est, in testamentum conferuntur. Depositio † testium ex vsu recentiorum im- 9
peratorum dicuntur testificationes, seu ea quæ testes testimonio dicunt *l. in exercend. supr. de fid. instrum. l. si quis testibus, supr. de testam.* Sed difficile est, vt eam significationem hoc loco admittamus. Nam in testamentis conficiendis non munitur testamentum testimonio testium, sed testium præsentia, audientium

tium testamentum testatoris, & deinde subscriptione & subsignatione, *dict. leg. hac consultiss. supr. de testamen.* Deinde si viginti annis aut amplius post conditum testamentum, illud ab herede scripto proferatur, difficile est, vt eo tempore omnes testes viuant, qui agnoscant suas subscriptiones, & sua sigilla. Proinde, quod loco cõueniat, melius est, si depositionem testium hic interpretemur, vt supra fecimus, nempe ea, quæ testes in testamenta conferunt: ea autem sunt subscriptio & obsignatio. Si quis tamen depositionem testium hic interpretetur testificationes testium, qui vocati sunt, vt agnoscerent sigilla sua, non errauerit. Nam etsi id *in leg. tertia, infra,* prætermittatur, tamen intelligendum est, ex his quæ sup. titul. docuimus, testamentum, vt fidem faciat non recte aperiri, nisi præsentibus testibus & signatoribus, sigilla sua agnoscentibus. Neque eo minus desideramus solemnia testium, vt scriptus heres secundum testamenti scripturam mittatur in possessionem. Nam solemnium exactio satis continetur illis verbis, *leg. 3.* cum desideratur, vt testamentum nulla formæ suæ parte sit vitiatum. Nam solemnia testamenti ad formam & substantiã testamenti referenda sunt.

10 Ex his † quæ de vitiis testamenti hic cauentur, apparet, testamentum inutile fieri nõ ob vitium quoduis, sed tantum ob vitium, quod ex inspectione testamenti seipsum ostendat, quod vulgo dicunt vitium visibile. ex quo satis colligitur, si quod vitium obiiciatur aduersus testamentum, quod ex inspectione testamenti non appareat, qualecunque id sit, heredi nõ obstare, quo minus heres mittatur in possessionem rerum hereditariarum, si modo proferat testamentum tale, quale supra exegimus. Hæc pars etsi satis colligitur *ex dict. leg. 3. infr. h.* tamen aperte confirmatur *in leg. 2. h.* Ideoque ad hanc partem ea l. referenda est. Vitium quod sub sensum non cadit in testamentis duplex est, aut enim testamentum falsum est, aut iure non valet: idque præter omissionem solemnium testamenti contingit, aut ex persona testantis, aut ex omissione eorum quæ in testamento iure caueri oportuit. Ex persona, si is testamentum fecerit, qui ius testandi non habet, veluti si seruus fuerit, si filiusfamilias, si prodigus, si furiosus, *tit. Inst. quibus non est permiss. facere testament.* Ex omissione, eorum, qui in potestate sunt, præteritio, *l. inter, D. de liber. & posthum.* eorundemque exheredatio contra officium parentis facta, & vno verbo exheredatio inofficiosa *Authent. non licet, & Authen. ex caussa, supra, de liber. prater.* Hinc dicimus, si heres scriptus postulet se mitti in possessionem rerum hereditariarum aduersus filium defuncti, mittẽdum esse nihilominus in possessionem prolato integro testamento, quamuis filius aliquid eorum, quæ supra dixi, aduersus testamentum dicat, puta falsum esse, se præteritum esse testamento inofficioso, testatorem seruum fuisse, aut in aliqua conditione exstitisse, propter quam testamentum facere non potuerit.

Atqui hæc certissima vitia sunt testamenti, non minus quam omissio solemnium, aut cancellatio, aut alicuius partis testamenti obliteratio: cur igitur hæc eadem vitia heredem non submouent? Quoniam ex inspectione testamenti non apparent: neq; ideo fit iniuria filio aut alii possessori. Nam is si est vere heres testamẽto irrito cõstituto, hereditatem petere potest ab herede scripto, & statim vincet, si quid eorum, quæ supra obiiciebãtur probauerit. sed hæc non nisi directo iudicio, in quo plena sit cognitio, sequuntur, *l. 3. §. ibidem, D. ad exhib.* Quod tamen in *d. l. h.* dicitur de suprascriptis vitiis, quæ ex inspectione testamenti statim non apparent, duas exceptiones habet. Prima est, quam omnes interpretes dict. loco vulgo recte agnoscunt, si is qui hæc vitia obiicit aduersus testamentum, se paratum esse dicat eodem die vitium probare, id est, statim & sine dilatione. Nam hæc exceptio ab omnibus reis admittitur, etiam in caussis maxime summariis & momentariis, *l. 3. in pr. D. vt in possess. bonorum.* Huiusmodi probatio semper adferri potest, si possessor dicat testatorem fuisse prodigum, & ad manum habeat acta magistratus, quibus ipsi bonis interdictum est.

Altera exceptio est in eo, quod dicitur de filio qui se testamento præteritum esse dicit. Quod enim cauetur *in dict. l. 2.* nihilominus heredem scriptum aduersus filium, qui se præteritum dicit mitti in possessionem, sic interpretandum est, si heres scriptus neget aduersarium esse filium defuncti. Nam hæc quæstio, an sit filius, altiorem indagationem desiderat, de qua ex inspectione testamenti constare nihil potest. Sed si heres scriptus fatebitur eum filium esse, puto heredem non esse admittendum, idque duabus de caussis. I. Quia herede hoc confitente præteritio filii incipit esse vitium, quod ex inspectione testamenti statim appareat: nam lecto testamento statim apparere potest, filium neq; heredem institutum esse, neque exheredatum: is autem præteritus intelligitur, qui neque institutus, neq; exheredatus est, *Inst. de here. inst.* Proinde testamentum pertinere incipit ad constitutionem Iustiniani, vt dicatur testamẽtum non apparere prima facie sine vllo vitio. Idem dicendum est, si is quem constat esse filium defuncti dicat, testamentum esse inofficiosum, quoniam immerito sit exheredatus: nam constare potest ex verbis testamenti statim, cum sit exheredatus caussa non adscripta, & si adscripta est, cum sit vna ex quatuordecim, quæ commemorantur *in Auth. ex caussa, supr. de libe. prater.* Quod si caussa exheredationis adscripta erit & erit caussa legitima, hic locum habebit, quod dicitur *in l. 2. h.* non nocere heredi scripto, quominus mittatur in possessionem quamuis filius dicat testamentum esse inofficiosum. Altera ratio est cur, vbi constat eum qui se filium dicit esse filium, eundemque esse præteritum, aut nõ iuste exheredatum, non debeat scriptus heres aduersus eum mitti in possessionem rerum, quoniam hoc modo heres dolo facit, petens eam possessionem, quam statim & certo restituturus est. Ac proinde exceptione doli mali merito a filio submoueri potest. *l. dolo, D. de doli mali except.* Nec ad rem pertinet, quod hoc iudicium possessorium est & summariũ, in quo hæc exceptio obicitur scripto heredi: nam generaliter tenendum est, etiam in iudiciis maxime summariis & præparatoriis, exceptiones omnes æstimari, & remouere agentem, si ita euidentes sunt, vt aperte agentem remoueant, *dict. leg. 5. §. ibidem, D. ad exhib.* Talis est autem hæc, cum dicitur, quod scriptus heres qui fateatur filium esse præteritum aut immerito exheredatum, petat se mitti in possessionem aduersus eum, quem constat iure certo testamento irrito constituto heredem esse, *Auth. ex caussa, supr. de lib. pratert.*

*Ad L. 3. Edicto.*

Imperator Iustinian. A. Iuliano præfect. prætorio.

*Edicto diui Hadriani quod sub occasione vicesimæ partis hereditatis introductum est, cum multis ambagibus, & difficultatibus, & indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia & vicesima hereditatis ex nostra recessit Republica: antiquatis nihilominus & aliis omnibus quæ circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt: sancimus, vt si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque sua formæ parte vitiatũ, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit: &c.*

SUMMARIA.

1 *Ob vitium testamenti quod ex inspectione eius apparet, heres a possessione submouetur.*
2 *In quarum rerum possessionem mittatur heres ex hac parte iuris.*
3 *Quid iuris, si res, de quibus agitur sint vere hereditariæ, sed possessor tales esse neget.*
4 *An in possessionem omnium rerum hereditariarum mittatur heres non tantum si sunt res soli seu immobiles, sed etiam si sint mobiles.*
5 *Aduersus quos missio in possessionem constituta sit.*
6 *Pro herede quis possidere dicatur.*
7 *Pro possessore quis.*
8 *Aduersus quos heres in rerum possessionem non mittatur.*
9 *Quoties ex duobus aliquid defertur vni vel lege vel testamento, neque intelligitur vtri deferatur, neuter admittitur.*
10 *Intra quod tempus heres desiderare possit se mitti in possessionem rerum.*
11 *Per quem iudicē seu a quo heres consequi possit missionem in possessionem.*
12 *Heres quomodo mittendus sit in possessionem.*
13 *Missionis in possessionem rerum effectus.*
14 *Petitio hereditatis & missio in possessionem quid differant.*
15 *Missionis remediũ quid differat ab interdicto quorum bonorum.*

1 SVmma hæc est: Ob † vitium testamenti quod ex inspectione testamenti statim apparet, heredem a possessione submoueri, quod non apparet, non submoueri, nisi aduersarius offerat præsentem probationem. Secundo loco videndum est, in quarum
2 rerum † possessionem mittatur heres ex hac parte iuris. Et expressum est *in dict. leg. 3. h.* mitti eum in possessionem earum rerum, quæ testatoris tempore mortis fuerunt, quibus verbis duo exiguntur. Primũ, vt res testatoris fuerint.. His verbis intelligimus non tantum eas, quæ dominio testatoris fuerint, sed etiam, quæ possessione eius fuerint, siue in bonis eius fuerint, siue periculum earum ad eum pertinuerit: vt puta, mittetur heres etiam in possessionē vectigalium prædiorum, ædium, quæ testatoris fuerant: item, in possessionem rerum ab eo bona fide possessarum: item rerum illi pignori obligatarum, & eo nomine possessarum. quoniam hæ omnes sunt in bonis, *l. bonorum, de verbrum significatione.* Hoc amplius, etsi res testatori commodatæ aut apud eum depositæ fuerunt, consequetur heres ex hac parte, vt mittatur in earum possessionem. nam & hæ ad periculum testatoris pertinuerunt.

Hæc ex eo dicimus: Primo, quod omnes hæ res ad ius & possessionem defuncti pertinuerunt. Est autem æquius eas res ad heredem defuncti pertinere, quam ad alios detentores, qui nihil iuris habeant. Deinde, quia cõstat supra scriptas res omnes venire in possessionem hereditatis, id est, hereditatem petenti has res omnes restitui debere, *l. & non tantum, de petit. hered.*

Porro facilius ex hac parte iuris consequi debet heres rerum hereditariarum possessionem, quam petitione hereditatis, quoniam hæc pars iuris, habet beneficium momentaneum, nempe possessionem & detentionem nudam, quæ possessio in iudicio directo non præiudicat. Postremo etsi præfracte retineremus verba Iustiniani, vt heres mitti deberet in possessionem rerum, quæ plane testatoris fuerunt, tamen hoc consequeretur heres, si solum doceret eas res a testatore possessas fuisse. Nam aduersarius, qui diceret eum dominum fuisse, id probare deberet & maneret in suo loco possessor, *l. 2. supr. de probat.*

Alterum exigitur, vt res fuerint testatoris, tempore mortis eius. Quid ergo si mortuo testatore iacente adhuc hereditate res aliquæ quæsitæ sint, puta per seruos hereditarios: item, alluuione aliquid accreuerit, fundo hereditario, aut vsusfructus earum, qui alienus erat, finitus est, & ita cum proprietate coniunctus: item, si fructus rerum hereditariarum ab aliquo percepti & collecti sunt. namque hæc omnia acquiruntur hereditati, fiuntque hereditaria *leg. hereditas, in multis, de acquirend. rer. domin.*

Responsio etiam his superioribus verbis continetur, mitteturque heres ex hac parte in earum rerum possessionem: hoc ipso videntur hæ res defuncti, quod sunt heæreditatis adhuc iacentis. Nam hereditas non adita defuncti personam sustinet, *leg. hereditas, de acquirend. rerum domin.* Ita in summa efficitur heredem ex hac parte mitti in possessionem rerum hereditariarum, seu defuncti vere fuerint cum viueret, seu postea hereditariæ esse cœperint. Quod si res neque defuncti fuerint, neque hereditati sint postea quæsitæ, non mittetur heres in earum rerum possessionem: & merito, quia nihil ad ad heredem pertinere potest, nisi quod sit hereditatis: nihil autem hereditatis est, nisi quod defunctus habuit, & est definitio hereditatis. *leg. hereditas, de reg. iur. l. nihil aliud, de verborum significatio.* non habuit autem defunctus, nisi tunc habuit, cum defunctus est, idque apertius exprimitur in definitione bonorum possessionis, *leg. 3. §. bonorum igitur, de bonorum possessio.* Quid † si res de quarum possessione agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor hereditarias esse neget, & de eo sit controuersia? Respon. 3
Heres debebit probare esse hereditarias, quoniam non ex hac parte aliter ad rerum possessionem admittitur, quam si res defuncti fuerint. Proinde ad fundandam petitionem hereditatis, necesse habet intendere res hereditarias esse, quæ a Lucio Titio possidentur, in quarum possessionem ob id se mitti postulat. Id cum intendat, probare debet, secundum regulam iuris, & eo non probante reus absoluendus est, *leg. secunda, D. de probatio, l. qui accusare, supr. de edendo.*

Sed

4 Sed an † in possessionem omnium rerum hereditariarum mittetur heres, non tantum, si sunt res soli seu immobiles, sed etiam si sint mobiles? Mouet dubitationem quod proprie dicuntur illi mitti in possessionem, qui ire iubetur in possessionem, imus autem in res immobiles, quemadmodum & de his solis deiicimur, res autem mobiles manu capimus. Sed vsus iuris hic est, vt in verbis legis, mittitur quis in possessionem, intelligatur mitti in possessionem rerum omnium, etiam incorporalium, *vt declaratur, l. 2. §. qui in possess. & §. sequen. D. vt in possess. bonorum esse liceat.*

5 Tertius locus est † aduersus quos sit hæc missio in possessionem constituta, & constituta est hæc missio, aduersus possessores rerum, vt significatur illis verbis, *leg. 3. non autem legitimo modo ab alio detinentur.* Quod si has res nemo possideat, an etiam ex hac parte postulari debet a competente iudice missio in possessionem? Et vulgo existimant peti posse & debere, hoc est ineptissimum. Nam non ob aliam caussam iudex adeundus est, cuius auctoritate possessionem rei occupemus, quam ne vim faciamus, & vi facta possessionem rei amittamus, *leg. extstat, D. quod metus caussa, leg. si quis in tantum, D. vnde vi.*

At heres, qui res hereditarias a nullo possessas auctoritate sua occupat, iure occupat & nulli vim facit, nec ad superiores constitutiones pertinet, quæ vim facienti constituunt pœnam. Proinde in his rebus non est necesse adire magistratum, sed recte res a nullo possessas, vt suas & hereditarias occupabit sine vllo iudice. Quinimmo huius rei caussa adire iudicem & impetrare ab eo potestatem earum possidendarum inutile est & ridiculum, quia hæ res heredi non magis prosunt, quam si a iudice impetrasset. Nam quisquis possessor earum rerum, aut qui se dominum dicet, eas res repetet ab eo herede, qui eas occupauit, non oberit repetenti vlla exceptio rei iudicatæ. Primo, quia res ante non est iudicata, cum nulla fuerit condemnatio aut absolutio, *leg. prima, de re iudic.* Secundo, quia non est iudicata aduersus eum, qui nunc agit. Ei autem, aduersus quem res iudicata non est, res iudicata non nocet, *l. sæpe, de re iudicata.* Possideri igitur res hereditarias oportet, vt aduersus possessorem petat heres se mitti in possessionem earum rerum, si petitione & missione aliquid agere volumus.

Mittetur autem heres aduersus omnes possessores rerum, quæ defuncti fuerint tempore mortis eius, aut postea hereditariæ esse cœperint, quocunque tandem titulo eas res possideant. Id colligimus ex illis verbis, *dict. leg. tertia, Non autem legitimo modo ab aliis detinentur, &c.* Nam in illis verbis & præcedentibus, illas res, quæ fuerunt testatoris tempore mortis, opponit his rebus, quæ ab alio detinentur legitimo modo, nempe per aduersatiuam, *autem,* ex quo colligitur eas res, quæ testatoris fuerunt tempore mortis non legitimo modo detineri, a quocunque tandem detineantur; si modo constet defuncti fuisse, & post mortem eius detineri cœpisse, idque non immerito constituitur. Nam qui res, quæ defuncti fuerunt tempore mortis eius, postea detinere cœpit, necesse est, aut eas res pro herede possideat, aut pro possessore, aut singulari aliquo titulo, veluti pro emtore, pro donato, pro legato. Pro herede titulus non est constitutus. nam is † pro herede dicitur possidere, qui non est heres, sed se putat heredem, aut se dicit esse, *leg. pro herede, D. de petitio. hered.* Et titulum non esse disertè, scriptum est in *leg. diutina, de præscriptione longi temporis.* Pro possessore multo minus titulus est. 6
Nam † pro possessore possidet prædo, id est, qui nullam aliam caussam suæ possessionis reddit, quam quod possidet, *dict. leg. pro herede, §. vltim. & §. seq. de petit. hered.* 7

Singulares autem tituli, pro emtore, pro donato, &c. etsi sunt iusti, tamen si post mortem defuncti, nati sunt, incipiunt fieri iniusti. Nam is, qui rem se emisse dicit, pro se rem occupauit sine emtione, & mentitur. Quod si vero ab alio emit, tamen auctor eius eam sine vllo titulo occupauit, quoniam hereditariam & defuncti rem fuisse posuimus, quam nemo sua auctoritate possidere potest, nisi pro herede aut possessore, qui non sunt iusti tituli, vt dixi. Hac autem vitia etiam successori in hac possessionis missione nocebunt.

Solum igitur relinquitur possessori ad defensionem, vt dicat, se eas res, quas possidet, etiam viuo testatore possedisse & habuisse, neque esse hereditarias, quod cum sit, iam diximus, heredis esse probare eas hereditarias esse, quod non difficile probabit siue doceat, eas fuisse in possessione defuncti, cum moreretur, seu doceat eas a defuncto aliquando possessas fuisse. Nam possessione præcedente probata, ex eo existimatur in futurum quoque defunctus possedisse, nisi aduersarius probet, eum transtulisse in alium possessorem, *leg. si emancipati, supra, de probatio.* Id autem si aduersarius probare paratus sit, quod dicat in se possessionem translatam esse ex iusta caussa,, audiendus est, & heredem submouebit *ex iisdem verbis, dict. l. 3.* Quia scilicet tunc legitimo modo detinet.

Ex possessoribus tamen, qui res, quę defuncti fuerunt, detinent, duo genera hic excipiuntur, aduersus † quos heres non mittitur in possessionem rerum. Primum genus est eorum, qui post mortem defuncti rem ita possidere cœperunt, vt etiam possessione temporis præscriptionem sibi acquirerent, *de quibus dicitur, in versic. penult. & vltim. dict. leg. 3.* & nos paulo post dicemus plura suo ordine. Secundum genus est eorum possessorum, qui itidem a se proferunt testamentum non vitiatum, quo & ipsi scripti sint heredes. De hoc genere contradictorum agitur, *in dict. leg. 3. in §. sui autem.* Loquitur quidem constitutio generaliter de contradictore, nec exprimit, quem contradictorem intelligat, sed id ex sequentibus verbis intelligi potest, cum dicit: *Inter heredem & hunc contradictorem, de quo loquitur, eum acquirere possessionem, qui potiora iura & legitimos modos ostendat.* Legitimi modi acquirendæ vel retinendæ possessionis in hac parte, de qua nunc agitur, sunt testamentum proferre, & proferre nulla sui parte vitiatum. Deinde hæc verba pertinent ad duos, qui eadē iura ostendūt, in quibus tamen aliud sit alio potius. Quisquis contradictor ostendet aliud testamētum integrum, quo sit scriptus heres aduersarius, qui desiderat se mitti in bonorum possessionem, prolato alio testamento eiusdem generis, non mittetur in possessionem. 8

Quid ergo an in totum submouebitur? Mini-

me, sed adiicit Iustinianus *in dict. leg. tertia, §. Sin autem.* controuersia inter istos orta, examinari debere caussas in possessionem missionis & condictionis. Caussa cur quis in possessionem mitti debeat, ex hac parte est ea, quam iam diximus, si proferat testamentum & proferat non vitiatum. Eademque caussa contradictionis est, vt quis possessionem rerum hereditariarum retineat. His caussis cognitis, id est, cognitis testamentis iis, quæ ab vtraque parte proferuntur, is possessionem acquiret, qui potiora iura ostendet, vt sunt verba constitutionis. Sed quæro, cum ab vtraque parte proferatur testamentum, nulla sui parte vitiatum, quomodo dici possit, vnum esse altero potius?

Respond. Id ita continget, si ea, quæ in vno scripta sunt, magis conueniant personis, locis, temporibus, & testes integriores & honestiores habẽt. Exempli caussa, in vno testamento heres scriptus est, sed ignotus aut extraneus scriptus est, aut ea manu, quę non satis agnoscitur, scriptum est testamentum, eo tempore, quo vehementer testator laborare dicebatur, adhibiti sunt testes, sed ignoti, aut non sunt exploratæ fidei. In altero autem heres institutus proponitur amicus vel cognatus defuncti, testes qui subscripserunt noti & integræ fidei. Hoc posterius testamentum vincet, *argumento, leg. hoc carmen, §. vltim.*

Quid si in vtroque testamento omnia paria conueniant? Respond. Neuter mittitur in possessionem, idque certissima ratione defenditur. Aut enim necesse est, vtrumque mitti, aut alterum duntaxat, aut neutrum. Vterque mitti nequit natura possessionis repugnante, quoniam duo in solidum possidere non possunt, *leg. 3. §. ex contrario, de acquiren. possess.* Vnum tantum in possessionem mitti non decet, quoniam is non plus iuris habere proponitur, quam alter.

Restat igitur, vt neuter admitti debeat, & est ge-
9 neraliter probandum, quoties † ex duobus aliquid defertur vni vel lege, vel testamento, neque intelligitur vti deferatur, neuter admittitur. Vt puta, Titius testamento tutor datus est, duo sunt Titii, neque intelligitur de vtro senserit testator, placet neutrum tutorem fore, *leg. secunda, D. de testamen. tut.* Item, Titio quid legatum est, duo sunt Titii, neque intelligitur, de quo senserit testator. Item legauit testator ei, qui prior montem ascenderit, duo pariter ascenderunt, neutri debetur legatum, *leg. si fuerit, de rebus dubiis.*

10 Quarto † loco videndum est, intra quod tempus desiderare possit heres se mitti in possessionem ex hac parte iuris. Iustinianus cauit *in dicta leg. tertia, §. sin autem,* perpetuo id desiderari posse, non autem intra annum duntaxat. In qua parte edictum Diui Adriani, quod de hac parte erat constitutum, antiquauit Iustinianus.

Verisimile est enim eo edicto cautum fuisse, ne post annum admitteretur heres scriptus ad possessionem rerum hereditariarum, nisi vicesimam partem hereditatis fisco soluisset. Iustinianus & post annum hanc missionem desiderari posse constituit, & voluit ius vetus de vicesima hereditatis sublatum etiam in hac parte manere, vnde inscriptio tituli de edicto Diui Adriani tollendo, & quæ sequuntur. Id colligi potest ex initio *dicta leg. tertia, hic.* colligitur ex eo quod Iustinianus annuale tempus *in versic. penultim.* commemorat. Sed quando hoc edictum fuerit, ad rem nihil pertinet, satis est intelligi, quid de hoc tempore constituat Iustinianus. Sed hic est ea exceptio constituta, vt heres desiderare possit perpetuo, se mitti in possessionem bonorum, aduersus possessores, nisi tamen tempus præterierit, quo aut possessori res vsucapta sit, aut sine dominio possit præscriptione temporis actorem submouere. Ergo si possessor post mortem defuncti cœpit rem hereditariam possidere ex iusta caussa & bona fide, rem mobilem vsucepit triennio, immobilem decem annis inter præsentes, viginti annis inter absentes, *leg. vnica, in fin. de de vsucap. transform. leg. vltim. infra, de præscript. longi temporis.* Hoc tempus si præteriit, & ita possessor tutus est, non mittetur heres in possessionem rerum ita vsucaptarum. Quo casu dicitur ab vtraque parte longinquitas temporis occurrere heredi, *dicta lege tertia, in fin.* occurrere, id est, submouere heredem. Nam a parte possessoris actor submouetur propter diligentem possessionem possessoris, cui lex fauet, dum vult dominia rerum in incerto non esse, *leg. prima, de vsucap.* A parte item actoris hæc vsucapio eum submouebit, propter actoris negligentiam, qui rem negligendo videtur alienare voluisse, *leg. alienationis, de verborum significatione.*

Sine vsucapione autem rei, præscriptio temporis intentionem heredis submouet, si possessor qualis qualis, rem de qua agitur triginta annis possederit, *leg. sic, infr. de præscriptio. triginta vel quadraginta annorum.* Quo casu in *dicta leg. tertia, in fin.* dicitur longinquitas temporis occurrere heredi ab vna parte, nempe a parte ipsius heredis, propter eius negligentiam tam diuturnam, non etiam a parte possessoris, qui hanc præscriptionem habet, etiamsi fuerit malæ fidei possessor. Ideo autem submouetur heres a possessione, quia etiam his modis caussa principalis sopitur, *vt est in fin. leg. 3.* vbi principalis caussa intelligitur petitio heredis, in qua de iure hereditatis quæritur. Hæc submouetur vsucaptis rebus hereditariis, quoniam petitio hereditatis non competit aduersus eos, qui iusto titulo singulari pendent, *leg. hereditatis, in fin. supr. de petitio. hereditat.* & præterea rebus non vsucaptis submouebitur præscriptione triginta vel quadraginta annorum, vt diximus.

Quinto loco videndum est, per † quem iudicem 11
seu a quo heres consequi debeat missionem in possessionem. Et constitutio Iustiniani *in dict. leg. 3. vers. sancimus.* exigit iudicem competentem. Competens iudex in hac caussa est, qui & pro potestate sua potest in possessionem mittere, & cuius territorio subiectæ sunt res, de quarum possessione agitur. Solus potest in possessionẽ mittere, qui non iurisdictionem tantum, sed imperiũ habet sine iurisdictione, hæc enim res dicitur esse magis imperii, quam iurisdictionis, *l. iubere, de iurisdict.* In hac autem caussa est magistratus populi Romani, seu magistratus a principe constitutus, non autem municipalis, id est, magistratus a ciuitate constitutus. Proinde magistratus municipalis frustra aditur huius missionis impetrandæ caussa, *leg. ex qua, ad municipalem.* Non est satis magistratum posse pro iurisdictione sua in pos-

in possessionem mittere, sed oportet etiam res, de quarum possessione agitur, esse in eius territorio, quoniam ibi quisque mittendus est in possessionem, vbi res sunt sitæ, & caussæ missionis ibidem transigendæ, *l. 1. supr. vbi de hered. agatur, l. cum vnus, §. is. D. de reb. auctor. iud. poss.*

12 Sexto loco docet constitutio, † quomodo heres mittendus sit in possessionem, & ait, id fieri sub testificatione publicarum personarum, *dict. leg. 3. versic. sancimus, in fin.* His verbis intelligitur, heredem iussum a iudice ire in possessionem, non occupaturum sua auctoritate possessionem vi deiectis possessoribus, sed induci in possessionem per apparitores magistratus, aut eas personas, quæ sunt in officio magistratus, per quas magistratus suum exsequitur decretum, vt sunt iudices, qui dicuntur commissarii, vt sunt scribæ graphiarii, quorũ opera vtitur interdum magistratus, nam per istos magistratus sententiam exsequitur, *l. si pignora, de euict.*

13 Sequitur effectus huius † missionis. Est autem hic. Consequitur ex hac parte heres possessionem rerum hereditariarum. Diligenter hic vidēdum est, quid verbo hoc *hereditariarum*, cōtineatur. Et animaduertendum est, ꝙ non continetur id solum, quod continetur cum ex aliis partibus iuris quis in possessionem rerum mittitur, vt cum mittitur legatarius in possessionem legatorum hereditariorum seruandorum caussa, cum mittitur creditor in possessionem debitoris rei seruandæ caussa, & cum missio fit ex similibus caussis, *de quo comprehensum est, leg. prima, quib. ex caussis, in possessionem eatur.* Nam in his omnibus nihil amplius consequitur is, qui mittitur in possessionem, quam custodiam & obseruationem rerum, vetere domino nihilominus in possessione manente, *leg. cum legat. quibus ex caussis, leg. is, ex quo, D. vt in poss. legat.*

At ex hac parte iuris consequitur heres plenam detentionem rerum, eo, qui prius possidebat, possessione cedente, vt solus detineat qui in possessionem missus est, id quod liquet *ex dict. leg. 3. §. sin autem,* vbi ex duobus litigatoribus, qui de possessione contendunt, ex hac parte iuris dicitur, in totum posse acquiri, nimirum ei qui potiora iura ostendit, interim nihil amplius cōsequitur heres, quam possessionem rerum. Non igitur dominium consequitur. Proinde veteri possessori nihil hic præiudicatur, quominus si se heredem esse putet hereditatem vindicet ab herede scripto, qui in possessionem missus est: aut si se putet dominum rerum, vindicet res singulas: vt fieret, si heredi res restitutæ essent ex interdicto quorum bonorum. ex quo itidem, vt ex hac parte nihil consequitur heres nisi possessionem rerum, id probatur *in leg. vltima. infra, quorum bonorum.*

Quid fuerit hoc remedio opus? Respondeo nihil opus esset, si nullas vtilitates haberet, præter eas quæ superioribus actionibus continentur, sed suas proprias & singulares commoditates habet, quibus bene & vtiliter a superioribus distinguitur, & propter quas tutius & commodius est ad hoc remedium confugere. Differt † a petitione hereditatis, quia

14 & probatione facilius, & petitione plenius est. Faciliorem & expeditiorem probationem habet, quia in petitione hereditatis, non sufficit heredi, testamentum non vitiatum proferre, vt res ei eo iudicio restituatur, sed si quid contra testamentum dicitur, exceptiones sunt admittendæ, & de his plene cognoscendum.

Veluti si possessor dicat, se esse filium præteritum aut exheredatum contra officium pietatis, de hoc cognoscendum erit, nec prius vindicet heres quam pronuntiatum fuerit, testamentum non esse inofficiosum, *leg. Papinian. §. si filius, D. de inofficios. testament.* Et generaliter tenendum est in omnibus directis iudiciis, id est iis, in quibus de proprietate & pleno iure actoris agitur, iudices oportet rem plena inquisitione cognoscere, sic deinde caussa cognita statuere, *leg. iudices, supr. de iudiciis.* At in hac missione in possessionem, quæ petitur ex hac parte iuris, sufficit testamentum non vitiatum proferre, neque ideo fit iniuria possessori, quia nihil ei aufertur nisi possessio momentanea, quam in caussa pari æquius est apud eum esse qui testamento mittitur.

Est & remedium huius partis plenius. Nam petitio hereditatis non competit, nisi aduersus hos qui pro herede, aut pro possessore possident, non datur aduersus eos, qui pro emptore, aut ex alia iusta caussa singulari possident, *l. hereditatis, supra, de petit. heredit.* At hoc remedium dixi competere aduersus omnes possessores earum rerum, quæ probantur testatoris fuisse, cum is moritur, nisi tamen tantum temporis intercesserit, vt possessori præscriptio acquireretur.

Differt etiam † hoc interdictum ab interdicto 15
quorum bonorum, quia plenius est. Nam inter scriptos heredes competit aduersus plures & pluribus competit: interdictũ quorum bonorum non datur omnibus heredibus, seu scriptis seu legitimis, sed his tantũ, quibus ex edicto prætoris bonorum possessio data est, id est, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt, *leg. prima, D. quorum bonorum,* vsque adeo, vt iis qui bonorum possessionem non agnouerunt, ne vtile quidem interdictum quorum bonorum competat, *vt alias dictum, ad leg. primam, infr. quorum bonorum,* etsi verba eius legis vulgo refragari existimantur. At remedium ex hac parte iuris omnibus scriptis heredibus datur, seu possessionem apud magistratum petierint, seu non petierint, dummodo testamentum non vitiatum iudici ostendatur. Præterea interdictum quorum bonorum similiter vt petitio hereditatis datur aduersus eos tantum, qui pro herede aut possessore possident, *d. l. 1. quorum bonorum.* Iam autem dixi hoc remedium constitutum esse aduersus omnes rerũ hereditariarum possessores.

*Donellus Auctor.*

Consulto præterimus titulos duos, scilicet, 34. & 35. Prior enim saltem lectione diligenti indiget: alter circa aliquas difficultates versatur, quæ quia non raro accidunt, minus sunt difficiles.

## AD TITVLVM. XXXVI. COD. De codicillis.

SVMMARIA.

1 *Codicilli quid & vnde dicantur & quomodo a testamentis differant. & nu. 2.*
3 *Codicillorum vis quæ.*
4 *Codicilli vt valeant, ex tribus rebus pendet.*

1 Codicilli † sunt scriptura, non in hoc instituta, vt testamentum esset, voluntatem minus solemnem continens, de eo quod quis post morte suam fieri voluit. Scripturam esse constat, non enim aliter, quam scribi codicillos declaratur *in pr. l. 1. de codicill.* Declaratur etiam significatione verbi latinis nota. Nam vt codex non est, nisi scriptus, sic nec codicilli nisi scripti sunt, seu breues scripturæ. Est enim verbum a superiore per diminutionem deriuatum, non quod nemo possit voluntatem suam testari sine scripto, immo potest, vt dicetur *ad leg. vltim. §. vltim, infra*, sed ea testatio codicilli non sunt. Scripturam esse volumus de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, id quod etiam constat, *ex dict. leg. 1. de codicill. in prin.* Et hactenus conuenit inter testamentum
2 & codicillos. Sed hoc † proprium est codicillorum, quod continent voluntatem minus solemnem, & vt dicitur *in dict. leg. de codicill. in fin.* nullam solemnitatem iuris desiderant, quod quomodo interpretandum sit, suo loco dicemus *ad l. vlt. §. vlt. h.* At testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, *leg. 1. D. qui testamentum fac poss.* Iusta, id est, legitima, & secundum regulas iuris de testamentis & supremis voluntatibus constitutas. Ea autem res duabus rebus continetur: solemnibus quæ extrinsecus adhibentur, & heredis institutione. Solemnia sunt in testibus, in numero testium, in eorum signis & subscriptionibus, *§. sed cum paulatim, Instit. de testam. ordin.* Heredis institutio ita testamentum facit, vt sit caput & fideicommissi & testamenti, *§. ante heredis, Instit. de legat. leg. 1. de vulg. leg. vltim. D. de iur. dot.* In quibus hæc duo interueniunt, ea testatori sunt testamenta, si quid horum deest, non erit testamentum, sed erunt codicilli, sed hoc ita nisi scriptura institu-
* ta sit in hoc, vt testamentum fieret. Nam si quis voluerit testamentum facere, etsi facere opinatus est,
* lege id testamentum non valebit. Nec faciet ea scriptura vt codicillus, quamuis iure codicilli vale-
* re possit, nisi testator voluisset & nominatim hoc expresserit, vt diceret, se velle eam scripturam pro codicillo valere, *l. 1. D. eodem tit. l. coheredi, §. cum filia, vers. sed ita, D. de vulg.* Et hoc est quod in definitione adiecimus, scripturam, non ad hoc institutam, vt esset testamentum.

3 Codicillorum † vis & ius hoc est: quicquid codicillis relinquitur, id iure debetur, præterquam si hereditas verbis directis relicta sit, *l. 2. infr. §. codicill. Institut. eodem.* Sed hoc ita, dummodo codicilli iu-
4 re valeant. Id † autem pendet, ex tribus rebus, ex conditione personæ testantis, ex obseruationibus quibusdam, quæ adhiberi debent, ex testamento, ad quod codicilli pertinent. Ex conditione personæ, quia non omnes codicillos facere possunt, non magis, quam testamentum, vt furiosus, *leg. 4. h.* Ex obseruationibus, quia etsi codicilli solemnia testamenti non desiderant, tamen desiderant nonnullas obseruationes, de quibus *leg. vltim. certum est, §. vltim. infr.* Ex testamento, ad quod codicilli pertinent, quia enim codicilli pertinent ad testamentum, ideo ius & conditionem testamenti sequuntur, eoque infirmato & codicilli euanescunt, *de quo in leg. 1. h.*

*Ad L. 1. Rupto.*

Imp. Alexander A. Mocimo & aliis.

*Rupto quidem testamento posthumi agnatione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes, non valere, in dubium non venit, sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emisisse proponatis, quibus præcedens iudicium confirmauit: Prætor nihil contra ius fecit, si nouissimam eius voluntatem secutus, relictum testamento reipublicæ fideicommissum, vt ex codicillis relictum, præstandum esse pronuntiauit. PP. 3. Calend. Iul. Maximo 3. & Paterno Coss. 234.*

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio huius legis explicatur.*
2 *Codicilli ad testamentum pertinentes, testamenti conditionem sequuntur: ad id non pertinentes, per se ipsos consistunt, nec ex testamenti viribus pendent, & nu. 5. & 8.*
3 *Qui codicilli ad testamentum pertineant.*
*Codicilli post testamentum facti, quamuis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent: quod limitatur, ibidem.*
4 *Ad testamentum pertinere, quid sit.*
6 *Testamentum iure ruptum codicillis postea factis & recenti testatoris voluntate confirmari nequit.*
7 *An quod codicillis relictum non est, ex codicillis deberi possit. Item, an quod codicillis nominatim scriptum non est, codicillis relictum dicatur.*
9 *Codicilli iam facti, an agnatione posthumi rumpantur.*

Testator † testamentum iure fecit, sed testamen- 1
to facto, ei filius natus est, quem neque instituerat, neque exheredauerat, id est, suo verbo quidem præterierat testamento, agnatione huius posthumi testamentum ruptum fuisse constat, *leg. 1. & 3. D. de iniusto rupt.* Deinde literas emisit, id est, codicillos, quibus suum iudicium confirmauit, id est, declarauit se rata velle esse omnia, quæ in priori testamento scripta erant, & ita decessit. Posthumus ab heredibus legitimis fideicommissum petit: hi erant pupilli, iidemque filii defuncti, qui in potestate tutorum erunt. Tutores negant fideicommissum deberi argumento hoc: Quod si debeatur, non possit deberi, nisi aut ex testamento, aut ex codicillis postea factis. Non potest deberi ex testamento, quia id ruptum est, neque sola voluntate conualescere potuit: Nõ potest deberi ex codicillis, quia ius est; rupto testamento, simul codicilli non valent. Re apud prætorem agitata, prætor pronuntiauit, fideicommissum deberi. A qua sententia appellatum est, ad præfectum prætorio aut principem. In hac appellatione consulitur Imperator: Num fideicommissum debeatur, & num recte prætor pronuntiarit? Et afferuntur hæ rationes, quas diximus, cur non videatur deberi. Respondet imperator: Recte pronuntiasse prætorem deberi fideicommissum. Ad ea autem, quæ contra dicebantur ita imperator occurrit: fatetur fideicõmissum in proposito ex testamento rupto deberi non posse, quia nuda voluntate non potuerit confirmari, sed deberi aut ex codicillis: non obstare quod dicitur, testamento rupto codicillos etiam rumpi, a cuius obiectionis solutione statim orditur. Nam rupto testamento rumpuntur quidem codicilli, sed codicilli ad testamentum pertinentes. In proposito autem, quia codicilli rupto ante testamento facti sunt, non pertinent ad testamentum ruptum. Proinde ex his vt iure constitutis, fideicommissum recte deberi.

Hic

Hic multa notanda & expendenda sunt. I. Notandum est de iure codicillorum, codicillos † ad testamentum pertinentes conditionem testamenti sequi, non pertinentes autem ad testamentum, per seipsos consistere, neque ex viribus testamenti pendere. Videndum est, qui codicilli ad testamentum pertineant, qui non, & quid sit hoc, pertinere ad testamentum. Ita definiendum est: Quoties † testator testamentum iure factum habet, si per id tempus, quo testamentum consistit, codicillos habeat, quocunq; tempore codicilli facti sint, ad testamentum pertinent, *l. ab intestato. circa fin. ff. eo.* vtpote codicilli, quos fecit primo, deinde testamentum iure fecit, ad testamentum pertinent, idque sequuntur, etsi testamento nominatim confirmati non sunt, *l. 3. §. vlt. ff. eod.* Papin. adiiciebat hanc conditionem, si modo aliquo indicio voluntatis eos testator confirmasset, *l. ante. ff. eod.* Sed Diui Seuerus & Antoninus codicillos valere voluerunt, etiamsi nihil aperte his confirmandis testator ostendisset, dummodo contraria nulla testatoris ostenderetur, quæ sententia *§. 1. Instit. eod.* probata est. post quam sententiam receptam ita responsum Papin. *in d. l. ante. &c.* interpretabimur, vt videatur testator codicillos confirmasse nouo testamento facto, hoc ipso quod non aperte repudiauit.

2

3

E conuerso si testator primo testamentum fecit, deinde codicillos, & hi quoque codicilli, quamuis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent, *d. l. ab intestato. ff. eod.* Sed hoc posterius ita accipiendum est, dummodo codicilli posterius facti, tunc facti sint, cum testamẽtum adhuc iure consistat. Quod si tunc facti sint, cum iam testamentum ruptum aut irritum factum esset, codicilli ad testamentum non pertinebunt, eoque nec conditionem testamenti sequentur, quæ sententia hoc declaratur rescripto. Et merito hi codicilli ad testamentum prius ruptum non pertinent, quoniam vt dicantur codicilli ad testamentum pertinere, prius est, vt sit aliquod testamentum, ad quod pertineant, idque natura ipsa efficit. Nullum est autem testamentum quod ante ruptum fuit: intestatus enim definitur is, non tantum qui omnino testamentum non fecit, sed etiam, cuius testamentum quod prius fecerat, iure rescissum est, *Instit. de hered. quæ ab intest.* Pertinere † ad testamentum est partem testamenti esse, *l. quidam. vers. nimirum. ff. eod.* Vnde codicilli dicuntur pars esse testamenti, *l. pen. ff. quemadmodum testam. aper.* Quod † dicuntur codicilli pars testamenti esse, hanc vim habet, vt intelligantur codicilli ad testamentum pertinentes legem & conditionem testamenti sequi, vt si testamentum valet, codicilli valeant, si testamentum non valet, nec codicilli valeant, *d. l. ab intestato. d. l. quidam. vers. nimirum. l. 3. §. vlt. ff. eod.* Ex quo per contrarium intelligimus, si qui sunt codicilli ad testamentum non pertinentes, quales sunt hi, qui testamento iam ante rupto scripti sunt, hos per se valere, nec conditionem testamenti sequi, quod exemplo huius loci euidenter confirmatur.

4

5

6 II. Notandum † est testamentum iure ruptum codicillis postea factis, & recenti voluntate defuncti non confirmari, quantumuis iusserit rata esse, quę eo testamento scripta erant. Id aperte colligitur ex hoc rescripto: hic enim dicitur, testamento ita confirmato, vt supra dictum est, fideicommissum quidem deberi, sed non ex testamento. Et merito dicitur testamentum non confirmari codicillis, aut alia voluntate. Nam testamentum agnatione posthumi ruptum efficitur iure, seu ius rumpi debet, pactis & voluntatibus priuatorum iuri publico derogari non potest, *l. 9. bonis. ad l. Falcid.* Proinde non potest quod ius ruptum esse iubet, priuata voluntate fieri vt valeat. Non obstat *l. qui ex liberis. §. vlt. de bon. pos. sec. tab.* vbi dicitur: Si testamentum priori testamento facto ruptum sit, id conualescere, si testator posteriores tabulas ruperit, vt priores valerent. Item dicitur, testamentum capitis diminutione testatoris irritum factum, recenti voluntate testatoris confirmari, si is sui iuris factus testamentum valere voluerit. Hæc, vt dixi, non obstant. Dicta sunt enim de eo testamento non solum, quod testator valere voluit, sed etiam a quo impedimentum remotum erat, quod prius testamento obstabat. In hac autem lege agitur de testamento rupto agnatione posthumi, qui adhuc viuebat. Proinde hoc vitio testamenti manente iure publico priuata defuncti voluntate derogari non potest. Et merito. Hic respondeatur, fideicommissum ex testamento hoc non deberi. Non obstant verba rescripti huius, cum dicitur, testator literis supremam voluntatem confirmasse. Hæc enim verba ad factum testatoris, non ad ius referenda sunt: Testator supremam voluntatem suam codicillis confirmauit, id est, verbis, quia id ratum esse iussit, sed iure non confirmauit, quia non potuit. Hic autem de facto quærebatur, quod præcesserat, secundum quod Imperator respondet.

III. Notandum † est quod relictum testamento, 7
ex testamento non valuit, id ex codicillis peti possit, quasi relictum codicillis. Et quomodo quæret aliquis, ex codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non fuit? Quomodo autem dici potest codicillis relictum, quod codicillis nominatim scriptum non est? Respondeo: Nihil codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non est: sed intelligi potest id codicillis relinqui, non tantum quod codicillis speciatim & nominatim relinquitur, sed quod verbis generalibus, eam speciem, de qua agitur, continentibus relinquitur, quod in ea specie accidit. Nam cum testator voluit in testamento ea valere, quę scripta erant, voluit etiam ea præstari. Verbo testamenti omnia continentur, quæ sunt in testamento, perinde quasi specialiter expressa essent. Et generaliter definiemus nihil interesse, vtrum quid testamento aut codicillis aperte exprimatur, vt videatur ibi relictum, an vero relinquatur per reiectionem ad eum locum, vbi id continetur. Exempla sunt *in l. asse toto. de hered. instit. & in l. institutio. de cond. instit.*

* * * * * * * *

Hæc quæstio hodie non est necessaria, quia ex constitutione Iustiniani, ex caussa præteritionis, institutiones quidem irritæ sunt, sed cetera testamento relicta debentur, & quidem ex testamento rupto, *Authentic. ex caussa supr. de liber. præterit.* Quod si id fit testamento nullis codicillis confirmato, multo magis idem admittemus, si recenti iudicio testamentum ruptum confirmauit. Sed non ideo hoc rescriptum inutile est, quoniam potest prius testamẽtum rumpi ex alia caussa, quam præteritionis. Deniq; hoc rescriptũ locũ habebit in hac specie: Testator testamentũ

fecit, quo fideicommissum reliquit Reipub. deinde aliud testamentum fecit, quo nihil Reipub. relictum est: constat posteriori testamento prius ruptum esse. Deinde & post secundum testamentum filius testatori natus est, qui secundo testamento præteritus erat, ita & secundum testamentum agnatione posthumi ruptum est. Ad extremum testator codicillos fecit, quibus prius testamentum confirmauit. Si quæratur, vtrum fideicommissum Reipubl. debeatur, quod priori testamento relictum erat? necessario ad hoc rescriptum confugiendum est, vt dicamus, fideicommissum vt codicillis relictum, & codicillis iure consistentibus ex codicillis deberi. Nam ex testamento quamuis confirmato deberi non potest, ex constitutione Iustiniani, quia id testamentum ruptum non est ex caussa præteritionis. non ideo, quia confirmatum sit recenti voluntate defuncti, quia defunctus posteriores tabulas non incidit, vt priores valerent, quo casu priores confirmari possent, *l. qui ex liberis §. vlt. de bon. poss. secund. tab.* Ita solus locus relinquitur codicillis, de quibus quæretur an valeant? Respondebimus ex hoc rescripto, & hoc amplius fi-
8 deicommissum vt iis relictum deberi. Interim † ius manet quod dictum, pertinens ad vim codicillorum, nempe si idem testamentum habeat iure factum, & præterea codicillos, ius codicillorum ex testamento pendere, & rupto testamento rumpi codicillos. At si quis aut nullum testamentum habeat, aut habeat non iure perfectum, codicillos postea factos per seipsos consistere, neque ideo rumpi, quia testamentum prius ruptum fuerit agnatione. Sed hoc dictum cum filius agnatus est defuncto ante codicillos fa-
9 ctos. Quid † si codicillis factis filius agnatus sit defuncto, an hoc casu agnatione posthumi codicilli rumpentur? Et placet ne hoc quidem modo codicillos rumpi, quamuis certum sit rumpi testamenta agnatione posthumi, de quo dicetur oportunius *ad l. 3. infra.*

*Ad L. 2. Hereditatem.*

Imp. Philippus A. & Philippus C. Asclepiodotæ.

*Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse, manifestum est. Verbis tamen precariis per huiusmodi etiam nouissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Vnde inefficaciter te codicillis rogatam esse, vt quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. PP. Idib. Octobr. Peregrino & Æmiliano Coss. 245.*

SVMMARIA.

1 *Hereditas codicillis neque dari neque adimi potest. & num. 2.*
3 *Codicillis conditio heredi instituto adiici nequit.*
4 *Conditio institutioni adiecta codicillis detrahi non potest.*
5 *Regula, hereditatem codicillis dari non posse, quatenus valeat.*
6 *Hereditas quando directis, quando precariis verbis dari intelligatur.*
7 *Fideicommissum an recte codicillis ab intestato relinqui possit, ita vt ab herede legitimo præstetur.*
8 *Si hereditas directo codicillis relicta sit, an plane inutilis institutio.*

Testator mulierem quandam testamento ex parte heredem instituit, &. codicillis postea factis, mulierem rogauit, vt quibusdam rebus contenta, portionem hereditatis restitueret Titio. Titius petit ab ea fideicommissum: mulier negat deberi, quasi inutiliter codicillis relictum: & vtitur hac ratione, quia hereditas codicillis dari non possit, quæ regula est iuris. Ea consulit Imperatorem. Respondet, ordiens a dissolutione dubitationis: hereditas, ait, neque dari codicillis, neque adimi potest, sed ita si directo hereditas detur. Ceterum per codicillum fideicommissum relinqui potest, id cum in proposito factum sit, respondet errare mulierem, quæ putabat, fideicommissum non deberi. Ius autem hac de re constitutum expendendum est.

Ergo regula iuris est, hereditatem † codicillis neque dari, neque adimi posse, *vt h. & in §. codicillis. Instit. h.* Obseruandum est autem, regulam natam esse a veteribus Iureconsultis, *vt significat Papin. in l. quod per manus. ff. eod.* Vnde merito dubitatum est, quam recte fuerit ab illis constituta. Nam prima facie videri potest iuri de codicillis constituto aduersari. Vt enim intelligimus *ex §. de codicillis. Instit. in pr.* codicillorum ius simpliciter admissum est, vt valerent, neque distinguitur, quid codicillis relinquatur. Cur igitur interpretes iuris hereditatem exceperunt? Et vt intelligeretur id recte factum esse, sedulo ratio reddita est, cur hereditas codicillis dari non possit, de qua ratione commodius dicetur *in l. si idem. infr.* Vt autem placuit hereditatem codicillis dari non posse, ita consequens fuit, placere † hereditatem codicillis 2
adimi non posse, quia qui quibus institutis aut substitutis hereditatem adimit, is hereditatem vel sequentibus, vel institutis, vel legitimis dare intelligitur, quod prius prohibebatur. Est & hæc ratio, cur hereditas codicillis adimi non possit, quia eius est nolle, qui potest & velle, *l. eius. de reg. iur.* Cui regulæ conueniens est, vt qui non potest nolle in codicillis hereditatem dare, non possit etiam velle in iis dare. Eadem regula admissa consequens fuit, vt placeret codicillis † conditionem heredi instituto adiici non 3
posse, quod fieri non posse traditur *in d. §. codicillis. Inst. eod. l. diui. ff. eodem.* Ideo autem hoc consequens, quia qui conditionem institutioni adiicit, is in defectum conditionis hereditatem adimere intelligitur.

Exempli gratia: Testator testamento heredem instituit Titium pure: deinde codicillis ita cauit: volo Titium ita mihi heredem esse, si nauis ex Asia, &c. Dicimus conditionem inutiliter adiectam, & quamuis nauis ex Asia non venerit, nihilominus Titium heredem futurum, quia qui instituit heredem Titium, si nauis ex Asia, &c. intelligitur ei adimere hereditatem, si nauis ex Asia non venerit. Porro codicillis hereditas adimi non potest. Hæc ratio reddita est in hac specie, *l. pen. §. vlt. ff. de condit. instit.* Qua ratione autem conditio institutioni in codicillis adiici non potest, eadem ratione probandum est, nec † conditi- 4
onem institutioni detrahi posse codicillis. Nam etsi de hac parte nihil nominatim scriptum est, tamen qui institutioni conditionem detrahit, is in defectu conditionis hereditatem dat, quod multo minus codicillis facere permissum est. Vtputa, testator testamento Titium heredem instituit, si nauis ex Asia venerit, deinde codicillis eum pure heredē esse iussit. Dicimus, si nauis ex Asia non venerit, eum heredē non futurum, quia sub conditione sit institutus, nec ad rem pertinere, quod conditio codicillis detracta est, quoniam hereditas codicillis dari non potest.

Sed

5 Sed quod † dicitur hereditatem codicillis dari non posse, ita temperandum est, si directis verbis hereditas detur. Ceterum verbis precariis, seu per fideicommissum, vtiliter hereditas codicillis relinquitur, quod constituitur hoc rescripto, *& in §. codicillis. Inst. eod.*
6 Directis verbis † hereditas dari intelligitur, cum ita datur vt hereditas capiatur recta ex testamento defuncti seu a defuncto, non autem interueniente persona heredis. Quod contra fit, vbi precariis verbis relinquitur hereditas, tum enim rogatur heres vel testamentarius vel legitimus, vt hereditatem restituat ei, cui defunctus restitutam vult, vt sic hereditas ab herede recta capiatur, non a defuncto, cuius generis relictum dicitur fideicommissum, quia committitur fidei heredis, vt restituat. Dicitur relinqui verbis precariis, quia testator precatur & rogat heredem, vt restituat. Hæc indicantur *in §. pen. & vlt. Instit. de sing. reb. per fideicom. relictis.* Et constat fideicōmissū recte relinqui codicillis ab herede, quē testator testamento scripsit. Quæ species fuit huius rescripti.

7 Dubitatum † etiam est, an relinqui possit fideicommissum ab intestato, vt sic fideicommissum præstaretur ab herede legitimo. Dubitatio nata est ex regula iuris, ex qua efficitur: Cui nihil datum est a defuncto, ab eo nihil relinqui posse, *l. ab eo. ff. de fideicom. l. 6. in pr. de legat. 3.* Secundum quam regulam recte admittitur fideicommissum relinqui ab herede scripto, vtpote cui testator prius hereditatem dederit. Sed eadem regula effici videtur, ne possit fideicommissum relinqui codicillis ab intestato, quoniam hoc præstari non potest, nisi ab herede legitimo. Iis autem testator non dat hereditatem, sed lex, vt dicitur, hereditatem intestati lege obuenire, quia lege sola obuenit, *l. lege obuenire. de verb. sig.* Vnde & heredes ab intestato succedentes dicuntur legitimi heredes. Et aduersus hanc dubitationem monemur alia regula, qua traditur, fideicommissum codicillis etiam ab intestato recte relinqui, *§. 1. Instit. eod.* & quodcunque ab intestato relictum erit, id præstabitur ab omnibus legitimis heredibus, etsi post codicillos nati sint, *l. 3. l. ab intestato. ff. eod.* Neque id aduersatur superiori regulæ, sed magis ea regula confirmatur. Nam & heredibus legitimis intelligitur testator hereditatem dare hoc ipso, quod hereditatem ad eos peruenire patitur, cum esset in eius potestate hereditatem his adimere alios heredes instituendo. Ratio reddita est *in l. 1. §. sciendum. de legat. 3.*

8 Quid † autem si hereditas directis verbis codicillis relicta sit? Puta aliquis codicillo heres institut⁹ sit aut substitutus, an plane inutilis erit institutio & substitutio? Placet inutilem esse institutionem & substitutionem, sed tamen hereditatem ex fideicommisso peti posse, *l. 2. §. vltim. ff. eod.* Et quid interest, dicat aliquis, vtrum quis dicat directe relictum non valere, aut valere, si iure fideicommissi valet? Respondeo: Differentia exposita est *in dicta leg. 2. in fin.* Nam directa hereditas si relinquitur, & relictum valet, tota hereditas capitur ab herede: vbi autem relinquitur per fideicommissum, non capitur tota hereditas a fideicommissario, sed detrahitur prius quarta ex lege Falcidia seu Senatusconsulto Trebelliano. Estque hæc species *l. Scæuola. ff. ad Trebell.* Quod tamen sic accipiendum est, si testator codicillos, quibus hereditas directo data est, voluit nominatim pro codicillis valere. Ceterum si testamentum facere instituit, & se facere opinatus est, fideicommissum non debebitur, quocunque modo hereditas data sit, siue directo, siue per fideicommissum, quia neque ea scriptura, in qua hereditas data est, vt testamentum valet, quia iure perfecta non est, neque vt codicilli, quia testator codicillos facere noluit, *l. illud. §. 1. ff. eod. l. coheredi. §. cum filiæ. vers. quæ ita. de vulg. & pupill.*

Quod si hereditas directis verbis inutiliter codicillis data, tamen iure fideicommissi defenditur; multo magis iusto testamento directis verbis inutiliter data, eodem iure defendetur. Nam si conferantur inter se scripturæ, testamentum multo plenior est & solemnior scriptura quam codicilli. Si cōferantur inter se voluntas defuncti in eadem scriptura, eadem est voluntas defuncti volentis aliquid fieri post mortem suam, quanquam in testamentis hæc voluntas est plenior. Proinde si quis substituerit filio heredem post quatuordecim annos, & si substitutio tanquam substitutio valere non potest, *l. verbis. l. in pupillari. de vulg.* tunc recte existimatur vulgo heredem defuncti fideicommisso teneri substituto, vti teneretur, si codicillis substitutio facta esset, vt est *in l. Scæuola. ad Trebell.* Non enim substitutio codicillis facta iure fideicommissi defenditur, quia codicillis facta, sed quia codicilli valuerunt. Ergo multo magis idem in testamento dicendum est, si testator voluit.

## *Ad L. 3. Cum proponatis.*

Impp. Diocletianus & Maximianus AA. Hyacintho & aliis.

*Cum proponatis pupillorum vestrorum matrem diuersis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit id, quod priori codicillo inscripserat, per eum in quem postea secreta voluntatis suæ contulerat, si a prioris tenore discrepat, & contrariam voluntatem continet, reuocatum esse. PP. 6. Idib. Septem. ipsis IV. & III. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Codicillis pluribus factis diuersam voluntatem continentibus vter valeat?*
2 *Codicilli, an iis modis, quibus testamenta, rumpantur.*
3 *Cur vt testamentum prius rumpitur posteriori, non item eodem modo rumpantur codicilli.*
4 *Codicillus cur non rumpatur agnatione posthumi.*

SI quis plures † codicillos fecit, contrariam voluntatem continentes, non potest plus vna scriptura 1
valere. Sed vtri codicilli valent? Hic scriptum est per posteriores prioribus derogatum esse, quo significatur solum posteriores valere, idque respondetur ex regula iuris certi, in legatis & fideicommissis nouissimam voluntatem spectari, *l. 12. §. vltim. de legat. 1. l. quod traditum. de condit. & demonstr.* Quid si diuersi tantum erunt, non contrarii? Colligitur ex hoc loco omnes valere, quod etiam verum est. Idque est, quod aliis locis traditur, posse vnumquemque plures codicillos facere, vt sit sensus posse vnumquemque plures facere vtiliter, vt omnes consistant, *§. vlt. Inst. eod. l. diui. §. codicillis. ff. eod.* In quo singulare ius notandum est & proprium codicillorum. Nam in testamentis hoc ius est, vt si quis prius testamento facto, deinde aliud testamentum faciat, posteriori testamento prius rumpatur, *§. 1. quib. mod. testam. infirm.* Sed hic consistendum non est, sed generaliter ita definiendū, codicillos iure consistentes nunquā rumpi, vllo modo ex iis quibus testamenta rumpuntur, sed

ſola aperta contraria voluntate, aut conſequenti hoc modo: *Si conditio ad teſtamentum pertineat, & teſtamentum ruptum ſit.*

2 Teſtamentum † rumpitur duobus modis, poſteriori teſtamento rite facto, & agnatione poſthumi ſui heredis, qui teſtamento præteritus erat, *tit. quib. mod. teſt. infirm.* Codicilli priores, aliis codicillis poſtea factis non rumpuntur, omnes pariter valent, vt dictum. Sed etſi codicillis factis ſuus heres agnaſcatur defuncto, cum nullam eius heredis mentionem fecerit in codicillis, codicilli non ideo euaneſcunt, ſed relictum debetur ab omnibus heredibus legitimis etiam ab ipſo filio, qui poſtea natus eſt, ſi heres patri exſiſtat, *l. 3. ab inteſtato. ff. eod.* Hoc tamen ita, niſi teſtator codicillis ſpecialiter vnum aliquem ex heredibus rogauerit, vt aliquid præſtaret, quo caſu is ſolus heres tenebitur fideicommiſſo, & tenebitur tantum pro parte, ſi id quod relictum eſt recipiat: ſi autem non recipiat, nullo modo tenebitur, *hoc in l. pen. ff. eod.* Solum, vt dixi, contraria voluntate teſtatoris codicilli tolluntur, quemadmodum & teſtatoris voluntate conſiſtebant, vt hic cauetur. Et hoc principaliter, nam per conſequentiam hoc euenit in codicillis, vt ſi codicilli ad teſtamentum pertinent, poſtea rupto teſtamento, etiam codicilli, qui pars erant teſtamenti, rumpantur, *de quo dictum eſt ad l. 1. ſup.*

3 Sed cur † quemadmodum poſteriore teſtamento prius rumpitur, ita poſterioribus codicillis non rumpuntur priores? Mouet quæſtionem, quod par ratio in vtroque videtur eſſe. Vt enim duorum teſtamentorum par vis eſt, ſic duorum codicillorum vis eadem. In quibus autem eadem ratio eſt, in his idem ius ſtatui debet, *l. illud. infr. ad leg. Aquil.* Proinde ſi poſteriore teſtamento rumpitur prius, quod eandem vim habet, par eſt, & poſterioribus codicillis priores rumpi, qui eandem vim habent. Reſpondeo: Si propter teſtamentum poſterius rumperetur prius, eſſet eadem ratio in ſcriptura teſtamenti poſterioris, & ſcriptura poſteriorum codicillorum. Nunc autem poſteriori teſtamento non rumpitur prius propter poſterius teſtamentum, ſeu propter ſcripturam poſterioris teſtamenti, ſed quia poſteriori teſtamento declaratur prius teſtamentum eſſe imperfectum: ſic autem ius eſt, vt ſi quid teſtamento deſit, ad heredum inſtitutionem, de quibus teſtator cogitauit, teſtamentum ſit imperfectum, & hoc ipſo inutile, *l. ſi is, qui teſtam. qui teſtam. fac. poſ.* Hæc ratio ceſſat in codicillis: nam poſterioribus quidem codicillis declaratur aliquid deeſſe prioribus ad voluntatem defuncti: ſed non ideo priores codicilli infirmantur. Nam codicilli natura ſua ſunt voluntas imperfecta, imo nunquam plenam voluntatem continent. Non eſt enim plena voluntas, niſi quis conſtituerit ſibi heredem, id eſt, vniuerſi iuris ſui ſucceſſorem. At codicillis id fieri non poteſt, *l. 2. ſup.* Proinde non ideo priores codicilli infirmantur, etſi ſint imperfecti.

4 Rurſum quæro, cur † teſtamentum iure factum & ſolemniter, agnatione poſthumi rumpitur: codicillus autem eadem agnatione non rumpitur? cum plus ſit rumpere teſtamentum, vtpote ſcripturam iuſtam & ſolemnem, quam rumpere codicillos, ſcripturam non plenam, & regula iuris facit, vt non debeat ei, cui quod plus eſt licet, quod minus eſt non licere, *l. non debet. de reg. iur.* Quare cui licet rumpere teſtamentum, licet etiam codicillos rumpere multo magis. Reſpondeo: Et hic diuerſa ratio eſt teſtamenti & codicillorum. Differentia autem hæc eſt: Agnatione poſthumi præteriti rumpitur teſtamentum, non propter agnationem ſolam, ſed quia herede alio inſtituto in teſtamento hereditas poſthumo aufertur. Huic autem hereditas auferri non poteſt, niſi exheredatione iuſte facta, quoniam hereditas eſt viuo patre filii, *l. in ſuis. ff. de lib. & poſthum.* At codicillis, qui agnationem poſthumi antecedunt, non aufertur hereditas poſthumo poſtea nato, ſed magis ei confirmatur. Nam quæ relinquuntur codicillis, ea relinquuntur a legitimis heredibus, proinde teſtator ſimul vult legitimos ſuos heredes ſibi heredes permanere. Quare cum codicillis hereditas non auferatur, ceſſat ratio, propter quam præteritione rumpi debeant. Hoc amplius cum teſtamento præteritur poſthumus, qui poſtea naſcitur, culpa teſtatoris eſt, qui potuit eum inſtituere. In codicillis ſi filius heres non inſtituitur, nulla culpa patris eſt, quia codicillis hereditas dari non poteſt, vt quaſi hereditas confirmetur.

*Ad L. 4. Non idcirco.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Stratonico.

*Non idcirco minus, quod inteſtato te abſente codicillos mater tua fecit: hi, quibus precariis verbis adſcripta ſunt, relicta capiunt. Sine die & conſule.*

SVMMARIVM.

1 *Voluntas ſola teſtatoris teſtamentum facit.*

SI quod quiſque legauit de re, ita ius eſt, vt cautum eſt lege duodecim tabul. *l. verbis leg. de verbor. ſign.* conſequens eſt, vt quicquid erit teſtamento aut codicillis, aut omni ſcriptura de ſuprema voluntate cautum, id totum pendeat ex defuncti voluntate, non alterius cuiuſquam ſiue heredis, ſiue legatarii. Vnde dictum eſt, voluntatem † teſtatoris ſolam teſtamentum facere, *l. ex facto. §. rerum. ff. de hered. inſtit.* 1 *l. 12. in fin. de leg. 1.* Sic fit vt quicquid relinquitur, id ab inuito relinqui poſſit, ſi modo is ſit, cui teſtamento dederimus aliquid, *l. 1. §. ſciendum. de leg. 3.* Si inuito eo legatum & fideicommiſſum recte relinquitur, multo magis relinquitur eo ignorante, quod hic cauetur.

*Ad L. 5. Ne codicillos.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Flauiæ.

*Ne codicillos quidem furentem poſſe facere, certiſſimi iuris eſt. Si igitur ſcriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, vt aliquid ex hac peti poſſit: adſeuerationi tuæ, mentis eum compotem fuiſſe negantis, fidem adeſſe probari conuenit. Datum 6. Kalend. Decembr. Diuelli CC. Coſſ.*

SVMMARIA.

1 *Furioſus an poſſit codicillos facere: & qui non.*
2 *In dubio vtrum defunctus fuerit ſanæ mentis nec ne, cui incumbat onus probandi, petenti ne ex codicillis, an heredi.*

QVod placet furioſum † codicillos facere non 1 poſſe, mirum non eſt, nam furioſus nihil natura agere poteſt, in quo animi iudicio ſit opus, *l. 2. §. pen. ff. h.* Sed hic conſiſtendum non eſt, cum quæritur, qui codicillos facere non poſſint, verum generaliter definitur, neminem codicillos facere poſſe, qui teſtamenta facere non poteſt, *l. diui. §. pen. l. conficiuntur. §. 1. ff. eod.* Si quis igitur ciuis Romanus non ſit, puta ſit pere-

peregrinus, deportatus; siue quis iudicio præditus non est, vt furiosus, prodigus, mente captus, pupillus; siue quis fari & scribere non possit, vt mutus & surdus; siue quis in bonis iure nihil habet, vt filiusfamilias & seruus; siue quis iussus est esse intestabilis, vt qui ob carmen famosum damnatus est, is codicillos facere non potest, quia nec potest testamentum facere. de quibus generibus dictum est suo loco, scilicet titulo, *qui testam. fac. poss.* Huc pertinet titulus Institutionum, *quib. non est permissum fac. testam.*

Hic notandum est, qui aliquid petit ex codicillis, cui obiicitur, defunctum furiosum fuisse, si contendat fuisse defunctum sanæ mentis, tum id probare non debere, sed heredem, qui sanæ mentis fuisse neget. Hoc prima ratione videtur repugnare regulis iuris de probationibus, quarum prima est: Ei qui dicit incumbere probationem, non ei qui neget, *l. 2. de probation.* Altera certior, semper actorem in eo, quod intendit, probare debere, non reum qui negat, *l. vetus est probat. l. actor. supr. de probation.* Atqui in specie proposita qui ex eo petit, actor est, heres vnde petit reus est. Sed nihil hic dicitur superiorib. regulis contrarium. Volumus enim etiam actorem probare debere defunctum fuisse compotem mentis, sed satis probat talem fuisse, hoc ipso, quod probat, aliquando eum fuisse mentis compotem: probat autem id natura ipsa, nam tunc saltem cum natus est non fuit furiosus, non insanus. Ex quo necessitate consequentiæ sequitur, semper illum talem fuisse deinceps, nisi abalienata mente esse cœperit, aut cœperit furere. Hoc autem actor nunquam dicet, quia contra se diceret. Id igitur reus si dicit, probare debet iam secundum superiores regulas, primo, quia dicit; deinde, quia in eo exceptione vtitur: semper reus in exceptione actor est, quia in exceptione dicit & affirmat, quod necesse sit ad defensionem suam, *l. in except. de probat.* Huc recte referetur *l. siue possidet, supr. de probat.*

*Ad L. 6. Siue.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Demostheni.

*Siue initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, siue nouissime relicta seruari mandauerit: confirmatione munitus, nullam iustam gerere solicitudinem potes. Dat. 3. Idus Decemb. Nicomediæ CC. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Codicilli quomodo testamento confirmentur in præteritum & in futurum.*

Quod codicillis testamento confirmatis relictum est, excepta hereditate, citra controuersiam de-
1 betur. Confirmantur † autem testamento codicilli, aut in futurum aut in præteritum. In futurum, cum quis testamento prius facto, mandat ea seruari, quæ postea codicillis relicturus est. In præteritum, cum prius facto testamento, postea testamentum facit, quo indicat ea, quæ nouissime reliquit, id est, nouissime scripta, siue postrema codicillorum verba, quæ verba sunt huius legis, congruit *l. conficiuntur. in pr. ff. h.* Quid si testamento codicilli nominatim confirmati non sint? Placet nihilominus valere, tanquam ad testamenta pertinentes, siue prius facti sint, siue posterius, *l. 3. §. vltim. l. ab intestato. ff. eodem.* Quid igitur hic opus fuit adiicere de codicillis testamento confirmatis? Respondeo: Apparet de codicillis testamento confirmatis responsum esse hoc rescripto, quia de illis consulebatur. Respondetur autem per amplificationem ad hanc sententiam: Codicilli etiam nominatim in testamento non confirmati per se valent, proinde si testamento confirmati sint, sine caussa dubitabis an illi valeant, & an illis relictum debeatur.

*Ad L. 7. penult. Si idem.*

Imp. Constantinus A. ad Maximum PP.

*Si idem codicilli, quod testamenta possent: cur diuersum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas vna sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. Dat. 3. Iun. Pacatiano & Hilariano Coss. 332.*

SVMMARIVM.

1 *Hereditatem codicillis dari non posse. Ratio ibid.*

Dixi *ad l. 2. §.* hereditatem † codicillis dari non posse, id est, codicillis heredem neque institui neq; 1
substitui posse, vt hic apertius declaratur *in fin.* Quæsitum est, cur id veteres prudentes exceperint, cum ab inuentoribus codicillorum codices admissi sint indistincte & sine vlla exceptione? Huius rei duas rationes redditas legimus, quarum vna est hic, altera est *in l. quod per manus. ff. eod.* Prior hæc est, quia si codicillis licet heredem instituere, codicilli erunt testamentum, siue idem erunt codicilli & testamentum, idem vtriusque scripturæ ius: nam heredis institutio non tantum est caput & fundamentum testamenti, *vt est in §. ante heredis. de legat.* sed & totum testamentum continet atque constituit, *l. 1. §. qui neque. de hered. instit.* At semper obtinuit, codicillos non esse testamentum, & constat ita codicillos esse inuentos, vt tamen diuersi essent a testamento. Id probatur in hoc loco. Probatur autem ex eo, quod diuersa nomina vtrique rei & scripturæ sunt imposita. Ne quis hoc argumentum repudiet, optimum est in iis scriptoribus, qui prudenter & considerate loqui volunt, vt res quaslibet apte exprimant. Nam vt est bene scriptum *in §. est & alius. vers. sed pleniss. de donat.* nomina rebus imposita debent esse rebus conuenientia. id quod obseruatur cum ab omnibus sanis scriptoribus, tum præcipue ab auctoribus & constitutoribus iuris. Quibus positis consequens est, si codicillos volumus esse aliud quam testamentum, in codicillis hereditatem dari non posse.

Altera ratio est itidem ab absurdo. Nam cum quis testamentum fecit, & præterea codicillos, conuenit inter omnes, codicillos testamento cōfirmari, quinimo prima origo codicillorum confirmatorum nata est ex iis codicillis, qui testamento confirmati proponebantur, vt refertur *in Instit. in pr. eod. tit.* Quod si dixerimus codicillis heredem institui posse, eueniet contrario modo, non vt codicilli confirmentur testamento, sed vt testamentum confirmetur codicillis, quod est absurdum. Nam semper tenendum est heredis institutionem confirmare testamentum, quia testamentum ex ea vires capiat. Hæc sententia est Papin. *in d. l. quod per manus. ff. eod.*

*Ad L. vlt. Si quis agere.*

Imp. Theodosius A. Asclepiodoto PP.

*Si quis agere ex testamento quolibet modo siue scripto, siue sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest, vt aditum cuiquam*

*pro suo migrandi desiderio concedamus: vt etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit: qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, vtrum velit eligendi habeat potestatem, sciens se vnius electione alterius sibi ad tum praclusisse, &c.*

SVMMARIA.

1 *Scriptura quando pro testamento valeat, & quando pro codicillis.*
2 *Heres scriptus quando ex scriptura hereditatem consequi possit.*
3 *Heres ex scriptura institutus an hereditatem ex ea petere possit tanquam ex codicillis. Et quid in fideicommisso.*
4 *Persecutionis fideicommissi omissio aduersus quem constituatur, & ob quod factum heredis.*

AGitur hic de ea scriptura, quam defunctus pro testamento instituit, in qua scripsit heredem L. Titium, sed ea scriptura, quæ proponatur non valuisse tanquam testamentum, eiusmodi tamen, quam si defunctus valere vellet, pro codicillis, eatenus valere possit. Instituisse aliquem eam scripturam, de qua quæritur, vt testamentum fieret, aut ex verbis defuncti intelligetur, aut si verba nulla sunt, quibus id probetur, satis id arguitur ex eo, quod in ea scriptura
1 heredem scripsit, *l. illud. §. 1. ff. eod.* Hæc † scriptura pro testamento non valet, si quid ex solemnibus testamenti desit, puta si desit vel vnus testis, aut non omnes sint idonei testes, si desit alicuius subscriptio aut obsignatio, *l. si vnus. sup. de test.* Eadem scriptura pro codicillis valere potest, si proponas in ea testes adhibitos fuisse, iuxta ea, quæ scripta sunt *in h. l. in fin.* De hac scriptura ita ius est: Conuenit inter omnes, heredem scriptum, ex ea scriptura hereditatem petere non posse: non enim potest tanquam ex testamento, quoniam fingimus scripturam pro testamento non valere: non potest petere tanquam ex codicillis, etiamsi quis concesserit, eam scripturam pro codicillis valere posse, quoniam certum est codicillis hereditatem dari non posse, *l. pen. & l. 2. §.* Sed quam-
2 uis † heres scriptus hereditatem ex ea scriptura consequi non possit, vt quasi hereditas confirmetur, tamen ex fideicommisso peti potest, si quis eam scripturam pro codicillis haberi concesserit.
3 Hinc quæritur, an † heres eiusmodi scriptura institutus hereditatem ex ea scriptura possit petere tanquam ex codicillis. Eadem quæstio est, si quis nuncupato testamento institutus sit heres, & testamentum perfectum non sit, an nihilominus pro codicillis valere potuerit, si testator vellet. In qua specie etiam idem ius constituitur h. l. quod constituitur de superiori, videlicet quod de vna specie dixi, id intelligendum sit & de altera. Sic ergo de priori quæstione constituitur hoc loco: Quoties ea scriptura, quæ pro testamento parabatur, iure non perficitur, ita vt pro testamento non valeat, institutus ea scriptura heres, nunquam ex ea hereditatem petere aut consequi vt hereditatem potest. Sed si scriptura pro codicillis valere potuit, si testator vellet, heres institutus fideicommissum potest petere a legitimis heredibus, *vt est in d. l. 2. §. vlt. ff. eod.* Sed ita si duo concurrant, nimirum, si testator nominatim cauerit, se velle vt ea scriptura quouis iure valeret, vel quod idem est, vt ea scriptura etiam pro codicillis valeret, & præterea si scriptus heres prius ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem non petierit.

Ceterũ duobus etiã temporibus fideicõmissi persecutionẽ ex ea scriptura heres non habebit. Nã alias ab initio fideicommissi persecutionem non habet, alias etiamsi habuit, tamen postea facto suo amittit. Fideicommissi persecutionem ex ea scriptura ab initio non habet, nisi testator expresserit, vt ea scriptura etiam pro codicillis valeret. Nam si expresserit, pro codicillis valet, & tanquam ex codicillis iure factum fideicommissum peti potest. Quod si testator hoc non expressit scriptura, quæ pro testamento non valet, nec fideicommissum petet. Hæc sententia vetus est, multis locis in ff. expressa, *l. 1. ff. eod. l. 3. heredi. §. cum filia. vers. cum ita. de vulgar.* & nominatim *in l. ex ea scriptura, qui test. fac. poss.* Eadem sententia confirmatur *in hac. l. vers. illud.* sed ita, vt in hac parte nihil noui iuris constituatur, sed tantum confirmetur. Quod si heres ab initio hoc modo persecutionem fideicommissi habuit, placebat olim eundem etiam petitionem retinere, quamuis hereditatem ex ea scriptura tanquam ex testamento petiisset. At hic nouum ius constituitur hac lege: placet enim eum, qui ex ea scriptura tanquam ex testamento hereditatem petiit, simul fideicommissi persecutionem amittere, vt quamuis fideicommissum petere velit, postea ex codicillis non admittatur fideicommissi persecutio, *quod initio huius l. constituitur vsq. ad vers. sic illud.*

Hoc ne quis ita interpretetur, quasi heres, qui hereditatem petiit, non possit ex codicillis fideicommissum petere, si testator nihil nominatim, se velle vt scriptura pro codicillis valeret, adiecit; Theodosius se hoc ius etiam tunc constituere ait, cum testator nominatim complexus est, vt scriptura pro codicillis valeret, vt intelligamus hoc casu nihil prodesse heredi ad fideicõmissi persecutionem, voluntatem expressam defuncti, non quod voluntas defuncti seruanda non sit, quæ præter ceteras omnes seruanda est: sed quia heres huic voluntati renuntiasse videtur, dum prius hereditatem tanquam ex testamento petiit. Hæc sententia est *vers. in iis. verb. tantum enim abest.* Quid si heres initio dum hereditatem petit, vtramque persecutionem proponat, & dicat, se velle hereditatem petere ex testamento, si tanquam testamentum valeat, sin minus, velle se tanquam ex codicillis fideicommissum consequi? Theodosius adiicit, etiam in hac protestatione heredem non esse audiendum, sed deferri ei potestatem eligendi vtrum petat, & hoc initio petitionis explanare debere, ita vt intelligatur vna via electa, alteram repudiasse. Hæc sententia est illorum verborum, *ita vt siue bonorum possessionem*, & quæ sequuntur.

Sed hic diligenter videndum est, aduersus † quem 4
constituatur hæc amissio persecutionis fideicommissi, & ob quod factum heredis: nam verba constitutionis in hac parte rem non satis explicant. Loquitur Theodosius initio de eo, qui velut ex testamento de hereditate agere voluit. Quid ergo an hoc ipso, quod heres ea scriptura institutus, voluit & constituit apud se de hereditate agere, tanquam ex testamento, an, inquam, ob id amittet fideicommissi persecutionem tanquam ex codicillis? Respondeo: Hoc non sic accipiendum est, sed verba sic interpretanda sunt, si quis agere voluerit, & reuera egerit, ac petierit hereditatem velut ex testamento, vt voluerit cum effe-

ctu, si-

ctu, siue voluerit & voluntatem facto declarauerit. Id declaratur verbis seq. constit. liquido; quæ postea diriguntur ad eum tantum, qui hereditatem petit, seu de ea agit. Hac referenda sunt illa verba: Qui hereditatem petit in ipsis intentionis suę exordiis. Item illa verba, quæ sunt in vers. *Si quis vero*; licebit ei, qui ex voluntate defuncti agens superatus fuerit. Item illa verba: Cum Theodosius vetat heredem postquam agere voluit tanquam ex testamento, vetat migrare ad fideicommissi persecutionem. Quibus verbis vtitur statim *in pr. & in vers. illud. in fin.* Non migrat autem petitione hereditatis ad persecutionem fideicommissi, nisi is, qui prius petitionem hereditatis instituit, vt sic dicatur ab vna petitione ad alteram transire. Ex quibus omnibus locis iam intelligimus, non aliter heredem in specie proposita, neque ob aliud factum fideicommissi persecutionem amittere, quam si hereditatem tanquam ex testamento petierit. Et ideo quamuis prius hereditatem tanquam ex testamento adierit, quamuis etiam bonorum possessionem petierit secundum eas tabulas, atque adeo quamuis petierit, se mitti in bonorum possessionem, si nondum iudicio directo hereditatem petiit, seu quod idem est, nisi petitione hereditatis egerit, tanquam ex eo testamento heres nulla agnitione sua præcedente persecutionem fideicommissi amittit, quo minus cognito errore suo & iure scripturæ recte ex ea scriptura tanquam ex codicillis agat & fideicommissum petat.

Non obstant illa verba: *Ita vt siue bonorum possess.* & quæ seq. Nam in his verbis Theodosius non constituit vt heres, qui bonorum possessionem petit, aut qui se petit in bonorum possessionem mitti, declaret vtrum velit, se admitti tanquam ex testamento, an tanquam ex codicillis. alioqui ita dicendum fuisset, si quis bonorum possessionem postulet, non autem postulauerit. Item, si quis se mitti in bonorum possessionem petat, non autem petierit. Sed hoc constituit, vt heres explanet & declaret propositum intentionis suæ, id est, vtrum velit tanquam hereditatem petere, an tanquam fideicommissum, inter exordia huius iuris, nempe huius petitionis hereditatis, de qua institutus est sermo. Nam petitio & omnis actio ius est persequendi, *tit. de act. in pr.* Et hoc declarat heres & declarare potest, quamuis ante vel hereditatem adierit, vel bonorum possessionem petierit, vel petierit se mitti in possessionem, ita vt hæc omnia præcedentia non obstent heredi, postea petenti hereditatem, quo minus declarare possit, vtra persecutione vti velit. Iterum hæc sententia manebit, eum heredem, qui ex proposita scriptura hereditatem petiit tanquam ex testamento, hac sola petitione fideicommissi persecutionem amittere, quam instituere postea velit ex eadem scriptura codicillorum.

Hoc loco excipiuntur *in hac eadem lege* parentes defuncti, vsque ad quartum gradum, & cognati defuncti vsque ad tertium gradum, qui si supra dicta scriptura heredes instituti sunt, & hereditatem ex ea tanquam ex iusto testamento petierint, possunt nihilominus postea migrare ad petitionem fideicommissi ex eadem scriptura, si pro codicillis valere potuit, & testator vt valeret expressit. Et hoc *in §. si quis vero.* Sed videtur hæc constitutio non tantum esse contra manifestam regulam iuris, sed etiam pugnare aduersus manifestam æquitatem. Nam primo constat, si quis rem aliquam petierit, non prohiberi alio iudicio aliam rem petere, etiamsi priore iudicio victus sit, aduersus easdem personas, *l. cum quæritur. l. cum de eo. l. an eadem. ff. de except. rei iudic.* Et certe iniquissimum esset, quod in vna re factum esset, in altera nocere, *l. si vnus. §. facta. vers. ante omnia. de pact.* At in specie proposita duæ res videntur esse, de quibus diuersis iudiciis agatur; hereditas, quæ prius petita est, & fideicommissum, quod nunc, tanquam ex codicillis petitur, vt proinde non videatur quod de hereditate prius actum in fideicommissi persecutione nocere debere.

Præterea etiamsi eadem res ab ipso petatur, tamen & illud certi iuris est, eum qui rem ex aliqua caussa petit, quamuis eo iudicio victus sit, eandem rem ex alia caussa petere, *l. an eadem. §. actiones. de except. rei iud.* At rursum in hac specie duæ caussæ sunt, ex quibus hereditas petitur. Nam prius petitur tanquam ex testamento, deinde, tanquam ex codicillorum & fideicommissi iure. Nec obstat, quod hæ caussæ contrariæ sunt, scilicet dicere, eandem scripturam testamentum esse, & esse codicillos. Nam etiam illud certo admissum, eum qui ex aliqua caussa egerit de aliqua re, non prohiberi de eadem re agere ex alia caussa, quantumuis priori contraria & repugnante, vtputa, petiit quis hereditatem tanquam heres ex testamento, & victus est, quoniam pronuntiatum est testamentum non iustum esse, non prohibetur tamen idem eandem hereditatem petere ab ipso possessore, ex caussa intestati, *l. in plurium. l. illud. de acquirend. hereditat.* Item, debitor creditori suo legauit decem, quæ ei mutuo dedit: in hac specie si pecunia ex mutuo debetur, nullum fideicommissum est, & vice versa si fideicommissum est, non est mutuum, quoniam quod vere debetur, inutiliter legatur creditori, *§. ex contrario. Institut. de legat.* Ita fit, vt si creditor dicat sibi eam pecuniã ex mutuo deberi, & ex ea caussa petat, simul vi ipsa dicat, sibi fideicommissum non deberi: & tamen placet, si in hac specie creditor decem ex caussa mutui petierit, & pronuntiatum sit non deberi, quod possit idem eandem pecuniam petere ex caussa fideicommissi, quamuis videatur prius de fideicommisso negasse, *l. Aurelius. §. vltim. de liber. legat.* Ergo in specie proposita consequens esse videtur, vt qui hereditatem petit tanquam ex testamento, si pronuntiatum sit, testamentum imperfectum esse, non prohibeatur hereditatem petere tanquam fideicommissi iure: æquissima vt videtur ratione; quoniam cum prius pronuntiatum esset, scripturam non esse testamentum, simul etiam effectum est, scripturam esse codicillos, quia alterutrum sit necesse est.

Respondeo: Nihil verius est & nihil æquius, quam horum vtrumque. I. Eum qui rem aliquam petiit, & victus est, non prohiberi aliam rem petere. Deinde, eum etiam, qui rem aliquam ex aliqua caussa petiit, & victus est, non prohiberi eandẽ rẽ ex alia caussa petere, quamuis contraria, quoniam priore caussa remota posterior constituitur, vt fit in rebus contrariis. Sed aduersus has regulas iuris & æquitatis nihil peccatur hac distinctione. Nam quod ad rem petitam attinet, vna res petitur non duæ. Petitur enim vtrobique & ex testamento & codicillis hereditas, & vna eademque hereditas defuncti. Nec ad rem pertinet, quod priore iudicio dicitur peti hereditas, posteriori dicitur peti fideicommissum. Nam his verbis

nihil aliud significatur, quam priore iudicio, peti hereditatem directissime, tanquam hereditatem: posteriore autem eandem hereditatem peti iure fideicommissi, & peti non tanquam recta a testatore, sed tanquam ab heredibus restituēdam. Interim vna eademque vtrobique est hereditas defuncti. Quod attinet ad caussas agendi, etiam hic vna caussa est, ex qua hereditas & fideicommissum petitur. Quod vero prius petitur hereditas tanquam ex testamento, deinde petitur fideicommissum tanquam ex codicillis, non sunt hic duæ caussæ petendi, testamentum & codicilli, sed vna est vtrobique scriptura siue vna testatio defuncti, quæ modo ab herede dicitur testamentum, modo codicilli. Hoc qui dicit de vna scriptura, is de altera affirmare, de altera negare videtur, atque eo modo seipsum excludere, quoniam natura non potest eadem scriptura, & codicillus esse & testamentum, *l. pen. sup. h.*

Sed ex hac re incidit rursus constitutio in difficultatem. Nam si is qui scripturam testamentum esse dicit, intelligitur negare, eam scripturam esse codicillum, cur hac constitutione admittuntur parentes & cognati, ad fideicommissi persecutionem, si prius hereditatem tanquam ex testamento petierint, cum in quibus caussis eadem ratio est, in iis idem ius statui debeat, *l. illud. ff. ad l. Aquil.*

Respondeo: Ratio differentiæ proposita est *in § si quis vero.* Ex qua colligitur hæc responsio ad obiectionem. Extranei heredes cum ex eadem scriptura petunt fideicommissum tanquam ex codicillis, non petunt, nisi iure huius scripturæ, a quo iure prius sua confessione & intentione exclusi sunt. At parentes & cognati cum ex eadem scriptura tanquam ex codicillis fideicommissum petunt, ii ex alia caussa petere videntur, quam ex scriptura, quoniam petunt hereditatem tanquam ab intestato, etiam sine codicillis debitam. Supra autem dictum, non prohiberi quenquam ex duabus caussis eandem rem petere. Non enim iniquum in hac constitutione, quod extraneus ab initio institutus petitionem cogitur eligere, vtrum tanquam hereditatem petat ex testamento, an tanquam fideicommissum ex codicillis. Toties enim plures actiones ab eodem actore aduersus eum admittuntur, sub disiunctione, quoties facto rei accidit, vt incertus sit actor, qua actione experiri debeat, & tunc certum est illi vnam aliquam competere. Exemplum est *in l. 1. §. quia autem. quor. leg.* At in proposito incertitudo actionis ex facto & culpa heredis nascitur. Est enim in eius potestate dispicere testamenti tabulas, & videre num testamentum perfectum sit, nec ne?

Quid ergo si testamentum proferatur, quod prima facie sine vllo vitio appareat, & in hoc errore heres hereditatem petierit, tanquam ex iusto testamento, deinde in iudicio emerserit aliquod vitium latens, vt quia probatum sit, testes non esse eius conditionis, cuius esse debeant, quæ tamen conditio ignorabatur ab herede, an hoc casu dicemus prohiberi heredem errore cognito ad fideicommissi persecutionem transire, tanquam ex codicillis. Respondeo: Puto hoc casu huic constitutioni locum non esse, & admittendum esse heredem ad fideicommissi persecutionem, quoniam iustus error facti excusatione dignus est, cum fallat factum etiam prudentissimos, *l. 2. de iuris & facti ignorantia.* Deinde quia quæ postea emergunt, auxilio indigent. Et probatur hæc sententia aperte *in l. de ceter. §. ex caussa. de intent. in iud. fac.*

Non obstat, quod in hac constitutione generaliter & indistincte sine exceptione prohibetur heres petita hereditate migrare ad fideicommissi persecutionem. Nam sequentia verba ostendunt, de quo herede Imperator sentiat: datur enim sequentibus verbis heredi potestas eligendi vtrum velit. Et præterea dicitur heredem vnius iuris electione alterum repudiasse videri. Hæc tantum cadunt in eum heredem, qui scire potuit, scripturam non valere tanquam testamentum. Nam si omnia concurrebant, vt existimaretur testamentum iustum esse, non potuit heres eligere scripturam pro codicillis, vbi potestas eligendi codicillos ei non deferretur. Sed nec potest dici electo testamento repudiari ius codicillorum, vbi ius codicillorum sibi competere ignorauit. Quorum vtrumque probatur *in leg. mater. versicul. ceter. de inofficios. testament.* Vnde relinquitur, constitutionem hanc tantum ad istos heredes pertinere, qui potuerunt de scriptura cognoscere qualis esset, perfecta an imperfecta, vt in heredibus culpa hic puniatur, non iustus error.

*Ad §. vltimum.*

*In omni autem vltima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in vno eodemque tempore debent adhiberi: siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. Dat. 15. Cal. Mart. Constantinop. Victore V. C. Coss. 424.*

SVMMARIA.

1 *An extra testamentum plures sint species supremæ voluntatis: & earum nomen quod.*
2 *Codicillis nominatim testamento confirmatis, an in iis ea, quæ hic præcipiuntur, obseruanda sint: & quid si confirmati non sint. ibid.*
3 *Codicillis quæ sint cum testamento communia: & in quibus a testamento discrepent.*

Sententia est non obscura, etiam extra testamentum omnem supremam voluntatem valere, dummodo adhibitis iis obseruationibus, quæ hic præscribuntur. Ait constitutio *omnem voluntatem*, quibus verbis † significatur extra testamentum plures esse 1 species supremæ voluntatis. Quæritur ergo quę sint? Id declaratur in hoc loco, cum dicitur, *voluntatem valere supremam, siue scriptis, siue sine scriptis conficiatur.* Vnde rursum intelligitur non tantum in testamento nuncupato valere, *§. vlt. Instit. de test. ordin. l. hac consultiss. §. per nuncupat. 3. de testam.* Sed etiam extra testamentum, quicquid defunctus de sua voluntate testatus sit, etiam sine scripto, sed id ratum esse iis obseruatis, quæ hic traduntur. Quomodo igitur supremam voluntatem, quæ sine scripto conficitur extra testamentum, & quo nomine appellabimus? Initio huius tituli dictum, proprie codicillos dici non posse, sed tamen obtinuit vsu posteriorum Imperatorum, vt & hæc voluntas codicillus diceretur, *l. vlt. 3. de bon. libert. l. generali. 3. de sacros. eccles.*

Constituit Theodosius eiusmodi omnē scripturā valere, sed hac conditione si ea obseruata sint, quæ hic præscribūtur. Quid † si codicilli sint nominatim 2 testamēto confirmati, an in his quoq; quæ hic præcipiuntur adhiberi oportebit? Minime, quoniam quæ his

his codicillis relinquuntur, non tam codicillis relinqui intelliguntur, quam testamento, *l. assessores. de heredibus instit. l. institutio, de condit. instit.* Non obstat, quod hic in vltima voluntate exiguntur quinque testes, & quæ sequuntur. Nam adiicitur *in omni voluntate, excepto testamento.* Iam autem dictum, codicillis testamento confirmatis relicta, videri relicta testamento, non codicillis. Et ideo ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficiet etiam secundum hanc constitutionem.

Quid si testamento nominatim codicilli confirmati non sint, & tamen defunctus vna cum codicillis testamentum fecerit, vel ante vel post codicillos, an in his idem dicendum? Mouet dubitationem, quod huiusmodi omnes codicilli, etiamsi testamento confirmati non sint, tamen dicuntur ad testamentum pertinere, & testamenti ius sequi, *l. 3. §. vlt. l. ab intestato. de iure codicil.* Respondeo: In iis non idem iuris esse, quod in codicillis nominatim testamento confirmatis, sed ita hoc valere, si ea obseruata sint, de quibus hic. Mouet me *l. heredes. §. 1. ff. qui testam. facer. poss.* vbi traditur: *Si testamento facto testator aliquid mutauerit aut acquirere velit, omnia ex integro esse facienda.* Vnde intelligimus, quæcunque postea codicillis fient, etiamsi dixerimus, illis codicillis mutari testamentum aut testamentum adiici, tamen omnia ex integro facienda, vt ex testamento valeant. Superest igitur, vt si valere volumus tanquam ex codicillis, ea obseruari debeant, quæ hic præscribuntur. Non obstat, quod dicitur hos codicillos ad testamentum pertinere: nam vt ad testamentum pertineant, prius codicillos esse oportet. Non erunt autem codicilli nisi iure facti & ex prescriptione huius constitutionis.

In his quæ hic obseruari iubentur notandum est, 5 quatuor † esse, quæ sunt cum testamentis communia, tria esse, in quibus codicilli a testamentis discrepant, cum de solemnibus adhibendis agitur. I. Igitur hic exiguntur testes, vt in testamento. II. loco desideratur, vt testes adhibeantur ad codicillos, quo verbo significatur non esse idoneos testes in codicillis, nisi qui admoniti prius fuerint, se ad codicillos adhiberi, *l. heredes. §. in testamentis, qui testament. facer. poss.* Vnde intelligimus etiam, hic quoque testes rogatos adhiberi debere, *vt declaratur in dicto §. in testamentis.* Non obstat, quod hic dicitur, testes recte adhiberi, siue rogati sint, siue fortuito aduenerint: nam non est necesse testes rogare vt veniant, etiam qui fortuito interuenerunt rogari possunt: sed interim cum interfuerint moneri debent se adhiberi ad codicillos, quod nihil aliud est, quam eos rogare, vt testimonium præbeant. Hoc igitur & cum testamentis commune est. III. desideratur, vt coram iis negotium conficiatur, vno eodemque tempore, id est, vno contextu actionis. Hoc quoque cum testamentis est commune, *l. hac consultissima. supr. de testam. l. heredes. §. vltim. qui testamentum facere poss.* Postremo in codicillis scriptis iubentur adhiberi testium subnotationes. Subnotare est subscribere, *l. pen. ff. qui testam. fac. poss.* Et hoc quoque cum testamentis est commune.

Sed tria discrepant: numerus testium, & conditio, & signa. In testamentis numerus testium est septem, *§. sed cum paulatim. Instit. de testam. ordin. d. l. hac consultissima.* Conditio testium in codicillis hæc est, vt quicunque non prohibentur in aliis caussis dicere, hi nec prohibeantur in aliis caussis testes esse, & prohibetur mulier in testamento esse testis, in codicillis non prohibetur, proinde recte testis adhibebitur ex d. reg. *l. 1. de testam.* Sed & hoc ipsum nominatim expressum est de muliere, *l. qui testamento. §. mulier. qui testament. facer. poss.* Postremo signa testium desiderantur in testamentis: at in codicillis non desiderantur.

## AD TITVLVM XXXVII. COD.
### De Legatis.

SVMMARIA.

1 *Legare vnde dictum & legare quid.*
2 *Legandi appellatio & generalis & specialis est.*
3 *Legare in genere quid sit.*
4 *Legare in specie quid.*
5 *Legatum est donatio testamento relicta.*
6 *Donare est aliquid in aliquem conferre gratis.*
7 *Legatum quid differat a contractibus, donationibus non gratuitis, hereditate, fideicommisso, libertate, tutela, relictis testamento, donationibus, &c.*
8 *Legatum an possit codicillis, vt testamento, relinqui.*
9 *Legati diuersæ definitiones, & earum examen & enodatio. & nu. 10.*

NOn solum hereditas seu vniuersitas & successio nobis acquiri potest testamento & codicillis, sed etiam acquiri possunt res singulæ, quæ testamento aut codicillis legantur aut fideicommittuntur, vnde ea dicuntur legata aut fideicommissa, de quibus deinceps agitur, vt sciamus quid sint, & quid in ipsis relinquere cuique defuncto liceat, & quatenus valeant seu quem effectum habeant. Ac prius de Legatis. Legare † *auctore Varron. lib. 4. de legib.* dictum 1 est a legendo, seu a delectu, vt sit cum delectu amandare a nobis, quod apud alios vice nostra fungatur, idque vt vsus loquendi docet, & idem Varro testis est *lib. 5.* Refertur & ad personas & ad res. Nã & personæ dicuntur legari & res legari. Cum ad personas refertur, legare est dimittere a nobis pro imperio aliquem, qui apud alios vice nostra vtatur, vnde Legati dicti sunt. Cum ad res refertur, legare est aliquid testamento relinquere, quæ significatio non multum a priore distat, certe ambæ eadem ratione coniunguntur. Nam quicquid testator constituit de re sua, id sublato testatore eiusmodi est, vt defuncti vicem obtineat apud eum, apud quem constituitur.

Legandi † appellatio & generalis & specialis est. 2
Generaliter † legare est aliquid testamento de re sua 3
constituere & relinquere, quomodo accepta est l. 12. tabul. in illis verbis, *vti quisque legassit,* id est, vti de re sua constituerit pro imperio & iussu. Vnde verbis iis legis, quatuor hæc confirmari intellectum est: heredum institutiones, legatorum & libertatum donationes, item tutorum constitutiones, *vt est in l. verbis legis. de verb. sig.*

Generalis autem hæc significatio verbi intellecta est ex adiuncto, nempe ex verbo *vti,* quod significat, *quodcunque* seu *prout,* vt sit sensus: *vti quisque legauerit,* id est, quodcunque erit aut quodcunque decreuerit de re sua, ita ius esto. Specialiter † legare est ali- 4
quid testamento donare, qua significatione semper *Legati* verbum vsurpatur, nisi ex adiuncto intelligitur sententia scribentis, quasi de omni alia re, de qua constituerit testator, loquatur & sentiat is, qui scribit. Hæc de verbo.

Res definitur multis locis. Definitio hæc tradi-
5 tur *in l. legatum 36. de legat. 2.* Legatum † est donatio,
6 testamento relicta. Est autem † donare aliquid in aliquem conferre gratis. Id ergo legatum est, vti nunc
7 de legato loquimur. Hoc verbo † separantur a legato contractus: sunt enim contractus conuentiones, non dationes. Huc pertinet *l. verba contraxerunt, de verb. sig.* Distinguűtur item donationes omnes non gratuitæ. Præterea eodem verbo separantur omnia alia, quæ testamento relinquuntur ordinanturve, vt hereditas, fideicommissum, libertas, tutorum datio. Nam hæc omnia testamento relinquuntur, & in his datur aliquid, sed non sunt donationes. Hereditas non est donatio: nam sæpe in hereditate nihil est præter æs alienum, & tamen non eo minus hereditas est, *l. hereditas, de heredit. pet. l. hereditatis. de verb. sign.* Et quamuis hereditate adita heres nanciscatur dominium rerum omnium hereditariarum, *l. cum hereditas, de acquir. poss.* Tamen hoc fit per consequentiam successionis: nam principalis successio acquiritur heredi, successionem sequuntur commoda & incommoda, *l. 1. 2. & 3. de bon. poss.*

Eadem nota distinguuntur & fideicommissa a legatis, non tantum verbis: nam in fideicommisso testator nihil donat, vt initium fuit fideicommissorum. Est enim fideicommissum, cum quis fidei heredis aut alterius committit, vt aliquid det, præstet Lucio Titio. Quod cum fit, neque testator ipse quicquam confert, neque eum, quem rogat, obstringit, vt det, vt olim ius erat de fideicommissis: poterat enim is, qui rogatus erat dare, si vellet; si nollet, nulla erat necessitas præstandi, *vti declaratur Instit. de fideicom. hered.*

Libertas quoque hac nota distinguitur a legatis. Nam reuera libertas nulla res est, vt dici possit eam dari. Certe non est res, quæ æstimationem recipiat, *l. libertas de reg. iur.* Præterea in donatione nihil inuito acquiritur: at vnusquisque seruorum inuitus libertatem accipit, *l. vl. §. si vero quidam. infr. de test. manumiss.* Tutorum dationem, donationem non esse certum est, proinde hoc verbo intelligimus legata non esse.

Adiicitur, *testamento relicta.* Hæc verba adiiciuntur duarum rerum significandarum caussa. Primo vt
8 intelligatur, † vt olim ius fuit, legatum nisi testamento relinqui non posse, non vero posse codicillis, *§. præterea. Institut. de fideicommiss. heredit.* Quod tamen ius hodie sublatum est, de quo dicetur postea in comparatione legatorum & fideicommissorum *sub titul. de fideicommiss.* Deinde vt intelligatur ita legatum donationem esse, vt tamen is, qui donat, non velit donatum, nisi post mortem suam fieri velit, *l. 1. qui testament. facer. poss.* Hac nota discernitur legatum a ceteris donationibus non testamentariis, quales sunt donationes inter viuos & caussa mortis. Nam in his omnibus præsens præsenti iam nunc donat. De donationibus inter viuos nulla dubitatio est, *l. 1. de donation.* Sed & idem ius est in donationibus caussa mortis, vt expressum est *in l. inter. de donation. caussa mortis.* Idque satis demonstratur eo, quod dicuntur donationes caussa mortis ex præsentia reuocari & condici: quæ donata sunt, non condicuntur, nisi iam ante tradita, *l. 1. l. senatus. §. donat. de mortis caussa donation.* In legato nihil tale est, nihil defunctus præsens præsenti legatario dat, sed post mortem dari vult.

Hæc definitio recta est † etsi non additur ab herede præstanda, *vt fit in §. legatum. Institut. de legat.* non 9
quod legatum non sit donatio ab herede præstanda, vt mox dicetur, sed quia in definitione solum explicatur, quid sit legatum. Quomodo autem fiat, vt iure valeat, ad definitionem non pertinet necessario, sed in præceptis iuris, de relinquendo legato, postea traditur.

Alia definitio exstat *in dicto §. legatum. Institut. de legat.* aliis verbis concepta, sed idem exprimentibus: *Legatum*, inquit Iustinianus, *est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda.* His verbis *relicta a defuncto*, declaratur illud, quod supra dixi, legatum ita donationem esse, vt tamen defunctus nolit quicquam donatum nisi post mortem suam. Id *defuncti* verbum significat, id significat etiam verbum *relinquendi*, quod solum ad ea pertinet, quæ post mortem nostram relinquimus, *l. 1. §. vltim. de tabul. exhib.* Non dicit, *testamento relicta*, quoniam, vt dixi, satis est definire, quid sit legatum, etiamsi non adiiciatur, vbi legatum relinqui possit. Adiicitur *ab herede præstanda.* Quę verba quidam ascititia putant, & non satis legato conuenire, argumento prioris definitionis moti, in quo hæc verba prætermissa sunt: sed non recte iudicant, qui hæc verba repudianda existimant. Nam si repudiantur vt falsa, pessime repudiantur. Vt enim legatum olim non potuit relinqui nisi testamento, ita non potuit relinqui nisi ab herede: a legatario legari non potuit, *Institut. de singul. reb. per fideicom. relict.*

Vt igitur in priori definitione recte additur *testamento*, quia non potuit legatum relinqui, nisi testamento; ita in posteriore additur, ab herede præstanda, quoniam non potuit legatum relinqui nisi ab herede, & quoniam etiam simpliciter legatum relictum, ab herede præstandum fuit, vt perueniret ad legatarium. Nam certi iuris est, legatarios non posse legata sua auctoritate occupare, sed voluntate heredis debere præstari. Quod si sua auctoritate occupauerint, cőstitutum est heredi interdictum, de legatis ita occupatis, reuocandis, *l. 1. quod legat.* vt nihil sit verius, quam legatum ita relinqui debuisse, vt prętaretur ab herede, & relictum debere prętari ab herede.

Quod † si superiora verba repudiantur tanquam 10
superuacanea, necesse est vt eadem ratione reiiciamus definitionem Florentini *in l. legatum. l. 16. de leg. 1.* Cuius definitio idem plane expressit quod Iustiniani continetur. Definitio hæc est: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Significat donationem esse legatum, cum ait, *esse id quod testator collatum velit.* Significat a defuncto relictum esse, cum ait, esse delibationem hereditatis, id est, id quod delibatur, & deciditur ab hereditate. Nam hereditas viuentis non est, sed defuncti, *l. 1. de heredit. vel act. l. hereditas. de regulis iur. l. nihil aliud est. de verborum signific.* Significat ab herede esse præstandű, cum ait, *esse delibationem hereditatis ex eo quod vniuersum foret.* Non deciditur quicquam ab eo quod vniuersum heredis foret, nisi quod ab herede deciditur, & præstatur. Ergo quod relinquitur a legatario vel fideicommissario, id non deciditur ab eo quod heredis foret, sed ab eo, quod foret legatarii aut fideicommissarii.

Non obstat, quod defunctus adhuc viuens legatű testamēto relictum præstare potest, *l. Lucius. de leg. 2.*

Nam

Nam in definitione Iustiniani non dicitur, legatum esse donationem, quæ præstabitur ab herede, sed esse donationem ita relictam, vt præstanda sit, quia ab initio hoc animo relictum sit, vt ab herede præstetur, quod multis tamen modis contingere potest, vt ne præstetur, vel quia testator legatum adimat, vel quia res legata perierit, vel quia decesserit legatarius viuo testatore, vel quia conditio defecerit, sub qua legatum erat: neque eo minus verum est, legatum ab initio fuisse & constitisse. Nam in initio legati animum spectamus relinquentis, non euentum legati. Non obstat etiam, quod legata testamento relicta, statim fiant legatarii sine opera & traditione heredis, postquam testator mortuus est, *l. a Titio ff. de furt.* Nam etsi reuera dominium ad legatarium transit, nihilominus tamen res ab herede legatario præstanda est, alioqui reuocabitur legatum interdicto, quod bonor. *vt supra dictum.* Nihil igitur verius, quam legatum esse donationem a defuncto relictam, ab herede præstandam.

Sed cum definitio carere potuerit his verbis, an non hæc verba superuacanea addita videri possunt? Respondeo: Si necessitatem spectamus, non fuit necesse addere ad definitionem: nam & sine his intelligitur, quid sit legatum, etiamsi non intelligitur, vbi aut a quo præstandum sit. Sed si spectemus commoditatem explicationis, commode hæc verba adiecta sunt, vt intelligeremus non posse relinqui legatum, nisi ab herede, vt olim ius fuit. Et præterea vt intelligeremus, in qua parte discernerentur legata a fideicommissis. Nam fideicommissa ab herede relinqui potuerunt, sed non fuit necesse, nam & possunt relinqui a legatario & fideicommissario. Quid legatum differat a fideicommisso infra dicetur, vbi de natura fideicommissorum tractabitur.

*Ad L. 1. Quamuis.*

Imperator Antoninus Pius A. Libertis Sextiliæ.

*Quamuis verbis his, quoad cum Claudio Iusto morati essetis, alimenta vobis & vestiarium legatum sit: tamen hanc fuisse defuncti cogitationem interpretor, vt & post mortem Iusti Claudii eadem vobis præstari voluerit. Sine die & consule.*

SVMMARIA.

1 *Species huius legis prima.*
2 *Conditio quibus casibus pro impleta habeatur.*
3 *Mortuo Iusto, cum quo legatarii morari debebant ex conditione, exstiterit ne conditio, aut an pro impleta habenda sit.*
4 *Stychus liber esse iussus, sub conditione si heredi anno vno seruierit, an si ægrotus seruire nequierit, nihilominus liber futurus sit.*
5 *Seruire qui intelligantur.*

1 Alimenta † liberis relicta sunt hac conditione, *si cum Iusto Claudio morati essent*, non dubitatur, quin alimenta liberis præstanda sint, siue morati sint cum Iusto, siue per Iustum steterit, quo minus morarentur. Nam priore casu conditio impleta est: posteriore non est impleta, sed perinde habetur, quasi impleta esset, quoniam per eum stetit, quo minus impleretur, in cuius persona implenda fuit. Sed mortuo Iusto quæritur, an eadem alimenta liberis præstanda sint? Non abs re quæritur: nam secundum verba & regulam iuris, de conditionibus, quæ pro impletis habentur, alimenta non debentur. Obseruandum est enim alimenta esse relicta, sub conditione, & eam conditionem in proposito non videri exstitisse: non enim potuerunt liberi morari cum Iusto, vbi Iustus mortuus esset. Itaque hoc relinqui videtur, vt conditio non impleta tamen pro impleta habeatur, quod regulæ iuris non ferunt. Nam † conditio pro impleta habetur duobus tantum casibus. I. Si stet per eum, cuius interest conditionem non impleri, id est, per heredem aut eum, qui legatum præstaturus est, *l. iure. de reg. iur.* Alter casus est si per eum stet, in cuius persona conditio impleri debuit, vt si legatum relictum sit Titio, si decem Sempronio daret, si Sempronius arrogaret, & Titius interpellatus recusabit accipere, aut se adrogandum dare, legatum debebitur, quasi impleta conditione. *l. 3. l. si quis testamento. de condit. instit. d. l. 5. quando dies leg. ced.* 2

At si per eum, in cuius persona conditio implenda est, non fiat, quo minus conditio impleatur, conditio deficit, nec legatum debebitur, veluti si is, in cuius persona conditio implenda fuit, vt in proposito Iustus, decesserat. Exempli caussa: Legata sunt Titiæ decem, si Sempronio nupserit, aut instituta est heres eadem conditione: Sempronio mortuo, Titia conditione defuncta est, nec quicquam ei debetur, *l. cum ita datur, 94. de condit. & demon. l. legatũ, de condit. insert. l. 1. sup. de institut. & substitut.* & tamen in specie proposita, vbi alimenta legata sunt, hæc conditio, *si legatarii morati sint cum Iusto Claudio, filio, matre testatoris & similibus*, placet quamuis mortuo Claudio, item filio & matre, nihilominus alimenta deberi, quamuis verum sit, legatarios cum mortuo morari non posse, vt sic videatur deberi legata quamuis deficiente conditione, *l. annua, de annuis legat. l. illis. de cond. & demonstr.*

Vulgo existimant id fieri in hac specie singulari fauore legatariorum & alimentorum. Non recte: nam siue alimenta, siue quid aliud relinquatur sub conditione, spectari non debet quid relinquatur, aut cui, sed an conditio exstiterit. Quod enim sub conditione relinquitur, non debetur, nisi aut conditio exstiterit, aut habeatur pro impleta. Ita in proposito hoc solum quærendum est, an † mortuo Iusto, cum quo legatarii morari debebant ex conditione, exstiterit ne conditio, aut an pro impleta habenda sit? Et frustra effectum est pro impleta haberi non debere. Dicendum est enim in omnibus iis conditionibus, quæ ex facto legatarii & alterius communiter pendent, mortuo eo, in cuius persona impleri debuit conditio, si per eum non steterit, quo minus impleretur, conditionem defecisse, nec legatum sub ea conditione relictum, deberi *d. l. 1. §. de inst. & subst. l. legatum. §. de condit. insert. l. in testamento 3. de condit. & demon.* Nec refert vtrum res aliæ legatæ sint, an alimenta, *l. Seio. ff. de an. leg.* sed propriã & singularem rationem esse huius conditionis, si legatarii morati sint cum filio, matre, Iusto Claudio, vt mortuis iis, cum quibus legatarii morari debent, conditio exsistat, dummodo per legatarios non steterit, quo minus cum viuis morarentur. 3

Ratio sequitur *in d. l. illis. de cond. & demonstr.* quippe in hoc genere conditionum testator secundum verba exigit a legatariis, vt morentur cum iis aut illis; re autem vera & secundum sententiam exigit tantum a legatariis obsequium commorandi. Vult

enim eos commorari cum Iulio Claudio & similibus, vt illi obsequium & obseruantiam eo facto exhibeant. Obsequium autem non est in facto commorandi, sed in propensione voluntatis, id est, obsequium ex hac conditione præstitit, qui cupiens morari, aliquo casu impeditur, quo minus moretur, quod rursum innuit Paulus in ratione data *in d. l. illis.* Qua ratione efficit mortuo Iusto, aut iis, cum quibus liberi morari debuerunt, conditionem non videri defecisse. Id euidentius significat explicatio *l. 4. §. Stychus*
4 *si hered. de statu liber.* vbi Stychus † iubetur esse liber, si heredi anno vno seruierit, & placet quamuis ægrotus per totum annum seruire non potuerit, nihilominus liberum futurum hac conditione nominatim adiecta, quia seruitium hic exigitur in seruo. Seruire
5 autem † etiam illi nobis intelliguntur, qui cupientes seruire, per valetudinem impediuntur. Quo significatur seruitium & obsequium omne esse in eo, vt cupiant seruire & obsequi, etiamsi casu impediantur. Quod & iuris est alimentis legatis sub hac conditione, *si liberi cum Iusto Claudio, &c. morati sint.* Sed idem iuris esse placuit non aliter ita relictum quoad liberi cum Iusto Claudio morati sint. Quod hic rescriptum est & refertur planius rescriptum *in l. Caio. §. 1. de alimen. & cib. leg.*

Potuit tamen hoc in hac specie posteriore secus videri, quasi hoc verbo, *quoad*, tempus præstitutum sit, ad quod vsque deberentur alimenta, vt consequens sit, post id tempus non deberi. Sed hoc non est ita: nam iis verbis, *quoad liberi morati sint*, significatur tempus, non quoad vsque morentur, sed per quod morentur. Perinde est enim, quasi dictum esset, *liberis alimenta volo præstari, quamdiu, seu per omne id tempus, cum morati fuerint cum Iusto Claudio, &c.* Nihil interest inter has conceptiones, cum morati fuerint, & si morati fuerint. Priori conceptione exprimitur tempus, sed per tempus incertum significatur conditio. Non enim erit tempus cum liberi morentur, nisi si morentur. Posteriori conceptione exprimitur conditio, sed per conditionem exprimitur tempus, non enim exsistet, vt liberi morentur, nisi per aliquod tempus, quo morabuntur. Traditur hoc *in l. si Titia. ff. quando dies leg. ced. l. quodcunque. §. pen. de verbor. oblig.* Et hoc est, quod dicitur diem incertum in testamentis conditionem facere. *l. dies. ff. de condit. & demonstr.*

*Ad L. 2. Quamuis.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA.
Sabiniano.

*Quamuis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata & fideicommissa ab eo peti possunt: & quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emtore vel fideiussoribus eius petere poterit. PP. X. Kal. Sept. Laterano & Rufino Coss. 198.*

SVMMARIVM.

1 *Heres, an vendita hereditate nihilominus legatariis teneatur.*

QVæcunque legata testamento aut codicillis relinquuntur, etiamsi non relinquantur nominatim ab herede vel scripto, vel legitimo, dummodo non relinquantur nominatim a legatario, aut fideicommissario, omnia ad onus hereditatis pertinent, & ab eo præstanda sunt. quod declaratur hic, cum dicitur, legatum esse ab herede præstandum, *§. legat. Instit. eod.* Item esse delibationem hereditatis ex eo, quod per vniuersum heredis foret, *l. legatū. de legat. 1.* Hanc obligationem suscipit in se heres, cum hereditatem adit. Nam hoc facto intelligitur primo suscipere personam defuncti, deinde se obstringere in hoc, vt pareat voluntati defuncti, vnde hereditatem adeundo dicitur contrahere cum legatariis & creditoribus hereditariis, *§. heres quoque. de obligat. quæ ex quasi contract. l. 3. in fin. quibus ex caussis in possession. eat.* Hac obligatione suscepta non potest heres vllo suo facto se ea obligatione eximere, *l. si seruum. §. nunc videmus. de verborum obligation.* Quippe deteriorem conditionem alterius facere non potest, repugnante regula iuris & natura, *l. soluendo. de negotiis gestis.*

Quod si ita est, consequens est, † quod hic dicitur 1
heredem, quamuis hereditatem vendiderit, nihilominus adhuc legatariis teneri, neque enim potuit se sua venditione ea obligatione, qua tenebatur, liberare. Sane omne lucrum & damnum hereditatis ad emtorem respicere debet, *vt est in l. 2. §. sicuti. de hered. vel act. vend.* Sed hoc ita est, vt debeat ad eum respicere secundum conuentionem: hactenus tamen dum conuentio aliis non noceat. Ergo si heres vendidit hereditatem, conuenitur a legatariis, iis reddere cogitur & legata iis præstare, sed iis præstitis regressum habet ex vendito, aduersus emtorem hereditatis, vt hic dicitur, & plenius explicatur *in l. 2. supr. de hered. vel action. vend.*

*Ad L. 3. Qui post.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA.
Victorino.

*Qui post testamentum factum prædia, quæ legauit, pignori vel hypothecæ dedit, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur. Et ideo etiam si in personam actio electa est: recte placuit ab herede prædia liberari. PP. 6. Kalend. Maii, Gentiano & Basso Consulib. 212.*

SVMMARIA.

1 *Legatum relictum an a testatore reuocari possit.*
2 *Legatum quomodo reuocetur, an vt verbis, ita etiam factis & re ipsa, & quomodo.*
3 *Res legata pignori data an nihilominus adhuc debeatur.*
4 *Heres si fiat ei controuersia hereditatis, an legatum soluere cogatur.*

LEgatum † quamuis ab initio recte relictum ni- 1
hilominus a testatore reuocari potest, vt reuocatum non magis debeatur, quam si omnino relictum non esset. Ambulatoria est enim voluntas testatoris, vsque ad vltimum vitæ spiritum, *l. 4. ff. de adim. legat.* Nec tantum testamentis aut codicillis rite confectis reuocari legatum potest, sed etiam nuda voluntate, vsque adeo vt si capitales inimicitiæ interuenerint inter testatorem & legatarium, hoc ipso legatum non debeatur, vt tacita voluntate reuocatum, *l. 3. §. vltim. de adim. legat.* Re-
uocatur † autem legatum non tantum verbis, & 2
aperta voluntate, sed etiam rebus ipsis & factis. Verbis vt si testator nominatim adimat legatum, aut in alium transferat: nam alii dando eandem rem, priori eam adimere intelligitur, *Inst. de adim. leg.* Re & facto intelligitur iis modis, si rem legatam sustulerit, veluti si ædes a se legatas deiiceret, *l. si legatum. §. vlt. de leg. 1.*
Dein-

Deinde si rem legatam transtulerit in aliam speciem, quæ ad priorem materiam reuerti non possit, veluti, si legarit lanam certam, & ex ea postea vestem fecerit, *l. lana, de legat. 3.* Postremo, si rem legatam testamento alienauerit, *leg. si ex toto, 8. in prin. de legat. 1.* In qua specie tamen adiicitur hæc conditio, si modo testator adimendi animo alienet, quæ conditio est *in §. si rem, de legat.* Hic autem animus declaratur hac distinctione, quæ ob id aliis locis exprimitur. Nam si testator rem alienauit sine necessitate rei familiaris, hoc ipso existimatur renuntiasse legatum, quasi adimere voluerit, & ideo, quia rem legatam postea alii donauerit, fecit, vt legatum amplius non debeatur, *leg. rem legatam, de adim. legat.*

Quod si propter necessitaté rei familiaris alienauerit, non creditur adimere voluisse, nisi aperte probetur, *dict. leg. rem legatam, leg. fideicommissa. 11. §. si rem, de leg. 3.* Hinc consequens est, quod hic traditur, si testator † rem a se legatam postea pignori vel 3
hypothecæ dederit, nihilominus adhuc legatum deberi, quod idem traditur, *in dict. §. si rem, Instit. de legat.* Ratio ex superioribus distinctionibus: nam quisquis rem familiarem pignori obligat, vel ideo facit, vt pecuniam a creditore accipiat, qua indiget, vel vt cum prius pecuniam deberet, satisfaciat creditori suo, pignus dando ne rerum suarum distractionem pateretur.

*Desunt hic in Autographo Donelli tres paginæ integræ.*

Legatum ab herede deberi diximus *ad leg. 2. supr.* Ita id debetur vt præstari debeat, quamuis heres controuersiam heredis metuat. Sed etsi controuersiam heredis iudicio patiatur, nihilominus legata præstare debet, vt hic rescriptum est. Veluti, cum exstitit aliquis, qui testamentum accusaret tanquam falsum, quæ species est hoc loco proposita. Sane hoc casu cum iudicio agitur aduersus heredem, & fit ei hereditatis controuersia, non aliter cogitur soluere legata legatariis, quam si caueant se legata restituturos, si hereditas heredi euincatur, quod hic quoque adiectum est. Idque fieri aiunt Imperatores secundum Iurisdictionis formam, id est, secundum quod in similibus controuersiis ius dici solet, vbi vel hereditas, vel legatum petitur ab eo herede, cui alio iudicio fit controuersia heredis, *leg. penult. de petit. hered. leg. is a quo, de rei vindic.* Sed non exigitur hæc cautio a legatariis aliter, quam si fiat controuersia hereditatis heredi.

Non obstat, quod interdum legatarii cauent heredi, se legata restituturos, quamuis nulla fiat controuersia heredi de hereditate, quod fit cum periculum est, ne sit locus leg. Falcidiæ, & legatarii plus capiant, quam per legem Falcidiam licet, *leg. prima, si amplius quam per legem falcidiam.* Nam hæc cautio in hoc casu solum recepta est. Idque est, quod Imperatores significant in extremis verbis huius rescripti.

*Ad L. 10. Cum alienam.*

Imperator Alexander A. Ingenuæ.

*Cum alienam rem quis reliquerit, siquidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest, quod si suam esse putauit: non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel vxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset, & si scisset rem alienam esse. PP. V. Cal. Feb. Albino & Maximo Coss. 228.*

SVMMARIA.

1 *Res aliena an legari possit.*

2 *Res aliena legata an semper debeatur siue testator alienam esse sciuerit siue non: & si debeatur quid petendum sit ex hac caussa, nu. 3.*

De re aliena legata tria quæruntur: An res aliena legari possit, an legata debeatur, & si debeatur, quid petendum sit ex hac caussa. De primo ius certum est. Non † solum rem propriam testatoris, 1
sed etiam alienam legari posse, *§. non solum, de legat.* Non obstat, quod l. 12. tabularum fecit tãtum mentionem & potestatem legandi de suo *leg. verbis legis, de verb. sign. l. testandi, 3. de testam.* Nam & qui legat rem alienam de suo legare intelligitur. Onerat enim heredem, vt rem redimat, & redemtam præstet, sic enim fit, vt eam rem possit præstare. Ideo placet, re aliena legata, heredem hanc redimere, & ita præstare debere, *d. §. non solum.*

Quid si dominus eam rem nolit vendere heredi? Hic prima fronte videbitur liberari heres, nam eam rem debet, quæ est in eius potestate, neque esse potest inuito domino: impossibilium autem nulla est obligatio, *leg. impossibilium, de regul. iur.* Rursus non debet æstimationem, quia res, non æstimatio legata est. Sed placuit hoc casu, vbi dominus heredi rem non vendit, aut plus iusto vendit, heredem æstimationem auferre debere, *leg. non dubium, §. vltim. leg. qui quatuor, §. vltim. D. de legat. 3.* Vnde sumtum est, quod dicitur de eadem re, *in §. non solum.* Non obstat, quod æstimatio legata non est, nam res legata est quam idcirco heres præstare debet si non præstat nihil relinquitur, nisi vt pro re præstet æstimationem, vt accidit quotiescunque rem debitam debitor non præstat, *leg. in re furtiua, de condict. furti, in prin. §. 1.* Si quis dicat rem ipsam non deberi, quoniam impossibilium nulla obligatio.

Respondebimus, non esse impossibilem rei alienæ præstationem, quoniam etiamsi dominus voluntate sua non vendit, natura tamen res vendi potest, vel ab eodem domino mutata voluntate, vel ab alio, ad quem ea res peruenit. Non est impossibile impedimentum, nisi quod natura impossibile est, & solum id impedimentum obstat obligationi, quod est naturale, *leg. continuus, §. illud. de verbor. oblig.*

Quod secundum est, de eo cõstitutum hoc rescripto. Non semper † rem alienam legatam deberi, sed 2
in eo hanc distinctionem esse; interesse vtrum quis rem alienam legans sciuerit rem alienam esse, an vero suum esse putauerit. Si sciuit rem alienam, debebitur ita vt supra dixi. Quod si res tota aliena legata debetur, multo magis, si in ea re legata pars solum erit aliena, ea pars debebitur, si testator alienam sciuit. Obstat *l. 5. §. vltim. de legat. 1.* Vbi si testator fundum communem legauit, id est, ex parte suum, & ex parte alienum, placet solum ex hoc legato partem deberi, quæ fuit testatoris, partem alienam non deberi, quamuis testator alienam esse non ignorauerit.

Respondeo, Ex verbis eius loci apparet, id ideo responderi, quia testator fundum legando nominatim adiecit, *meum*, vt dicebat, *fundum Tuscu-*

*lanum meum do, lego.* Ex hac adiectione manifestum est, testatorem nihil amplius voluisse legare, quam id quod suum erat. Idem responsum esse volumus, *ad d. l. si damus, §. vlt. de leg. 1.* vbi fundus qui erat proprietate municipum, iure aūt erat vectigalis fundus testatoris, id quid sit cognoscitur, *ex l. 1. & 2. si ager. vectig.* Testator enim fundum legauit, & adiecit, *fundum illum meū vectigalem do, lego.* Quia adiecit *vectigalem* placet nihil amplius deberi in eo fundo, quam ius vectigalis fundi: proprietatem autem de municipibus redimi non debere, vt ea præstetur legatario, quia scilicet hoc verbo, vectigalis fundus, declarauit testator, se nolle fundum legare, nisi quatenus esset vectigalis. Ceterum vbi simpliciter testator rem alienam legauit, quam sciat alienam esse, hæc legatario debebitur ex hoc loco, non solum, si tota res aliena erit, sed multo magis, si aliena erit tantum pro parte.

Quod si testator putauit rem suam esse, quam pro sua possidebat bona fide, hæc non debebitur, & si forte præstita, euicta erit a legatario, legatarius de euictione agere nō poterit, quia nec a principio res debebatur, vt hic scriptum est, *& in d. §. non solum.* Sed cur hoc loco res aliena legata non debetur, cum testator eam legare potuerit, & verbis legauerit? Respondeo: Ideo non debetur quia testator legare noluit. Ad supremam enim voluntatem non sufficit scriptum, nisi etiam accedat voluntas testatoris, *leg. quoties 9. de hered. instit.* Sed vnde colligimus testatorem noluisse? Quod scriptum est *in §. non solum, versi. quod diximus,* ideo rem non deberi, quia fortasse si testator sciuisset esse alienam, non legasset: hæc ratio non est satis sufficiens, sed indiget alia ratione: dici enim potest statim, fortasse etiamsi sciuisset testator esse alienam, legasset, nam etiam hoc contingere potest, & in obscura voluntate testatoris procliuiores esse debemus pro legato, & plenius voluntatem interpretari, *l. in testamentis, de reg. iur.* Dicēdum est igitur ideo testatorem videri legaturum non fuisse, si sciuisset, quia errauit in dominio rei legatæ: non consentiunt autem qui errant, *l. si per errorem, D. de iurisdict. l. 2. in pr. de iudic.*

Huic parti opponitur *l. si domus, §. de euict. de leg. 1.* vbi his verbis definitum est: Quoties res legata sine iudicio præstita, euicta est, heres eam petere potest ex testamento. Dicitur, *quoties,* ex quo colligi videtur id dicendum esse, siue testator sciuerit rem alienam esse, siue ignorauerit, ac deinde quia aliena erat euicta est.

Respōd. id ex eo colligi nec debet nec potest. Nam non quæritur eo loco, an res legata euicta præstāda sit, sed si res legata euicta præstanda est, quando præstanda sit, & quando heres ob euictionē teneatur? Et respōdetur, si heres ob euictionē rei legatæ tenetur, non alias tenetur, quam si eam rem præstiterit, sine iudicio, id est, extra iudicium, sententia iudicis non coactus. Quod si ea res iudicio petita sit, & heres sententia damnatus eam rem præstiterit, non tenebitur ob euictionem, si forte res postea legatario euicta sit, nisi heres cauerit, se euictionē præstiturum: & ob hanc caussam inquit Africanus eo loco: cautio euictionis hoc casu necessaria est legatario. Hinc apparet hoc omne dici sub conditione si res legata in ea caussa fuerit, vt ea euicta heres teneatur. quod interdum cōtingit, puta si seruus exempli gratia generaliter legatus sit, nō nominatim, *l. heres seruum, D. de euict. l. si a substituto, §. vlt. de leg. 1.* Idem iuris est, si res aliena certa legata sit, quam testator sciuerit alienam, heres autem vt eam præstaret redemit a possessore non domino, deinde a vero domino euicta est.

Rata igitur erit hęc sententia, cum quis legat rem alienam, quam suam putat, regulariter eam non deberi, quia deficit voluntas. Sed hoc sic accipiendum est, nisi verisimile sit, testatorem rem legaturum fuisse, etiam si alienam esse non ignorasset, quæ coniectura voluntatis in quibusdam caussis admissa est, alias ex re quæ legatur, alias ex persona eius, cuius res est, alias ex psona legatarii. Ex re quæ legata est, cum libertas relinquitur seruo alieno, quē testator suum putat. Nam si testator iubeat heredem, hunc seruum manumittere, tametsi videtur ignorans reliquisse libertatem alienam, id est, potestatem manumittendi, quæ aliena est, nihilominus placet heredem debere seruum redimere, & ita manumittere, idque fauore libertatis, *l. Paulus respond. de fideic. libert.* Ex persona eius, cuius res est, cum res heredis legata est. Quamuis enim testator eam rem suam esse putauerit, nihilominus ab eo legata debebitur, coniectura voluntatis ex persona ducta, quia heres eam rē præstare potest facile, quamuis non redimatur, *l. vnum §. si rem, de leg. 1.* Ex persona legatarii, cum aut persona iuncta est sanguine aut matrimonio, vt vxor, aut amicitia, aut cum alicui aliquid legatur propter merita, vt præceptori, procuratori vel institori. Quod tamen dicitur, legatum deberi, vbi res aliena proximæ personæ legata est, quam testator suam putauit, tunc locum non habet, cum res legata est ab ea persona, quæ eodem modo coniuncta sit defuncto. Exempli gratia: Pater filiis suis heredibus institutis, vni prædia quædam prælegauit, quæ sua esse existimauit; deinde euincuntur. Secundum exceptionem supra scriptā, & quæ hoc loco traditur, dici debuit, filium petere posse hæc prędia a fratribus coheredibus, pro portionibus eorum hereditariis, quia etsi pater putauit sua esse, quæ erant aliena, tamen proximæ personæ legata sunt, & secundum eam exceptionem debentur, non secus quam si pater sciuisset rem esse alienam. Et tamen placuit in hac specie filio euictis prædiis actionem non esse, *l. cum pater. §. euictis, de leg. 2.* Ratio responsi hæc est: Quia si hæc prædia peti possunt, necesse est ea peti a fratrib. coheredibus, quæ sunt personæ defuncto eodem modo coniunctæ, vt is filius, cui prædia legata sunt, si testator filio legatario consultum voluit, vt liberarentur, vbi par omnium caussa est, nam procliuiores debemus esse ad liberandum, *l. Adrianus, de oblig. & act. l. fauorabiliores, de reg. iur.* Et ideo dicemus idem, si filio herede instituto testator prædium alienum, quod suum putabat legauerit alicui cognato suo, vel intimo amico, nempe prædio euicto legatum non deberi, quia vt coniuncta persona est cui legatur, & coniuncta est a qua legatur. In pari autem caussa potior debet esse caussa debitoris, *l. si seruum, §. sequitur, de oblig. & act.*

Quod ad petitionem † attinet rei alienæ legatæ, 3 declaratur hoc rescripto: Quoties res aliena legata debetur, hanc ex testamento peti posse. Idem declaratur *in l. si domus, §. de euictione, de leg. 1.* Et merito hæc res petitur, quamuis nō sit in potestate heredis, hæc enim sola debetur, non eius rei æstimatio: res enim, non æstimatio legata est. Actio autem est ius persequendi iudicio, quod nobis debetur, *§. 1. Instit. de act.*

*act. l. nihil aliud, de oblig. & act.* Itaque receptum est, quod vulgo placet, in hac specie petitionem ita concipi debere, vt legatarius rem petat sibi dari, aut rei æstimationem. Non enim potest peti, quod sibi non debetur: non debetur æstimatio quæ legata non est. Nec ad rem pertinet, quod heres æstimationem præstare potest & debet, si rem non redimat: nam æstimationem præstat officio iudicis, non vt debitum, nempe æstimationem pro re debita, vt expressum est *in l. qui quatuor 30. §. vlt. de leg. 3.*

### *Ad L. 11. Filia.*

### Imp. Alexander A. Albiniano.

*Filia legatorum non habet actionem, si ea, quæ ei in testamẽto reliquit viuus pater, postea in dotem dederit. PP. V. Non. Mart. Pompeiano & Peligno Coss. 232.*

SVMMARIA.

1 *Legatum an exstinguatur, si ea, quæ in testamento pater viuus reliquit, postea filiæ in dotem dederit.*

SI testator rem a se legatam viuus legatario dederit legatũ exstinguitur, veluti solutione, siue speciem ipsam præstiterit quã legauit, siue dederit tantundem, cum pecuniã legasset, aut dederit huius rei pretium. Hæc sententia & ad extraneos pertinet quibus quid legatum est, *de quibus in l. Lucius D. de leg. 1.*
1 Sed etiã † ad filiã cui dos legata est, vt hic rescriptum est, tametsi & persona filiæ & legatum dotis singularem fauorem mereri videbatur. Ratio est, quia solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. tol.* In hac autem specie etsi vera solutio non est, quoniam non est solutio nisi rei debitæ, non debetur legatum nisi mortuo testatore: tamen destinatione animi testatoris res ab eo legata, itidem ab eo quodam modo debetur, quia vult eam præstare & cum eam præstat, eo facit, vt ea velut obligatione liberetur.

### *Ad L. 12. Cum responso.*

### Imp. Gordianus A. Mutiano.

*Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum, & omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur. Intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi hæc sunt: Filiæ mater prædium ita legauit:* Præcipito, sumito extra partem hereditatis. *cum hereditati matris filia renuntiasset: nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. PP. Constitutio V. Idus Iul. Sabino II. & Venusto Coss. 241.*

SVMMARIA.

1 *Duobus heredibus institutis si vni aliquid ex his prælegetur, tota res prælegata ad legatarium pertinet, siue hereditatem adierit, siue omiserit.*
2 *Heres qui noluit adire, cur non videatur impugnare iudicium defuncti.*
3 *Heredi hereditatem omittenti an legatum debeatur.*

1 QVoties duobus heredibus institutis, vni † ex his aliquid prælegatur, placet totã rem prælegatam ad legatarium pertinere, non tantum si hereditatem adierit, de quo nulla dubitatio est, sed etiam si hereditatẽ omiserit: quisquis is erit heres siue extraneus, siue filius, vt hic cautum est *l. qui filiab. 17. §. vlt. l. filio 87. & seqq. de leg. 1.* Sed huic heredi hereditatẽ omittenti, quædam obstant. Ac primum videtur a toto legato remoueri debere, quia iudicium defuncti impugnauit: qui iudicium defuncti impugnat, id est, qui contra facit, quam testator iussit, is legatum testamento relictum amittit, *leg. post legatum, in princ. & §. omittere, D. de his, quibus vt indign.* Heres autem iussus heres esse, iudicium defuncti impugnat, cum hereditatem omittit, quia facit contra quam testator iusserit. Proinde etiam legato, sibi relicto, carebit. Hanc obiectionem sensit Papinianus & diluit *in d. l. filio, 87. de leg. 1.* Diluit autem hoc modo, quia non videatur impugnare iudicium defuncti, qui iustis rationib. noluit hereditariis oneribus implicari.

Sed amplius † quæro, cur qui hoc noluit, non videatur impugnare iudicium defuncti, cum siue iustis rationibus, siue nulla ratione hereditatem omittat, semper faciat contra, quam facere iussus est. Respondeo, non videri heredem hereditatem omittentem facere contra iudicium defuncti, si idcirco omittat, ne implicetur oneribus hereditariis, id quod Papin. sensit. Non obstat, quod is iussus est heres esse. Nam iussus est pro commodo suo, si ei expediret, dummodo defuncto alius heres exstitisset, proinde nihil aduersus hoc iudicium facit, qui non putat sibi expedire adire hereditatem. Ita prior obiectio remota, quã effici videbatur heredem in proposito omittentem hereditatem etiam relictum sibi legatum amittere. Sed superest altera. Nam si a toto legato non remouetur, at saltem videtur remoueri a parte, quæ ab ipso relicta erat. Nam legatum testamento simpliciter relictum debetur ab omnib. heredibus pro portionibus hereditariis. Proinde cum in specie proposita proponantur duo heredes instituti, & vni prædiũ esset prælegatũ, intelligitur hoc prędium partim a coherede relictũ esse, partim ab eo ipso herede, cui prædium relictum est, ergo partem prædii a coherede recte capiet is qui hereditatem omittit. Sed alteram partem, quæ ab ipso relicta erat, nõ videtur posse capere: nam aut ei debebitur ea pars iure hereditario, aut debebitur iure legati. Iure hereditario ei deberi non potest, quia non est heres, omisit enim hereditatem. Rursum iure legati non videtur ei deberi posse, prohibente regula iuris qua efficitur heredi a seipso legari non posse, *l. legatum, 116. §. 1. de legat. 1.* Respondeo: In proposito nõ videtur hæc pars heredi omittenti hereditatem, legari vt heredi, quoniam heres non est, multoque minus legari ei a seipso, cum non sit heres, nec quisquam obligetur legatis, nisi heres.

Hic occurritur. Nam etsi nunc heres non sit cum hereditatem omittit, tamen ab initio cum ei legatum est, heres scriptus erat & ei vt heredi prędium legatum est, proinde ab initio non constitit ex parte eius legatum, quare etiamsi postea heres non existat, tamen legatum pro ea parte non conualescit, ex regula iuris, quod ab initio non valet, tractu temporis nequit conualescere, *leg. prima, de regul. Caton. leg. quod ab initio, de regul. iuris.* Respondeo verum est. partem huius prædii legatam esse ab herede, & legatam vt heredi, sed sub conditione si heres exsisteret, quod si heres non esset, legatũ est ei prædium vt L. Titio, & ideo vt L. Titio debebitur, quamuis non heredi. Non obstat regula Caton. quoniam hæc regula ad legata & institutiones conditionales non pertinet, *vt dicitur in leg. sequent.* Sed quod dicimus heredi hereditatem omittenti † legatum 3
eo testamento relictum nihilominus deberi, sic acci-

piendum est, nisi hac conditione legatum sit, *si heres esset*, aut nisi appareat ex testamento, testatorem voluisse, eum ita legatum consequi, si heres esset, *leg. sed non alias* 88. *de leg.* 1. Exemplum est *in l. vlt. §. vlt. de dol mal. except.*

Obiter insignis locus notandus est, quo demonstratur iam olim etiam ante tempora Gordiani, hanc auctoritatem tributam esse responsis eorum, qui in numero Iureconsultorum publice haberētur, vt pro iure certo obtinerent. Id declaratur hoc rescripto cum Gord. responsum Papiniani sequitur pro iure explorato, idque facere dicit secundum iurisdictionis formam, *id pertinet ad §. interpret. §. responsa, de iur. nat. gent. & ciuil. vide C. Th. lib. 1. tit. 4. l. 1.*

*Ad L. 13. Proprias.*

Imp. Dioclet. & Maxim. AA. Seueræ.

*Proprias tuas res legari vel fideicommitti tibi non potuisse certum est, PP. XV. Cal. Maii. Maximo II. & Aquilino Coss. 286.*

SVMMARIA.

1 *Res propria an sibi relinqui possit.*
2 *Res propria quæ.*
3 *Res, quæ initio legatarii erat, si postea abalienata sit, an debeatur.*

1 Res legatarii † propria inutiliter ei relinquitur, quoniam amplius res eius fieri non potest, quo fit, vt legatū legatario sit inutile & proinde nullum,
2 *§. sed si rem legatarii, Instit. eo.* Rem † propriam sic accipere debemus, quæ omni ex parte propria est legatarii. Quod si in ea re cuius proprietas est legatarii, testator aliquod ius habeat, velut ius vectigalis prædii, velut superficiem in solo legatarii, aut vsumfructum in re legatarii, hanc rem vtiliter legabit testator, quoniam hactenus legatum vtile est, vt ei præstetur, quod fuit alienum. Exempla sunt *in l. si domus. §. vlt. l. si tibi, §. vlt. de leg. 1. l. 3. §. vlt. de leg. 3.* Et hoc ius de re propria legatarii certū est, si legatæ rei pro-
3 prietas adhuc erit legatarii. At † quid si res quæ initio legatarii erat, postea abalienata sit, an non debebitur? Videtur deberi impedimento sublato, quod prius legato obstabat. Respondeo: Hic distinguitur: Distinctio exstat, *in l. cetera, de leg.* 1. nam si pure res legatarii ei legata est, nunquam debebitur, etiamsi postea eius esse desierit, quamuis viuo adhuc testatore.

Efficitur id regula Catoniana, quæ ita se habet: quod si testator statim decessisset, nō valuit, id quandocunque decesserit, non valebit, *l. 1. de reg. Cat.* quæ regula aliis verbis expressa est, cū ita definitur, quod ab initio non valuit, tractu temporis conualescere non potest, *l. quod ab initio, de reg. iur.* Posuimus autem rem propriam legatarii ab initio inutiliter ei legari, si testator statim decederet. Proinde quamuis mutata sit postea rei conditio, quandocunque testator decesserit, legatū non valebit. Quod si res legatarii legata ei sit sub cōditione, & exsistēte conditione res eius esse desierit, legatū valebit, *d. l. cetera, §. 1.* Ratio differētiæ hæc est, quoniā, vt alia regula comprehensum est a veteribus, regula Catoniana ad legata conditionalia & conditionales institutiones nō pertinet, *l. pen. de reg. Caton.* Exemplum de legatis exstat *in d. l. cetera, §. 1.* Cur autem ad conditionalia nō pertineat hæc regula exponitur *in l. 1. de reg. Caton.* Cuius hæc sententia & ratio est, quod regula Catoniana recepta est de eo, quod non valet ab initio ad legatum conditionale, in quo res legatarii ei relinquitur, nō tam ab initio nō valet, seu vitiosum est, quam nullum est, quoniam quod sub conditione datur, pendente conditione non datur, *l. cetera, de verb. sig.* Quod si re aliena sub quauis conditione legata domino legatum debetur, si exsistente conditione res legatarii esse desinat: multo magis debebitur, si res ei sua legata sit nominatim sub hac conditione, si viuus eam alienasset, *quod est exemplum dict. leg. 1. in fi. de reg. Caton.*

*Ad L. 14. Monumenta.*

Iidem AA. Tatiano.

*Monumenta quidem legari non posse manifestum est: ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. PP. 2. Calend. Septemb. Maximo II. & Aquino Coss.*

SVMMARIA.

1 *Monumenta quæ hic dicantur.*
2 *Monumenta cur non possint legari.*
3 *Ius mortuum inferendi in sepulcrum potest legari. Quid hodie apud Christianos.*

Res quæ in heredum commerciis seu bonis non sunt, non possunt legari: contra res priuatæ omnes legari possunt tam propriæ quam alienę, *l. cum seruus, §. vlt. de leg. 1.* Ad hanc definitionem referri debet species huius rescripti. Monumēta legari non possunt, vbi monumenta † specialiter dicuntur, non 1
monumenta quæuis, sed monumenta, in quæ mortuus illatus est, id est, vno verbo sepulcra, *vt in l. si sepulcrum, supr. de relig.* Hæc ideo † legari non pos- 2
sunt, quia sunt religiosa, *§. religiosum, de rer. diu.* Res autem factæ religiosæ, existimantur esse diuini iuris, ac proinde nullius in bonis, *l. 1. de rerū diuis.* At contra ius † mortuum inferendi in sepulcrum legari po- 3
test, quoniam hoc ius priuatū est, vnde & de eo priuatæ actiones competunt, *l. 1. & tot. tit. de mort. infer.* Hoc autem dictum est ex more Romanorum, apud quos sepulcra erant priuata, & iure Romanorum vnusquisque locum religiosum facit mortuum inferendo in suum locum, *d. §. religiosum.* Apud Christianos sepulcra non sunt, nisi in cœmiteriis, quæ sunt publica. Proinde & ius mortui inferendi in cœmiterium, publicum est, quapropter nihil horum hodie legari potest.

*Ad L. 15. Si vniuersæ.*

Iidem AA. Terentio & aliis.

*Si vniuersæ facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali aut priuato absumantur, nihil ex his, quæ testamento eius adscripta sunt, valere potest. Quod si deducto debito in relictis bonis superfluum est, libertates impediri iuris ratio non permittit. Quinetiam legata, nec non fideicommissa salua lege falcidia præstanda sunt. PP. 3. Calend. Octob. ipsis IIII. & III. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Heres quib. modis creditoribus hereditariis, & quibus legatariis ad legata præstanda obligetur.*
2 *Heres cur aliter legatariis, aliter creditoribus obligetur.*

Heres obligatur † creditoribus hereditariis, *l. vlt. supr. de hered. act.* Idem obligatur & legatariis ad 1
legata præstanda. *de quo l. 2. supr.* Sed obligatur ex iis caussis longe dissimiliter. Nam creditoribus hereditariis

tariis tenetur in solidum, etiamsi hereditas soluendo non sit, *l. mori, de acquir. hered.* nisi inuentarium fecerit, secundum formam a Iustiniano constitutam, quo casu tenetur in solidum, quatenus facultates ferunt, *l. vltim. §. etsi præfatum, & §. sin vero postquam, infr. de iur. delib.* At sic non tenetur heres legatariis, vt h. nam vltra vires proprii non debentur legata, *vt h. in prin. & in l. 1. §. si is qui, ad Trebell.* Et bona seu proprium cuiusque intelligitur deducto ære alieno. *l. subsign. §. bona, de verb. sign.* Proinde cum de legatis præstandis agetur, ante omnia deducendũ est, quod creditoribus debetur: quo deducto si nihil superest, nihil legato aut fideicõmisso debetur, vt idem apertius positum *in prin. h.* Id autem efficitur lege 12. tabularum, qua fit potestas cuique legandi, sed de re & bonis suis, *l. verbis legis, de verb. signific. l. testandi, supra, de testament.* Non legat autem de bonis suis, qui supra vires suorum bonorum legat, ac proinde inutiliter legat.

Quod si deducto ære alieno aliquid superest, tamen ex lege Falcidia, non licet legare vltra dodrantem proprii, quod proprium lex vult æstimari, non tantum deducto ære alieno, sed etiam deductis pretiis seruorum testamento manumissorum, *§. vlt. Inst. ad legem Falcid. leg. prima, Dig. ad legem Falcidiam.* Proinde si deducto ære alieno aliquid in bonis superest, videndum est, an aliqui serui sint testamento manumissi, hi ante omnia libertatem saluam consequuntur. Et rursum eorum pretia de eo, quod supererat deducuntur. Iis omnibus deductis, si quid adhuc superest, de eo legata præstabuntur, ad hunc modum, vt tres partes dentur legatariis, quarta apud heredem maneat. Hoc enim lex falcidia exigit, & hoc modo fiet vt legata præstentur salua lege Falci-
2 dia, *vt hic in extremo scriptum est.* Sed cur † heres aliter obligatur creditoribus, aliter legatariis? Quia creditoribus solidum debetur ex l. Heres autem in ius omne defuncti succedit: At legata relicta non statim ipso iure valent, sed in modum lege constitutum. Hic modus lege Falcidia constitutus est.

*Ad L. 16. Creditor.*

Iidem AA. & CC. Syllæ.

*Creditor si a debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam sibi contendit, etiam debito ab heredibus eius oblato, quo minus restituat, defendi potest. S. 18. Cal. Febr. Sirmii CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Nomen dicitur id, quod est in actione, seu id quodcunque debetur quauis actione.*
2 *Ex legato nominis 100. aureorum quid consequatur legatarius, & an possit eos a L. Titio petere condictione incerti, vt potuisset defunctus.*
3 *Mandare actionem quid.*
4 *Procurator quis.*

Creditor, qui a debitore pignus accepit, eodem tempore & actionem aduersus debitorem habet, & ipse debitori actione tenetur. Actionem habet aduersus eum, de pecunia credita. Debitori tenetur actione pignoratitia de pignore restituẽdo, cum pecunia ei a debitore soluta erit, aut eo nomine ei satisfactum, *§. vltim. Instit. quibus mod. re contrahitur obligat. l. si rem, §. omnis. D. de pignorat. act.* Si debitor hoc pignus leget creditori suo, duo quæsita sunt de iis actionibus, quas supra dixi. Ac primo quæritur, an † heredes defuncti debitoris, qui & ipsi in actione pignoratitia succedunt, possint oblata pecunia creditori, rem illi pignori obligatã repetere, quemadmodũ ab initio defunctus potuisset? De hac quæstione hic rescriptum est: Pignus creditori legatum ab eo repeti non posse, quantumuis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant. Hic opponitur ius publicum de pignoratitia act. de quo supra dictum. Verum Imperatores significant, postquam pignus creditori legatum est, eadem opera & dominium rei legatæ in eum translatum esse, & pignoratitia actione de pignore esse liberatum. 1

Sed quomodo dici potest esse † liberatus pignoratitia actione, cum testator de ea liberatione nihil cauerit? Respondeo hæc liberatio necessaria consequentia efficitur: Nam regula iuris est: Pignus rei nostræ non consistere, id est, rem nostram nobis pignori esse non posse, *leg. neque pignus, de reg. iur.* Huic regulæ consequens est, si creditor rei pignori datæ, dominus esse cœperit, continuo pignus exstingui, ac proinde eum pignoratitia actione de pignore liberari. Incipit autem esse dominus, cum pignus ei legatum est, nam rei legatæ dominium in legatarium transit, etiam ipso iure, *l. legatum, de leg. 2. l. a Titio, de furt.* 2

Secundo loco † quæsitum est, an quemadmodum ex hoc legato creditor liberatur actione pignoratitia, qua prius tenebatur, an item e conuerso liberetur debitor heresve eius actione in personam, qua creditor tenebatur, vt deinceps ambo inuicem liberi discedant & creditor & debitor? Et placuit solum creditorem pignorat. act. liberari. Debetur autẽ ei non minus pecunia de re, quam ante, *leg. creditorem, de legat. 2.* Differentiæ ratio est in promtu, quia legatum pignoris non potest consistere, cum statim pignus perimatur. At nihil prohibet quo minus in eiusdem creditoris persona concurrat, vt & dominus sit pignoris, & ei pecunia a veteri debitore debeatur, quoniam pecunia sine pignore deberi potest. 3

*Ad L. 17. Datum.*

Iidem AA. & CC. Eutychiano.

*Datum legatum adimi tam pure quam sub conditione, non libertis tantum, sed etiam ingenuis placuit. Dat. 3. Non. Martii CC. Coss.*

Potestas adimendi legati hic constituitur, de qua parte dictum est *ad l. 3. supr.* Vtrum autem ademtum legatum non debeatur ipso iure, an vero per exceptionem, recte in glossa exponitur.

*Ad L. 18. Ex legato.*

Iidem AA. & CC. Iustino.

*Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mãdatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest: Vtilibus autem suo nomine experietur. Dat. 6. Id. Dece. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Donationes inter viuos in maritum collatæ morte vxoris confirmantur.*
2 *Vxor an marito legare possit.*

Testator 100. aureos mutuo dederat L. Titio, qui proinde ei debentur, & peti possunt certi condictione in eam rem constituta, *Instit. quib. mod. contra-*

*hatur oblig. in pr.* Hoc nomen testaméto legauit. Nomé † dicitur id quod est in actione, seu id quodcunque debetur, quauis actione, *l. qui chirographum, in fin. de leg. 3.* Itaque ex hoc legato solum actiones defuncti legatæ intelliguntur, *leg. si sic leg. §. fin. de leg. 1.*

2 Quæsitum est, † ex hoc legato quid consequatur legatarius, & an possit 100. aureos a L. Titio petere, condictione certi, itidem vt potuisset defunctus? Respondeo: Legatarium directas actiones habere non potuisse nisi ei mandatæ sint ab heredibus: ceterum vtiles eum habere suo nomine, quamuis nullis mandatis actionibus.

Directa actio cum vtili opponitur, dicitur actio, quæ ex verbis legis competit, non tamen ex sententia. Vtilis, quæ deficiétibus verbis legis, datur ex sententia legis, propter vtilitatem, *§. vlt. Instit. de leg. Aquil.* vbi exemplis accommodatis hoc ius explicatur. Directa sic dicta, quia verba legis de ea actione diriguntur ad eum, cui hæc actio cópetit, & in quem competit. Vtilis autem dicitur vel ideo, quia etiam sine verbis, tamen vtilis est ad acquirendum, vt quibusdam placet, vel quod verius est, quia cessantibus verbis legis tamen constituitur propter vtilitatem & æquitatem eandé, quod significatur, *in l. quia actiones, D. de præscr. verb.* vbi dicitur actionem in factum suppleri a prætore ex lege Aquilia, idque ideo quod vtilitas legis id exigit. Ab vtilitate, vtilé dici constat, & quæ illic dicuntur in factum, hæ ipsæ sunt, quæ dicuntur vtiles, *dict. §. vltim. Instit. ad leg. Aquil.* vt intelligitur *ex l. bonas, D. ad leg. Aquil.* vbi in exemplo eius loci actio in factum datur, quæ in eodem exemplo dicitur vtilis *in d. §. vlt.*

In contractibus seu testamentis exemplum propositum est: Actio ex verbis iuris, id est, directa, competit ei, qui contraxit, aduersus eum, cum quo contractum est, id est, aduersus eum, qui ex cótractu obligatus est, *§. primo, Instit. de oblig. iuncto §. sed istæ, eodem titul. l. actionum, de oblig. & actio.* Proinde in specie proposita, vbi pecunia mutuo data est, directa actio competit, creditori, atqui si actio competit, competit eius pecuniæ repetendæ caussa, eam vtilem esse necesse est. Secundum hoc in proposito recte dicitur, cum testator nomen alicui legauit, legatarium directam actionem habere non posse, hæ enim creditoribus dantur: Legatarius creditor non est, nec legatum nominis potest efficere, vt videatur pecuniam credidisse is qui reuera non credidit. Id adeo verum est, vt quamuis heredes testatoris eiusdemque creditores, actiones suas mandauerint legatario, tamen legatarius directam actionem habere non possit suo nomine: semper enim verum est, legatarium creditorem non esse, sed tamen vt hic dicitur, si ei mandatæ sint, eas habere potest, nempe nomine heredum non suo, & ex persona heredum non sua, quod intelligemus, si sciuerimus quid sit mandare actiones.

3 Mandare actionem, † eodem modo dicitur quo mandare administrationé alicuius negotii. Vt igitur mandare administrationem est negotium alicui gerendum nostro nomine mandare, sic mandare actionem, est actionem nobis competentem, id est, directam committere alicui exercendam in iudicio nostro nomine. Et quod apertius dictum est a veteribus aliis verbis, mandare actionem alicui, est eum procuratorem in rem suam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex persona nostra & nostro nomine, quod intelligitur *ex leg. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend.* Vbi dicitur emtor actionis habere vtilem actionem, etiamsi procurator factus non sit in rem suam: quibus verbis exprimitur hæc senté tia, etiamsi ei mandatæ non sint actiones: quibus verbis vtitur *l. emtor, eod. tit.* Is cui mandantur directæ actiones, dicitur procurator duabus de caussis. Primo quoniam mandato creditorum actionem exercet. Est † autem 4 procurator is, qui mandato domini negotia administrat, *l. 1. de procurat.* Deinde, quod exercet actionem nomine mandantis. Vnde procurator in rem suam numeratur inter eos, qui actionem sibi alieno nomine dari postulabunt, *l. seruus, §. vlt. de procurat.* Sed idem dicitur procurator in rem suam, quia hæ actiones ei mandantur, vt exerceantur ad vtilitatem & commodum eius, vt & cómodum & incommodum iudicii ad eum pertineat, *l. qui stipendia, supr. de procur.* Vnde subtilitate iuris procurator est effectu & reipsa dominus actionis, euentu scilicet inspecto. Quam ob caussam is cui mandatæ sunt actiones, siue qui in rem suam procurator factus est, præfertur domino, id est, vero creditori in ea lite, nec ab eo mandatum reuocari potest, vt a ceteris procuratoribus, *l. procurat. in rem suam dato, de procurat.* Hæc de directis actionibus.

Quod ad actiones vtiles attinet, expressum est hoc rescripto etiam, nullo modo mandatis actionibus directis, tamen legatariú habere actionem aduersus debitorem testatoris, non minus quam si ipse pecuniam credidisset, sed habere non ex verbis legis, verum ex mente & sententia legis propter vtilitatem & æquitatem rei. Æquitas hæc est: quia si alias res corporales testator legasset, statim dominium in legatarium transiret, *l. legatum, de legat. 2.* Par igitur & æquum est, idem de actionibus legatariis statui. Etsi enim natura actio nihil est, non enim est res corporalis, quæ subsistat, tamen iuris intellectu res est, & subsistit, numeraturque in bonis. Et generaliter iure communi receptum est, quotiescunq; verus creditor voluit actionem suam in aliquem transferre, interposita ea caussa, ex qua ceteræ res corporales transferri & acquiri solent, toties in eum, cui creditor actionem translatam voluit, actio vtilis transit, sine alia cessione, & sine alio mandato, quam is suo nomine exerceat, veluti si creditor actionem suam vendat, si dedit creditori in solutum, si dedit in dotem, si donet, si leget. Exempla exstát multis in locis, *l. emtor, & l. ex nominis, supr. de hered. vel actio. vend. l. vlt. quando fiscus vel princeps. l. 2. supr. de oblig. & act. l. 1. infr. de donat. & hac l. ex legato.*

Hinc oritur dubitatio, si ei cui nomen seu actio legata est, competat actio vtilis suo nomine, etiam nó mandatis directis actionibus, quid opus est quærere de actionibus directis, & exspectare donec illæ mandentur ab heredibus, cum traditum sit *in l. actio, antepen. D. de neg. gest.* directam & vtilem actionem esse eiusdem potestatis, & eundem effectum habere? Respondeo: Vtilis actio eundem effectum habet, si actio sola spectatur: at si spectetur sola persona agentis inter directam & vtilem multum interest. Is cui actio legata aut vendita est, directam actionem sibi mandatam exercere potest, sed non exercet, nisi ex persona mandantis, *l. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend l. vlt. quando fiscus vel princeps.* At vtilé actionem exercet tantum suo nomine, non alieno, hinc fit, vt qui directam actionem exercet, quoniam exercet

ercet ex persona creditorum, simul etiam creditorum iure in ea actione vtatur, *l. emtor, de hered. vel act. vend.* Qui autem exercet vtiles actiones, quoniam suo nomine agit, etiam suo iure vti tãtum debet, vel potius iure communi actionis, nec vllo proprio priuilegio creditoris vtitur. In qua differentia magnum commodum versatur directarum actionum, si quis proponat creditorem esse priuilegiatũ, & actionem datam priuilegiariam, puta, actionem tut. mandatam esse ab eo, qui olim pupillus fuit, aduersus tutores suos.

*Ad L. 19. Non tantum.*

Iidem AA. Eutychiano.

*Non tantum duorum mensium, sed & minoris temporis maritus vxoris testamento scriptus succedit, nec legata vel fideicommissa, seu donationes temporis huius angustia capi prohibet. Datum. V. Idus Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Donationes inter viuos in maritum collatæ morte vxoris confirmantur.*

2 *Vxor an marito legare possit.*

VXor marito inter viuos donare non potest: testamento donare, & eũ heredem instituere potest: & generaliter quiduis donare potest post mor-
1 tem suam, adeo vt donationes † inter viuos, in maritum collatæ moriente vxore confirmentur, si reuocatæ non sint, *l. cum hic status, de don. inter vir. & vx.*
2 Vxor marito legare potest, & † ita legatum consistit, quamuis matrimonium cum marito vel vna die steterit, vt hic scriptum est. Et merito: nam etiam ignoto & extraneo cuius relinqui potest, *§. vlt. Instit. de hered. instit.* multo magis noto & coniuncto, vt maritus est: quamuis hæc coniunctio non fuerat duratura.

*Ad L. 20. Vxor.*

Impp. Constantinus, Constantius & Constans, AAA. ad populum.

*Vxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas, tantum vsumfructum earum habens, legare non potuit. Dat. VIII. Cal. Ian. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *An quæ vsumfructum habet rerum, eas legare possit Titio.*

*Et an legatum rei alienæ valeat.*

1 EA † quæ in quibusdam rebus vsumfructum tantum habebat, eas res legauit Titio. Hic scriptum est eam eas res legare non potuisse, quod manifeste falsum esse videtur. Nam certi iuris est: Vnumquemque nõ tantum res proprias legare posse, aut res heredis, sed etiam alienas, *l. cum seruus alias apud Iul. §. vlt. de leg. 1. l. cum alienam, infr. eod.* Ad solutionem huius obiectionis nihil pertinet, quod vulgo respõdetur: Cum scilicet testatrix legauit eas res, in quibus tantum vsumfructum habebat, non videri proprias legasse, sed tantum vsumfructum, quia voluerit legare id solum, quod habebat. Primo, quia si quis rem alienam legauit, tota res debetur, etiamsi testator in ea re aliquid sui habeat, nisi testator adiecerit meum, vt videlicet diceret, fundum meum Tusculanum do lego. Nam hac adiectione declarat, se nihil legare velle, quam quod suum est, *l. 5. §. vltim. de legat. 1.* Deinde etiamsi re aliena legata nõ intelligatur testator amplius legare, quam id quod suum est, non tamen ideo efficitur eum legare non potuisse id, quod alienum est, potuit enim si voluisset & id aperte declarasset. Nunc autem in hoc rescripto dicitur testatricem non potuisse res alienas legare. Propositio concepta est de eo, quod testator potest. Interpretes respondent de voluntate testatoris, id est, de carbonaria interrogati, ad calcaria respondent.

Vera solutio hæc est: Recte dicitur testatricem in proposito potuisse res alienas legare, & eandem non potuisse legare, diuersa significatione. Potest res alienas legare, vt legatum consistat. Id significatur, cum dicimus rem alienam legari non posse, *§. non solum, Instit. eod.* At testatrix res alienas non potest legare, vt eas pro suo iure in legatarium trãsferat, nam legare donare est: ea proprie dicimur donare, quæ in alios transferimus, *l. 1. de donat.* Et hæc quoque legati vis est, vt dominium rei legatæ transferatur in legatarium, *l. legatum, de legat.* 2. Hoc sensu non potuit testatrix in specie proposita res alienas legare, vt earum dominium transferret. Dubitationis caussa hæc fuit, quod testatrix in his rebus vsumfructũ habebat, vnde videri poterat de iis rebus potuisse statuere pro suo iure. Respondent Imperatores, si legatarius id putet, eum errare, & addunt rationem, quia testatrix solum vsumfructum habuerit in iis rebus: qua ratione explicata, certum est res illas, non fuisse testatricis, nã vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus, sed alterius.

*Ad L. 21. In legatis.*

Impp. Constantinus, Constantius & Constans. AAA. ad populum.

*In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum obseruantia: ita vt nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit. Datum. Calend. Februar. Constantio II. & Constante Coss. 339.*

SVMMARIA.

1 *Quatuor genera legatorum olim quæ.*

2 *Eorum effectus diuersi.*

SCriptum est *in §. 1. Insti. eod.* olim quatuor genera legatorum fuisse, per vindicationẽ, per sinendi modum, per præceptionẽ, per denuntiationem: & singulis generibus propria verba attributa fuisse, quibus singula exprimerentur. Horum † generum diuersos fuisse effectus, cum de actionibus quæreretur. Huiusmodi autem solemnitatem verborũ, postea constitutionibus Imperatorum sublatam esse. Accursius illic scribit, hanc constitutionem non exstare. Errat, cõstitutio significatur huius legis: Est enim cõstitutio trium Imperatorum, vna si omnes Imperatores coniungas, sin autem singulos Imperatores spectes, totidem sunt singulorum cõstitutiones. Diserte autem hic tollitur obseruantia verborum solemnium in legatis. Vsitate hæc obseruãtia nihil aliud est nisi solemnitas verborum, hanc Iustinianus dicit sublatam esse a priorib. principibus. Manebat etiam adhuc differentia singulorum generum, hæc deinde a Iustiniano sublata est, vnde bene Iustinianus hanc emẽdationem sibi tribuit, ne forte quis hunc locum refragari existimet. *Hoc in l. 1. infr. communia, de legat. §. nostra, Instit. eodem.*

*Ad L. 22. In annalibus.*

Imper. Iustinianus A. Mennæ præfecto prætorio.

*In annalibus legatis vel fideicommissis, quæ testator non solum certæ personæ, sed & eius heredibus præstari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, & eorum heredum heredibus seruari pro voluntate testatoris præcipimus. Datum. III. Id. Decemb. Constantinop. Dn. Iustin. A. PP. 2. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Si testator decem annua legens Titio, nihil exprimat de heredibus Titii, legatum est personale, nec morte legatarii finitur.*

2 *Testatore decem annua legente Titio, & heredib. eius, vtrum mortuo Titio legatum ad primum heredem eius tãtum, an vero ad omnes heredes, & heredum heredes pertineat. vsque in infinitum.*

3 *Significatio heredis omnes heredes in infinitum continet.*

4 *Vsufructu Titio legato heredique eius, vsufructus ad heredem fructuarii transit, ad heredem tamen primum solum: mortuo illo finitur.*

5 *An idem sit in legatis annuis.*

1 CVm † testator decem annua Titio legat, si de heredibus Titii nihil exprimit, placet legatum esse personale & morte legatarii finiri, similiter & vsumfructum *l. 4. D. de annuis legat.* Vbi & ratio huius iuris addita est. Idem *in l. si Stychum 16. §. 1. de verborum obligat.*
2 Quod si testator † decem annua leget Titio, & heredibus eius, quæsit est, vtrumũ mortuo Titio legatum ad primum heredem eius tantum pertineat, aut vero ad omnes heredes & heredum heredes, vsque in infinitum? Controuersia nascitur
3 ex contrariis legibus. Nam significatio † heredis omnes heredes in infinitum continet, & ita receptum
4 est, *l. heredis appellat. de verb. sign.* Rursum † cum vsusfructus Titio legatus est heredique eius, Iustinianus constituit vsumfructum quidem ad heredem fructuarii transire, sed solum ad heredẽ primum: mortuo autem herede primo finiri, *l. antiquitas, supr. de*
5 *vsufruct.* Par † esse videbatur, vt idem probaremus in legatis annuis, nam & hæc vt vsusfructus personalia sunt & morte legatarii exstinguuntur.

Iustinianus in hac dubitatione hic cõstituit, cum decem annua legata sunt Titio heredique eius, legatum esse perpetuum, & ad omnes heredum heredes successionem pertinere. Recte Iustinianus, nimirum ex verbi significatione a qua recedendum non est, nisi cum apparet aliud sensisse testatorem, *l. non aliter, de legat. 3.* Cur ergo aliud constituit idem Iustinianus in vsufructu qui legatus est Titio herediq; eius? Ratio hæc est, quia in vsufructu apparet non sensisse testatorem, vt vsusfructus ad omnes heredes & heredum successores in infinitum pertineret, quoniam cum vsumfructũ legauit, apparet eum noluisse legare proprietatem. At si vsusfructus ad omnes heredes in infinitum pertineret, non esset vsusfructus sed proprietas, quoniam proprietas nulla esset, vt quæ proprietatio esset inutilis. Hoc sensu Iustinianus *in dict. l. antiquitas*, dixit, se constituere in vsufructu, ne proprietas inutilis esset semper abscedente vsufructu.

*Ad L. 23. Cum quæstio.*

Idem A. Iuliano præfecto prætorio.

*Cum quæstio talis de significatione verborum animos veterum mouit, si quis cuidam agrum Cornelianum puta, vel alium quempiam in solidum legauerit, deinde alii partem eius dimidiam, quantam portionẽ primus, quantam secundus legatarius consequitur: simili dubitatione & in hereditate & in fideicõmissis habita: cumque computationes multæ introducebantur, & multis ratiocinationibus dignæ: nos huiusmodi computationes quasi superfluas & contrarias voluntati testatoris, omnes esse sopiendas censemus. Cum enim manifestum est eum, qui ab initio duodecim vncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex vnciis, cum alii eas obtulit: & præsens casus exitum apertissimum inueniet. Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: vtrumque in sex vncias esse, vel dominum rei legatæ, vel heredem. Et si tota re primo relicta, tertiam partem secũdo reliquerit, secundum prædictum modum octo quidam vncias, vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor vncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est, in hereditatibus vel legatis, vel fideicommissis. Vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi viam æstimanda sunt.*

SVMMARIVM.

1 *Testatore legante alicui totum, & eiusdem rei partem dimidiam alii, quantum in hoc legato ad vtrumque legatarium pertineat, & quomodo res legata inter primum & secundum diuidi debeat.*

CVm testator † legat alicui totum, & eiusdem rei 1
partem dimidiam alii, hoc modo: *fundum Tusculanum primo fundum do lego, eiusdem Tusculani partem dimidiam secundo do lego.* Quæsitum est quantum in hoc legato ad vtrumque legatarium pertineret, & quomodo res legata inter primũ & secundum diuidi deberet? Iustinianus initio constitutionis ostendit varias diuisiones hic a veteribus excogitatas esse. Possunt autem in hac specie tres diuisiones fingi, quarum vnaquæq̃ue sua ratione defenditur, vnde ambigendi caussa, quæ constitutioni Iustiniani materiam præbuit. Primo dici potest fundum, de quo quæritur in tres partes diuidendum esse, ex quibus duas accipere debeat primus, vnam secundus. Optima ratione, quia cum totum primo legatũ est, deinde totius dimidium secundo, apparet duplo plus primo legatum esse quam secundo. Igitur in diuisione eadem proportio seruanda est, vt primo duplo plus tribuatur quam secundo ex voluntate testatoris, & ita ex prima & secunda vnciis, primus octo vncias habebit, secundus quatuor, id est primus duplo plus quam secundus. Pro hac diuisione facit *lex interdum, §. 1. vers. sed si excesserit. D. de hered. instit.*

Secunda diuisio admitti debere videtur, vt fundus legatus diuidatur in duos semisses, ex quibus vnus integer sine controuersia ad primum pertinebit, nam cui totus fundus legatus est, ei multo magis dimidium integrum legatum est. Alter semis diuidetur inter primum & secundum. Hæc diuisio differt a priore, quia ex priore diuisione primus accipit tantum octo vncias ex duodecim, secundus quatuor. Ex secũda autem diuisione quam diximus, primus accipit nouem vncias ex duodecim, nempe semissem & præterea tres vncias, partem semissis reliqui: secundus autem accipit tantũ quartam partem totius,

totius, id est, tres tantum vncias. Defenditur autem hæc diuisio hac ratione, quia dimidia pars fundi, quæ secundo legata est, eadem etiam legata est primo, cum enim primo legatur totus fundus, simul leguntur ei duæ dimidiæ fundi, ex quibus totus fundus constat. Proinde in hanc dimidiam ambo concurrent, vt fit cum eadem res duobus legata est, §. *si eadem, Instit. de leg.*

Sed iis diuisionibus duabus repudiatis Iustinianus hic constituit tertiam, vt fundus inter primum & secundum legatarios diuidatur ex æquis partibus & primus vnam dimidiam accipiat, secundus alteram dimidiam. Quæ sententia non tantum prima ratione noua videtur, sed etiam absurda. Nam aperte absurdum est, vt secundus cui dimidum tātum legatum est, tantundem accipiat, quantum primus cui duplo plus legatum est.

Respondeo: Esset omnino hoc absurdum, si totus fundus primo legatus esset, vt ab initio legatus videtur, sed cum testator legauit postea secundo eius fundi partem dimidiam, hanc ipsam dimidiam intelligitur ademisse primo, ac proinde nec ei legasse, ademta primo dimidia, sola altera dimidia relinquit, quæ ei tribuatur. Vnde intelligitur nihil amplius vtrique legatum, quam dimidiam. Primum omnibus interpretibus occurrit hic locus, qui ex diametro pugnare videatur *dict. leg. interdum, §. primo, versi. sed si excesserit, de heredibus instit.* vbi testator vnum heredem instituit ex asse, id est, ex tota hereditate, deinde alterū instituit ex sex vnciis, id est, ex dimidia parte assis, & sic primo totam hereditatem dedit, secundo partem dimidiam: Placet non idcirco videri sex vncias ademtas priori heredi, vt sic prior heres habeat tantum sex vncias, & posterior sex. Sed placet priorem heredem integrū assem habiturum, posteriorem sex tantum vncias, vt diuidatur hereditas in tres partes, ex quibus prior heres bessem accipiat, id est, duas partes, nempe duodecim, posterior accipiat trientem, id est, tertiam partem, nempe sex ex octodecim vnciis.

Hic vulgo interpretes multa diuinando rem inuoluunt potius, quam expediunt, neque animaduertunt manifestam esse vtriusque loci decisionem in specie, quæ vtrobique proponitur. Longe aliud est vni dare totum, & alteri eius rei prius datæ partem dimidiam, vt fit in specie huius constitutionis: aliud primo dare totum assem, deinde secundo sex vncias seu partem dimidiam assis, non addito, sex vncias eiusdem assis. Qui dimidiam dat secundo & nominatim adiicit dimidiam eius rei, quæ prius legata est, aperte priori legatario dimidiam partem detrahit, ac proinde in priore legato dimidium eiusdem debitor. At is qui secundo dat sex vncias simpliciter, seu dimidiam assis simpliciter, non intelligitur dare sex vncias eiusdem assis: assis quidem, sed noui assis non prioris, propterea, quod testator potest hereditatis suæ tot vncias facere, quot velit, idque est, quod differit Vlpianus *in d. l. interdum, §. 1.*

Secundum quam sententiam dicendū est, vbi testator heredem primum instituit ex asse, id est, duodecim vnciis, secundum autem heredem ex sex vnciis instituit, hereditas intelligatur diuisa in octodecim vncias, quæ in tres partes diuidentur, e quibus duas accipiet primus, secundus tertiam, pro ea portione ex qua prius instituti erant: aut si res reuocabitur ad vnum assem, id est, ad duodecim vncias, as ita diuidetur vt primus habeat bessem, id est, octo vncias, secundus trientem, id est, quatuor vncias, vt loquitur ibi Vlpianus, id est, vt primus duplo plus accipiat quam secundus, nam in octo vnciis institutus est, vt hic in quatuor.

Et hic quidem locus solus occurrit interpretibus huic constitutioni contrarius, sed sunt adhuc aliæ obiectiones multo grauiores, quæ nobis diluendæ sunt. Ac primum aduersus rationem huius constitutionis & sententiam totam vehementer pugnat ea ratio, qua supra proxima secunda diuisione vsi sumus. Est autem ratio huiusmodi: Quoties duobus eadem res legata est, testator posteriori rem legando, non intelligitur eam priori adimere, sed ita legat, vt ambo legatarii in eandem rem concurrant, §. *si eadem, Instit. de legat.* At in specie proposita, dimidia quæ secundo legata est, prius legata fuit primo, nam cum primo totum legatum sit, non est dubium, quin ei singulæ dimidiæ totius legatæ sint. Proinde hæc dimidia, quæ secūdo legata est, nō intelligetur priori ademta, sed ambo primus & secundus in hanc dimidiam cōcurrerent, vt primus dimidiam integram suo iure habeat, & alterius dimidiæ secundo legatæ partem vna cum secundo accipiat, atque ita nouem vncias habeat ex duodecim vnciis, secundus tres duntaxat.

Respondeo, quod dicitur cum eadem res duobus legata est, posteriore legato non adimi legatum priori, sed ambos legatarios in rem legatam concurrere, sic accipiendum est, cum duobus res solida legata est, vt duobus idem fundus Tusculanus, vt exempla probant, *in dict. §. si eadem*, & declaratur, *in dicta leg. si pluribus, de legatis primo.* Diuersum est, cum vna res primo tota legata est, alteri eiusdem rei pars dimidia. Nam pars dimidia priori detracta intelligitur, vt declaratur hac constitutione, vt dici possit hanc constitutionem esse prioris illius iuris interpretationem. Sed huic solutioni occurritur hac ratione: Quæ de re tota dicuntur, eadem & de parte intelligenda sunt, *leg. quæ de tota, de rei vindic.* At cum primo tota res legata est, deinde eadem tota legata est secundo, non intelligitur posteriore legato res tota detracta esse primo. Ergo & cum secundo dimidia pars legata est, non intelligetur hæc dimidia priori ademta, vt eadem sit ratio partis, quæ totius.

Respōdeo, Quod dicitur de parte, idem & de toto dici, sic accipiendum est, si in parte eadem sit ratio, quæ in toto, vt accidit in vindicatione partis, de qua agitur *in dict. leg. quæ de toto, de rei vindicatio.* Sed in proposito non eadem est ratio totius, si secundo totum legatum sit, & dimidii, si secundo pars dimidia tantum legata sit. Nam cum testator legat eandem rem totam secundo, tantum abest, vt hoc legato intelligatur voluisse totam adimere priori, vt potius singulis totam legando intelligatur eos in eadem re coniungere voluisse, quasi coniunctim & vno verbo singulis legata. At cum secundo legat partem dimidiam eiusdem rei, apparet eum voluisse partes separare, vt dimidia apud secundum esset, altera dimidia apud primum. Sic enim fit, vt in his partibus legatarios disiungat, non vero coniungat.

Sed & aduersus solutionem superiorem & totam sententiam huius constitutionis, opponitur *l. si alii, D. de vsufruct. legato.* vbi vni totus fundus legatus est,

& alteri eiusdem fundi dimidia, & tamen placet ambos legatarios in hac dimidiam concurrere. Species ita proponitur: Testator primo fundum Cornelianum legauit, deinde secundo eiusdem fundi Corneliani vsumfructum. Obseruandum est in hac specie videri primo totum legatum esse, deinde secundo eiusdem totius partem. Nam cum primo legatur fundus Cornelianus, intelligitur ei & legari proprietas fundi, & vsusfructus, ita vt nisi vtrumque detur separatim, fundus ex testamento peti possit, *l. Mæuius, §. penult. D. de legat.* Cum autem vsusfructus legatur secundo, non intelligitur solum legari vsusfructus, qui primo legatus erat, sed etiam ei intelligitur pars fundi legata, qui vsusfructus rei vicem obtinet, *l. qui vsumfructum, D. de verborum oblig. dict. l. Mæuius, §. penult.* Et tamen placet, *in d. l. si alii, de vsufruct. leg.* vsumfructum secundo legatum non adimi priori, sed vtrumque & primum & secundũ in hanc fundi partem concurrere.

Respondeo: Species hæc si recte expenditur, ad speciem huius constitutionis nihil pertinet. Nam reuera vsusfructus fundi pars non est, & ideo dicitur emolumenti pars esse, non fundi, *d. l. Mæuius, §. vlt.* Ob eandem caussam is, qui stipulatur vsumfructum, dicitur ei similis esse, qui partem stipulatur, *in dict. l. si vsusfruct. de verb. signific.* Nam certe simile non est idem, idque per se patet. Nam fundus est res corporalis, vsusfructus res incorporalis. Nemo autem dixerit rem incorporalẽ rei corporalis esse partem. Porro qui partem dimidiam non legauit secundo, non potest dici eam partẽ priori ademisse, quam non legauit. Huc accedit, quod ita demum ex constitutione Iustiniani pars dimidia secundo legata intelligitur priori ademta, si testator nominatim verbo, partis eiusdem rei, vsus sit in legando, quod testator non facit, qui fundum prius legat, deinde vsumfructum, quod constitutum est non tantum propter auctoritatem constituentis, sed etiam propter manifestam rationem & æquitatem sententiæ Iustinianeę in hac lege, qua posita ita statuem⁹. quoties duobus eadem res solida legata est, potius singuli in eandem rem concurrũt ex æquis virilibus portionibus, *§. si eadem, Instit. eod.* Idem ex hac constitutione probandum est, si duobus ita res legata sit, vt vni legaretur solida, alteri eius rei pars sola dimidia. Neq; hoc absurdum, quoniã pars dimidia secundo legata priori detracta intelligitur: ex quo euenit, vt dimidia solum priori relinquatur, vnde & æquas partes vtriusque in diuisione fieri oportet.

### *Ad §. Vltimum.*

*Sed & aliam disceptationem iuris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis humanum esse apparuit. Agitabatur enim si quis agrum Cornelianum, vel forte alium, vel quandam rem cuidam legauerit, & postea iterum vel sæpius ei eandem rem per legatum vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum vel aliam rem legauerit, vt sæpius quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii, quid statuendum est? Et quid iuris sit, si coniunctim aut separatim eis relinquatur, siue in legato hoc consistat, siue in hereditate? Huiusmodi igitur decidentes antiquam controuersiam, sancimus, cuicunque sit hereditas vel ager in memoratis casibus, siue coniunctim, siue soli, siue sæpius eidem relictus: æqua lance & hereditatem & agrum, & aliam quamcunque rem diuidi, & ad dimidiam partem vnumquemque vocari: nisi specialiter expresserit, & dixerit testator, tantas quidem partes velle vnum, tantas autem alterum habere. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus. Datum XV. Calend. Decemb. Lampadio & Oreste VV. Coss. 530.*

SVMMARIA.

1 *Testatore legante eandem rem vni, quamuis leget sæpius, tamen ei semel tantum debetur.*

2 *Verba stipulationis sic accipiũtur, vt semper aliquid egisse intelligantur.*

3 *Quicquid verba significant, id pro stipulatione accipi debet.*

CVm testator † eandem rem vni legat, quamuis 1
leget sæpius, tamen semel ei tantum debetur, *l. plane vbi, §. 1. de legat. 1.* Et merito, quoniam vna res legata est, non plures, quamuis eadem sæpius legata sit. Vna autem amplius quam semel præstari non potest. Itaque ingeminatio legati in eadem persona legatarii facta, legato nihil adiicit. Hinc consequens est, quod hic a Iustiniano constituitur, quoties eadem res duobus est solida legata, quamuis vni sæpius legata sit, tamen nõ aliter inter legatarios res diuiditur ex æquis portionibus, quam si singulis semel tantum legata esset, quia quod sæpius vni legatum est, ad legatum nihil adiicit: hoc enim iuris est, si vni soli legata esset.

Sed non caret res dubitatione, quam ob caussam Iustiniani constitutione opus fuit. Nam aliud receptum est in stipulatione serui communis, *leg. quarta, de stipulatio. seruorum.* Stychus duos dominos habens Titium & Mæuium, hoc modo fundum stipulatus est, *Fundum Tusculanum Dominis meis, & Titio dare spondes?* Vel hoc modo, *Titio & Mæuio, & Titio dare spondes?* Propter ingeminationem Titii placuit in hac specie duplicem diuisionem fieri, primum diuidendum esse fundum in duos semisses, ex quibus vnus semis integer pertineat ad Titium, alter semis rursum diuidi debeat in duos quadrantes, ita vt Titius vnum quadrantem, id est, tres vncias habeat, Mæuius alterum quadrantem, id est, reliquas tres vncias, vt in summa Titius dodrantem habeat, id est, nouem vncias, Mæuius quadrãtem, id est, solum tres vncias.

Sed aliud seruatur in contractibus, aliud in legatis & testamentis, quoniam aliud contrahentium, aliud testatoris voluntas exigit. In stipulationibus, quoniam qui stipulatur hoc animo est: vt sibi caueat & acquirat aliquid, placet † verba stipulationis sic 2
accipi, vt semper aliquid egisse intelligantur, *l. quicquid, l. quoties in stipulat. de verb. oblig.* Et † quicquid 3
verba significarunt, placet id pro stipulatione accipi debere, quia non frustra sibi cauerit, *leg. quicquid, in fin. prim. versic. de verborum obligatione.* Proinde, quod seruus bis Titio domino stipulatus est, sic accipi debet ingeminatio, vt non frustra Titio bis stipulatus sit. Id autem ita fiet, si verbis ei stipulatus est, vt bis in eius vtilitatem fundus diuidatur. Alia mens est testatoris cum fundum duobus legat, quamuis bis vni leget. Non enim intelligitur propter ingeminationem legati, plus vni tribuere voluisse, propter alterum collegatarium, quem pariter dilexit. Id ex eo apparet, quod ei pariter fundum solidum le-

dum legauit. In testamentis autẽ non quid scriptum sit spectatur: sed quid testator voluerit, quia totũ in his voluntas facit, *l. ex facto, §. rerum, D. de hered. Insti. l. 12. in fin. de leg. 1.*

*Ad L. 24. Cum quidam.*

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

*Cum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet, ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam, etiam substitutionem ei addidit, & a substituto legatũ reliquit: quærebatur, si huiusmodi legatũ vel fideicõmissum posset valere. Sed & si legatũ eidem exheredato filio pater reliquerit, & substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum: iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum posset relinquere. Cum igitur antiquitas quidem hoc diuerse tractare maluerit, nobis autem huiusmodi iurgia superuacua esse videantur: sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, prægrauari: nec si ipsam rem quam pupillo legauit, a substituto eius vel legare, vel fideicommittere voluit. Datum II. Calend. Maii, Constantinopol. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*
2 *An ab exheredati substituto legari aut fideicommitti possit, & nu. 3.*

1 SEntentia est,† Ab impuberis exheredati substituto legatum aut fideicommissum inutiliter relinquitur, quamuis pater filii exheredati leget, & idipsum corpus leget a substituto. Hæc summa tres sententias continet, quarum vnaquæque suam du-
2 bitationem habet. Prima illa est: Ab † exheredati substituto legari aut fideicommitti non posse. Regula vetus est, non hoc tantum loco constituta, *leg. antepenult. de legat. 1.* Hæc vt intelligatur sciendum est, patrem filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituere posse in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit, neque id tantum filio impubere herede instituto, sed exheredato, vt dicat hoc modo: Filius meus impubes exheres esto, si is intra pubertatem decesserit, Lucius Titius ei heres esto, *l. 1. §. 1. de vulg. insti. in prin. §. non solum.* Hinc
3 quæsitum est,† cum exheredato impuberi pater heredem substituit, an ab hoc substituto legatũ aut fideicommissum relinquere possit?

Controuersia nascitur ex alia regula iuris, qua efficitur, quibuscunque aliquid datur testamento, ab his fideicommissum relinqui posse, *leg. 1. §. sciendum, de legat. 3.* Secundum quam regulam videbatur dici debere, etiã a substituto exheredati relinqui posse, quia pater qui relinquit, prius ei hereditatem filii impuberis dedit: sed placuit quod supra scripta regula comprehensum est, ab hoc substituto relinqui non posse. Idque hac ratione*, quia pater a filio ipso exheredato legare, aut fideicommittere nõ potuit. Nam cui testamento nihil dedimus, ab eo nihil relinqui potest, *leg. ab eo, infr. de fideicomiss. l. 6. §. vlt. de legat. 3.* Porro qui non habuit ius legandi, ab eo exheredato, is plus iuris in personam heredis eius transferre non debet. Ratio est Iuliani *in leg. qui fundum, §. qui filios, in fin. ad leg. Falcid.* Ratio sumpta est ex regula iuris nota, quod qui in ius & locum alterius succedit, eodem iure vti debeat, *l. qui in ius, D. de reg. iur.* Non obstat, quod dicitur, quibus testamento aliquid datum est ab his fideicõmissum relinqui posse. Hoc enim sic intelligendum est, si is testator aliquid de suo dederit, vt intelligitur *ex l. qua ratione, §. quod nullo. cir. fin. D. ad l. Falcid.* Sed & illud recte dici potest, cum pater filio impuberi exheredato heredem substituit, non videri patrem quicquam dare substituto, neque de suo, neque de alieno. Nam magis videtur impubes ipse dare, facto tamen & auctoritate patris: nam substitutio pupillaris est impuberis testamentum, tametsi pater hoc ei testamentum fecit, vt dicitur *in dict. leg. Papinia, §. sed nec impuber. D. eodem.*

Quid si in superiori hypothesi retenta, pater filio impuberi exheredato fundum legarit, & tantundẽ leget ab exheredati substituto, videbatur hoc saltem casu a substituto legari aut fideicommitti posse, commutata videlicet in contrarium ratione, propter quam dicebamus a substituto exheredati legari non posse. Hæc enim est ratio, quia ab exheredato ipso legari non poterat, at ratio cessat cum exheredato quid legatum est. Nam hoc casu ab exheredato tantum relinqui potest, *leg. coherede, §. 1. in fin. D. de vulg.* Vnde effici quis non immerito dixerit, vt etiam ab eius herede relinqui possit, quoniam cessante ratione iuris, etiam ius locum non habet, *leg. quod dictum, de pact.* Ad huius sententiæ confirmationem facit regula iuris, qua diserte id expressum est *in leg. 5. §. vltim. de legat. 3.* his verbis: *Cum ab herede aut legatario relinqui potest, etiam ab heredis & legatarii herede fideicommissum relictum valere, benignum est.* Sed tamen etiam hoc casu placuit ab exheredati substituto legatum aut fideicommissum relinqui nõ posse, non tantum hac lege, sed etiam iure veteri. Exstat enim hæc sententia *in d. l. qui fundum, §. qui filio, vers. ne cui contrarium, ad l. Falcid.*

Non obstat, quod exheredato, cui legatum datum est, fideicõmmissum relinqui potest. Non enim si ab herede relinqui non potest, quod ab exheredato non potuit: idcirco recte colligitur, contra si quid exheredato legari potest, recte etiam legari posse ab eius herede substituto. Nam quod exheredato legatario fideicõmissum relinqui potest, id beneficium personale est, nec personam exheredati egreditur, quoniam non est eadem ratio in herede filii, quæ in filio ipso. A filio exheredato, cui pater legatum dedit, fideicommissum relinqui potest, quia pater ei tantundem dedit, aut amplius. Hæc ratio locum non habet in substituto filii, quia pater huic substituto nihil de suo dare intelligitur. Nec nos mouerit, quod dicitur a legatarii heredibus fideicommissum relinqui posse, *dicta leg. quinta, de legat. 3.* Nam aut simpliciter dicitur fideicõmissum ab heredibus legatarii relinqui posse, aut relictum valere, sed valere benignum esse.

Ex his verbis intelligimus, hanc regulam locum habere, solum in aliis legatariis, non autem in legatario filio exheredato, hac ratione, quia quod benigne in aliis recipitur, id in exheredato recipiendum non est propter odium exheredationis paternæ. Exheredationes enim vt res odiosæ benignitate interpretationis adiuuandæ non sunt, *l. cum quidam, in fin. de lib. & posthum.*

Sed cum hæc sententia fuerit etiam veteris iuris, quid opus erat Iustiniani constitutione ad eam confirmandam? Respondeo: Quia tertiam dubitationem Iustinianus dirimit. Quærebatur enim amplius, si pater non potest aliud tantundem relinquere a substituto exheredati, an saltem non possit idem illud corpus relinquere, quod prius exheredato legarat? Et Iustinianus adiicit, ne hoc quidem patri concedendum esse, in odium exheredationis, vt ipse in principio huius constitutionis significat.

*Ad L. penult.*

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

*Si legatarius vel fideicommissarius celauerit testamentum, & postea hoc in lucem emerserit, an posset legatum sibi relictum is, qui celauerit ex eo testamento vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, vt non accipiat fructum suæ calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua defraudare: sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem, quasi pro non scripto apud heredem, vt qui alii nocendum esse existimauit, ipse suam sentiat iacturam. quemadmodum si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam, ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur, cui ille vtilis esse noluit. Dat. Cal. Nou. Constantinop. post consulat. Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIVM.

1 *Legati actionem amittit is, qui tutor datus tutelam non subiit.*

1 SEntentiam huius legis complexi sumus *ad leg. 5. supr.* Notandum est quod hic dicitur eum † legati actionem amittere, qui tutor datus tutelam non subiit. Hoc enim generalius dictum est, sed ita accipi debet, si is qui tutor datus erat, cum posset, tutelam suscipere noluit, non etiam, si non potuit, *leg. post legatum, §. amittere, de his quæ vt indig. aufer. leg. qui tutelam, Dig. de testam. tut.* Quod si quis ideo tutelam non subiit, quia non potuit, nihilominus ei legatum saluum est. Is non potuit tutelam subire, qui tutor iure dari non potuit, vt miles. Et ad hanc caussam supra constitutum est, *leg. ab administratione sup. h.* si miles tutor datus, tutor non fiat, nihilominus eum legatum consequi. Is etiam tutor esse non potest, qui cum ex inquisitione magistratus dari deberet, & paratus esset tutelam suscipere, a prætore non est admissus, vt non satis idoneus. Et ob hanc caussam placuit eum, qui ita admissus non est, nihilominus legatum consequi, *leg. cum filius, §. non iure, de legat. 2.* Hæ superioris regulæ exceptiones non sunt, sed confirmationes potius. Confirmant enim eum solum, qui tutor datus tutelam non subiit, legatum amittere, quia noluit tutor esse, de quo solo regula concepta est.

*Ad L. Vltimam.*

Idem Augustinus Ioanni præfecto prætorio.

*Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, vtpote irritis, a legū conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere & firmitatem habere. Cum enim iam constitutum sit, fieri posse temporales donationes & contractus: consequens est etiam legata vel fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario emtionem in personam heredis exponere, vt ei post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur. Dat. 15. Cal. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Legata temporalia, quamuis ad tempus data, nihilominus sunt perpetua.*

2 *Legatum temporale vtrum finiatur tempore præstituto præterito ipso iure an per exceptionem.*

CVm decem annua Titio legata sunt, vsque ad decem annos, aut cum fundus Titio legatus est vsque ad decem annos, & si qua sunt legata Titio ad tempus vsque certum relicta, quæ in hac † lege temporalia vocantur, de iis ita ius olim fuit, vt quamuis ad tempus data sint, nihilominus essent perpetua, quia tempore finiri non possunt, secundum regulam iuris *leg. nemo, de legat. primo.* Regulæ iuris id exigunt, vt obligatio semel cœpta non finiatur, nisi & iure constitutis modis, *titul. quibus modis toll. obligatio.* Inter hos autem modos, non est solum factum, aut sola voluntas testatoris. Hæc ratio significatur *in leg. obligationum fere. in princip. versi. placet. de obligationibus & actionibus.* Iustinianus hac lege hoc ius mutauit, & eiusmodi legata omnia confirmauit, vt valerent non minus quam cetera. 1

Hic quæsitum est, vtrum † ex hac constitutione legatum temporale finiatur tempore præstituto præterito ipso iure, an per exceptionem? Mouet quæstionem, quia etiam olim huiusmodi legata finiebantur ope exceptionis. Nam si legatarius legatum post decem annos annuum peteret, ab herede quidem iure peteret, sed exceptione doli mali submouebatur, quia petebat contra conuentionem. Idque expressum est *in dicta leg. obligationum fere, vers. faciet.* Hinc quærimus, an idem etiam nunc post hanc constitutionem probādum sit? Quod vulgo probatur. 2

Sed perspicuum est Iustinianū hæc legata omnia constituere temporalia, ita tempore constituto finito ipso iure finiri. Id autem planum fit ex eo, quod dicit, se in eo vetus ius emendare. Nihil emendaret in iure veteri, si legatum tempore, iure non finiretur, sed tantum per exceptionem, nam & olim idem ius fuit. Deinde ita scribit, se constituere vt legata temporalia, quæ prius irrita erant, non valeant: prius erant irrita iure summo tantum, non iure prætorio. Hoc igitur constituit etiam ipso iure non valere nunc ea legata. Quod autem dicitur legata temporalia olim non valuisse, sic accipiendum est, vt non valuerint, quatenus temporalia erant: nam quatenus legata erant, debebantur & erant perpetua, sed quatenus iis tempus adiiciebatur, ad quod vsque legata valerent, hactenus adiectio non valebat.

Iustinianus addit, se hoc constituere, quia & idem ante in donationibus receptum erat, & idem in contractibus. quod de donationibus tantum quibusdam, & quibusdam contractibus accipiendum est, alioqui sententia falsa. Nam cum alicui dono fundum ea lege, vt id faciat aut non faciat, caussa non secuta non reuocatur dominium ipso iure, sed tan-

sed tantum condictio ob caussam datur, *c. non secus. leg. 5. de condict. ob caussam.* Sed solum ipso iure finitur dominium rei donatæ in specie, cum donator dedit alicui, vt ab eo aleretur, & caussa secuta non est, *l. 1. ȷ. de donat. quæ sub mod.* Idem in contractibus dicendum est: nam si tibi vendiderim fundum, & tradiderim vt tuus sit, donec illud non faceres, caussa non secuta nihilominus fundus tuus manet, nec alia mihi actio tecum est, quam actio in personam, ex venditione, vt mihi rem reddas. Solum dominium translatum ipso iure finitur, cum res vendita est & tradita lege commissoria, id est, ea lege, vt si intra certum tempus pretium solutum non esset, fundus inemtus esset; *tit. de lege commissoria.* Has igitur species in hac lege accipere debemus.

De his itaque caussis hæc constitutio accipienda est, quorum argumento Iustinianus dicit, se idem constituere in legatis omnibus temporalibus, vt post tempus constitutum, & decem annua desinant ipso iure deberi, & fundus legatus desinat ipso iure legatarii esse. Quamobrem caussam adiecit Iustinianus, non aliter huiusmodi legata præstanda esse legatario, vbi aliquid illi daretur, quod postea restituendum esset, quam si caueret heredi, se id legatum post tempus constitutum restiturum saluum & integrum, quod sine culpa sua fieri posset, cuiusmodi cautio recepta est in re fructuaria, quæ fructuario fruenda datur, *l. 1. ff. vsufr. quemadmodum caueat.*

*Auctor Lectori.*

QVoniam titulus sequens tantum de verborum significatione, non de iure est, omnia rescripta eius talia sunt vt legenti facilia sint, itaque pergimus ad seq. tit.

## AD TITVLVM XXXIX. COD. Si omissa sit caussa testamenti.

SVMMARIA.

1 *Actio legatorum seu fideicommissorum noua in quem detur.*

2 *Omittere hereditatem quis dicatur, quis item caussam testamenti.*

3 *Actio legatorum seu fideicommissorum quibus, quarum rerum gratia, & quatenus detur.*

HEredem legatis teneri certum est, si hereditatem ex testamento adierit, de quo dictum *ad l. 2. de leg.* Placuit Imperatoribus etiam eum, qui ex testamento hereditatem omisisset, legatis obligari, si ab intestato possideret hereditatem, *l. vlt. hic.* Quam ob caussam merito hic titulus superioribus de legatis subiungitur, vt intelligeretur, quæ in totum obligatio esset heredis in præstatione legatorum. De hac parte fuit edictum prætoris ad hanc sententiam: *Si quis omissa caussa testamenti, ab intestato hereditatem, partemve eius possidebit, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret, quo legatarii, ceterique, quibus ex iudicio defuncti aliquid deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, careant iis, quæ sibi relicta sunt: in eum perinde quasi ex testamento adiisset, cognita caussa, actionem dabo.* Hæc propemodum verba edicti fuisse, arguunt ea fragmenta, quæ iuris auctores veteres interpretantur. *sub eodem tit. ff.*

Sed singulæ partes facile notabuntur in explicatione edicti, & totius huius tituli, quam subiicio. Constituitur hoc edicto actio legatorum seu fideicommissorum noua, & quæ iure ciuili est incognita. Videndum est, in quem detur, quibus detur, quæ sit actio, & quatenus detur.

Hæc † actio in eum datur, in quo quatuor concurrunt. I. Eum esse oportet, qui omisit caussam testamenti, *l. 1. in pr. ff. h.* vnde titulus, *Si quis omissa caussa, &c.* Omittere † hereditatem maxime is dicitur, qui cum posset ex testamento hereditatem obtinere, vel per se, quia institutus erat, vel per alium, quia institutus erat eius seruus aut filius, quem in potestate habebat, noluit hereditatem ex testamento habere: quod contingit in extraneis heredibus repudiando; in suis se abstinendo hereditate, aut iubendo, vt is, per quem acquirere potuimus, repudiet, *l. 1. in pr. ver. & nihil refert. l. 1. & l. prætermittere caussã. ff. eo.* Hic volumus non aliter videri omitti hereditatem, q̃ si quis ideo non adeat quia noluit, cum posset. Ex quo intelligitur, si quis heres testamento institutus ideo hereditatem non adiit, quia testamentum iure non valuit, non teneri legatariis, quamuis ab intestato defuncti possideat hereditatem, quod scriptum est *in l. 2. h.* scilicet quia qui iure non potuit esse heres, non potest dici ex superiore definitione omisisse hereditatem. Edictum autem ad eos solos pertinet, qui omiserunt caussam testamenti. Præterea omittere caussam testamenti etiam dicitur, qui testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas aduersus testamentum patris petere potuit. Et ideo placet si is amissa bonorum possessione, contra tabulas ab intestato petat bonorum possessionem, vnde liberi, eum in solidum legata præstare debere, quæ certis tantum personis deberet, si petiisset bonorum possessioné contra tabulas, *l. quia 6. §. pen. l. si filius. ff. eo.*

Sed quomodo dici potest testamenti caussam omittere, qui ex testamento nihil habuit, quantumuis non petat bonorum possessionem contra tabulas. Item quæro, etiamsi bonorum possessionem contra tabulas peteret, quomodo dici possit caussam testamenti sequi, qui testamẽtò præteritus est? Resp. Hoc ideo responsum est, quia existimatum est non solum bonorum possessionem secũdum tabulas esse ex testamento, sed etiam bonorum possessioné cõtra tabulas, quia neutri locus esset nisi testamento rite facto. Sunt autem, qui bonorum possessionem petere possunt, non tantũ heres testamento institutus aut filius testamento præteritus, qui omittere potest caussam testamenti, & ab intestato possidere hereditaté, sed etiam legatarius, cui testamento aliquid relictum est, q̃ facit tunc, cum dolo malo facit, vt heres script⁹ omittat hereditatem, & sic non ex caussa testamenti legatum obtineat ab herede. Itaque placet hoc casu, si is legatarius rogatus sit testamento, legatum id restituere, fideicommissi nomine obligari, tanquam qui omissa caussa testamenti possideat hereditatem vel rem hereditariam, *l. 4. §. quanquam. ff. eod.*

Ex hac parte intelligimus, si quis non sit testamento institutus heres, & ab intestato possideat hereditatem, eũ legatariis non teneri ex hoc edicto, quoniam non omisit caussam testamenti, qui ex testamenti caussa nihil habuit. Sed hoc ita est, nisi is qui ita possidet hereditaté ab intestato participato cum heredibus scriptis fraudis consilio hereditatem possideat. Nam hunc placuit vtili actione teneri, *l. videtur. §. vlt. ff. eod.* Et ideo si heres scriptus pecuniam accepit, vt omitteret hereditatem, vel gratis omiserit hereditatem, hoc consilio, vt hereditas ad substitutũ aut legi-

timum heredem perueniret, hoc casu vtili actione a legatariis & fideicommissariis conueniri potest. Vtili, id est, non ex verbis edicti, quoniam heres possidet hereditatem, sed non omissa caussa testamenti, verum ex sententia prætoris seu edicti, quia perinde est, quasi omisisset caussam testamenti, qui huius omissionis fructum percipit. De hoc scriptum est *l. 2. 3. 4. ff. h.* De substitutis est *l. 1. h.*

Non sufficit omisisse caussam testamenti, nisi quis possideat hereditatem vel partem eius, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret. Horum igitur alterutrum concurrere oportet. De eo qui possidet est *in l. 1. statim in pr.* Nihil autem refert, vtrum quis possideat hereditatem, an partem, an vero etiam hereditatis rem hereditariam minimam, *l. et si. cum 3. seqq. ff. h.* In eadem caussa cum possessore est is, qui dolo malo fecit, quo minus possideret, *de quo in l. 1. §. siue interueniente. §. seq. ff. h.* idque ex regula iuris perpetui constituitur, secundum quam par caussa est eius, qui possidet, & eius, qui dolo desiit possidere, secundum quam eandem regulam semper qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, *l. qui dolo. de reg. iur.* Duo dolo facere intelliguntur, quo minus hereditatem ab intestato possideant. Primo & quidem proprie hi, qui ab intestato possidere cœperant, deinde ad alium hereditatem quam possidebant transtulerunt volentes scientes, cum ab his hereditas non euinceretur, *l. 1. §. siue interueniente. vers. dolo. ff. h.* Deinde hi, qui ab initio malitiose fecerunt, ne hereditatem possiderent, quo ea vel ad substitutum vel ad heredem legitimum perueniret, *l. 1. §. pen. ff. h.* Et ideo siue heres scriptus pecunia accepta omisit hereditatem, siue nulla pecunia accepta, sed tantum gratia substituti aut legitimi heredis idē facit, vtroq; casu actione tenebitur non vtili, sed directa, quoniam dolo fecit, quo minus possideret. De eo qui pecunia accepta omisit hereditatem est *in l. 2. ff. eod.* De eo qui omisit gratia tantum est *in l. 4. ff. eod.* Sed ita vt ex ea lege non satis aperte colligatur, vtrum hoc casu heres omittens hereditatem conueniri debeat, sed satis intelligitur ex eo, quod dolo possidere desiit, & hic generaliter dicitur ex edicto teneri, *d. l. 1. §. pen.* Secundum hæc euenit, vt cum heres institutus dolo malo hereditatem omittit, quo ea perueniat ad substitutum, aut heredem legitimum, hoc casu incipere duos teneri ex hoc edicto legatarii, heredem scriptum directa actione, quia omissa caussa testamenti perinde habetur quasi possideret, cum dolo desierit possidere; & præterea substitutum & heredem legitimum vtili actione, vt in superiori parte diximus & *l. 1. h.* comprehensum est.

Vbi tamen monendi sumus, hoc casu prius conueniendum esse & excutiendum possessorem, deinde si ab hoc omnia obtineri non possunt, tum secundo loco perueniendum esse ad eum, qui dolo malo omisit hereditatem. Quæ cautio diligenter notanda est *ex l. 2. ff. eod.* Ex hac parte primum colligimus, si quis omisit caussam testamenti, neque hereditatem possidet, aut dolo malo possidere desiit, hunc legatariis nullo modo teneri, quantumuis alii possideant hereditatem ab intestato. Liberum est enim cuiuis hereditatem non adire & implicari hereditariis oneribus, *l. si quis. ff. eod.* Alterum ex eadem colligimus parte, si heres institutus omissa caussa testamenti non possideat hereditatem, neque dolo fecerit, quo ad alium perueniret, alius vero ab intestato possideat, euenire id, quod scribitur *l. 2. in fin. h.* nempe legata nullo modo præstari debere: non enim tenetur heres institutus, qui omisit quidem caussam testamenti, sed non possidet hereditatem: non etiam is, qui possidet hereditatem, quia neque caussam testamenti prius omisit, cum institutus non esset, neque fraudis consilium percipere potuit, cum eo, qui dolo nihil fecit.

Ne hoc quidem satis est, omissa caussa testamenti possidere hereditatem partemve eius, sed & tertium concurrere oportet, vt quis possideat hereditatem partemve eius ab intestato, vt omnia hic rescripta declarant, & est *in l. 1. in pr. ff. eod.* Ab intestato possidere hereditatem intelligitur, qui possideat tanquam heres: nam iure intestati nō nisi heres possidet. Siue igitur quis iure legitimo heres erit, vt olim agnati, siue quis bonorum possessionem petierit, vt cognati, siue etiam quis hereditatem nullo iure possideat ab intestato; possideat tamen tanquam heres quod se heredem contendat, aut heredem esse velit, is est qui hac edicti parte tenetur, *l. 1. §. non quærimus. ff. eod.* Quod si quis omissa caussa testamenti possidet rem aliquam hereditariam, sed titulo singulari, velut pro dote, pro emto, pro donato, item quia legatorum seruandorum caussa, aut rei seruandæ caussa in possessionem rerum missus est, is non tenetur hoc edicto, quia non possidet intestati titulo, sed alio iure, *l. vlt. l. 1. §. non quærimus. ff. eod.*

Hic excipitur substitutus, qui participato fraudis consilio cum herede instituto hereditatem possidet, nam hunc diximus vtili actione teneri, *l. 1. 2. 3. ff. h.* Et tamen hic ab intestato non possidet hereditatem, verum ex testamento, nempe ex substitutione, sed habita ratione institutionis, perinde habetur, quasi ab intestato succederet & obtineret hereditatem, videtur enim magis succedere in locum instituti. Excipiendus præterea est legatarius de quo supra *ex l. 4. §. pen. ff. eod.* Nam hic tametsi omissa caussa testamenti obtinet legatum, tamen non obtinet tanquam heres, sed titulo priuato. Ex hac distinctione nata est inscriptio tituli in ff. *Si quis omissa caussa testamenti ab intestato vel alio iure possideat hereditatē.* Qui ab intestato possidet tenetur, qui alio iure, non tenetur.

Ad hæc omnia & quartum exigitur, vt quis ex hoc edicto legatis teneatur. Id autem est, vt qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, id fecerit in fraudem legatariorum, & ceterorum, quibus quid testamento datum est, quo carerent his quæ sibi relicta sunt, quæ pars indicatur *in l. 1. in prin.* sed apertius *in §. siue interueniente. vers. dolo. ff. eod.* Ex quo intellectum est, non teneri hoc edicto eum heredem scriptum, qui sine fraude hereditatem omisit, & ab intestato possidet, vt sibi consuleret, cuiusmodi est patronus, si sit a liberto institutus ex legitima portione, sed ea portio legatis sit exhausta, *l. quia autem. §. si patronus. l. excusatus. ff. eod.* Simile exemplum est in filio instituto, quem pater nimium onerauit, *in l. quæsitum. ff. de acquir. hered.* Hęc cum in aliquem concurrent, tum is erit, in quem actio ex hoc edicto cōpetat.

3 Ceterum † quibus detur, quarum rerum gratia, quæ actio, & quatenus detur, continetur in his verbis edicti: *Perinde ac si ex testamento hereditatem adiisset.* Quæ verba in edicto expressa fuisse constat, *ex l. si duo. & l. si dolo. ff. eod.* Ex his primum intelligitur hanc actionem permitti legatariis, & his quibus testamento quid

to quid datum est. Nam iis teneretur heres, si ex testamento hereditatem adiisset. Ex iisdem verbis intelligimus, non tantum legata ex edicto peti posse, sed etiam saluas esse libertates testamento relictas tam directas, quam fideicommissarias, *l. antepen. §. 1. l. pen. l. de libertatibus. ff. eod.* Quod & expressum est *in l. 2. in pr. h.* Ex iisdem verbis intelligimus, quatenus legatorum siue fideicommissorum nomine actio detur in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato conuenitur. Nec minus ex illis verbis intelligitur, quæ sit actio & qualis tum in legatis tum in hereditatibus. Sed intelligitur quatenus detur actio in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet. Intelligimus autem ita dari, vt quemadmodum tenetur possessor legatariis, ita etiam eadem commoda consequatur, quæ habiturus esset, si ex testamento hereditatem adiisset.

Ea autem commoda tria sunt. Primum, quod ei, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, commodum legis Falcidiæ concedatur, vt quemadmodum legata ex hoc edicto præstari, sic ex hac parte edicti ea præstet, retenta quarta ex lege Falcidia, *l. si duo. §. vltim. l. cuius. ff. eod. l. vltim. h.* Id autem ex eo efficitur, quia si heres ex testamento hereditatem adiisset, beneficio legis Falcidiæ citra controuersiam vteretur. Nam ea lex ad heredes scriptos pertinet. Secundum commodum est, quod si duo omissa caussa testamenti ab intestato possidebunt hereditatem, singuli in solidum tenentur legatariis, sed pro ea tãtum parte, quam possident, *l. si duo. l. si dolo. ff. eod.* Nam & idem efficeretur, si duo ex testamento hereditatem adiissent: tenentur enim heredes oneribus hereditariis, pro portione tantum hereditaria, *l. 2. infr. de hered. action.* Tertium commodum est in libertatibus fideicommissariis, & si is, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, seruis hereditatem præstiterit ex caussa fideicommissi, hos sibi libertos habeat, *leg. penultim. ff. eodem.* Nam & idem iuris foret, si ex testamento hereditate adita manumisisset, *§. vltim. de singul. hered. perdit.*

Sed datur hæc omnis actio non simpliciter, verum caussa cognita, *vt est in l. quia autem. §. non simpliciter. ff. eod.* Quibus verbis significatur, prætorem ita actionem dare aduersus eum, qui omissa caussa testamenti hereditatem ab intestato possidet, nisi aliqua æquitas suadeat, ne detur, & an sit aliqua æquitas prætorem cogniturum & æstimaturum. His autem verbis contineri intelligimus, neque hanc actionem dari semper in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, neque dari semper omnibus legatariis.

Ex his qui omissa caussa testamenti ab intestato possident, non tenentur ex hoc edicto ii, qui facultatem omittendi ex testamento nominatim a testatore acceperunt, quoniam prætori in hoc edicto solum propositum fuit, vt voluntas testatoris seruaretur, *l. quia autem. §. plane. l. 5. §. non simpliciter. ff. eodem.* Item qui cum hereditatem ab intestato cœpissent possidere, ab his postea hereditas euicta est, sine vlla aduersarii collusione, *d. §. non simpliciter.*

Ex legatariis autem excipiuntur ii, qui & ipsi omissa caussa testamenti ab intestato possident hereditatem, vtputa heredes instituti sunt Titius & Mæuius. Mæuio centum legata sunt, ambo omissa hereditate ex testamento ab intestato possident hereditatem. In hac specie actio non erit Mæuio aduersus coheredem, denique centum legata non debebuntur, *l. quidam. ff. eodem.* Idem est, si instituto legata sunt data substitutis & institutis, itemque substituti omissa caussa testamenti ab intestato possideant hereditatem. Nam hic placet substituto legata sibi relicta ab instituto non deberi, *l. si non dolus. §. 1. ff. eod.* Huius sententiæ æquitas manifesta est: nam indignus est auxilio edicti, qui ipse aduersus edictum committit, *l. auxilium. in fin. ff. de minorib.*

## AD TITVLVM XL. COD. De indicta viduitat. & l. Iul. miscell. tollenda.

SVMMARIA.

1 *Non omnes conditiones pro scriptis habentur.*
2 *De legato indictæ viduitatis.*
3 *Cautio Mutiana.*
4 *Conditio viduitatis an pro scripta habeatur.*

Legatum sub conditione recte relinquitur, vt non aliter debeatur, quam si conditio extiterit, *l. 1. de condit. & demonstr.* Quædam † tamen conditiones excipiuntur, quæ adiectæ legato, pro non scriptis habentur, nimirum impossibiles conditiones, *l. obtinuit. de condit. & demon.* In his quæ sunt contra leges numeratur hæc conditio, quæ viduitatem alicui iniungit, cum ita alicui legatur, *mulieri, si non nupserit: viro, si vxorem non duxerit.* Et ideo legatum sub hac conditione relictum, & nubenti mulieri & viro vxorem ducenti nihilominus debetur quasi conditione non adscripta. Idque lege Iulia Papia de maritandis virginibus effectum est, *vt liquet ex l. cum ita legatum. & l. hoc modo sequenti, & earum legum inscriptionibus. l. cum tale. § si arbitratu. de condit. & demonstr.* 1

Hac conditione † iniungitur viduitas proprie, cum hæc conditio refertur in personam ipsius legatarii, hoc modo, *Titiæ si non nupserit*, vel, *Titio si vxorem non duxerit heres meus centum dato.* Nam legatarius spe legati mouebitur, ne vel nubat vel vxorem ducat. Itaque constitit hoc legatum spreta conditione deberi, *dict. l. cum ita leg. & l. sequen.* Idem dicendum est, si conditio viduitatis collata sit in personam alterius, sed eius, qui sit in potestate legatarii, hoc modo: *Titio patri heres meus centum dato, si filia, quam is in potestate habet, non nupserit.* Nam hoc casu vt pater legatum consequatur, facile perficiet, ne filia nubat. 2

Idem iuris est, si conditio conferatur in personam alterius, sed ad quem legatum postea peruenturum est, hoc modo: *Filio illi, filiusfamilias heres meus dato, si pater eius non duxerit vxorem*, hic propter spem legati iniungitur viduitas patri, qui vt legatum per filium consequatur, vxorem non ducet, quo filius prius ad legatum perueniat. Ideo placet in duabus his speciebus posterioribus, conditionem viduitatis, pro non scripta esse, & legatum statim capi posse, *l. heres meus. §. vltim. ff. de condit. & demonstr.* Quoties autem conditio confertur in personam alterius, quam legatarii, & is, in quem confertur plane extraneus est, placet legatum conditionale esse, veluti, *Titio heres meus dato, si Sempronia non nupserit*, placet in hac specie, & Sempronia nubente nihil deberi, & nõ nubente nihil deberi, priusquam constiterit illam amplius nubere non posse, puta quia mortua sit, *quod in l. 1. h. scriptum*

est, hac ratione, quia huiusmodi conditione in personam alterius extranei collata nulli viduitas iniungitur, propter spem & commodum legati. Nam & Sempronia nihil vnquam ex legato consequitur, vtpote, cui legatum non est, & ob hanc caussam non potest dici propter commodum legati inductam viduitatem.

Hoc ius ex lege Papia ad omnes eiusmodi conditiones pertinuit, siue quibus prohiberentur primæ nuptiæ, siue secundæ, & ideo si maritus vxori suæ testamento aliquid legasset, si ea ad secundas nuptias non transiret, nihilominus ex lege Iulia vxor postea nubens legatum consequeretur, quoniam conditio viduitatem iniungeret. At eius generis conditiones omnes eo genere improbantur, *d.l. cum ita legatum. de condit. & dem. l. mulieri & Titio, eod.*

Sed in hac parte secundarũ nuptiarum postea nonnihil ius variauit l. Iuliæ miscellæ, qua qd caueretur, exposuit Iustinianus *in Nouell. de nupt. §. quæ vero.* Erat autem legis hæc sententia: *Si maritus sub conditione superiori aliquid vxori legauerit, vxorem nihilominus intra annum quo diceret se velle nubere, & legatum peteret, legatum esse consecuturam, etiam spreta conditione & interdictione mariti, si modo prius vxor iurauerit, se ad secundas nuptias transire liberorum procreandorum caussa. Quod si prius annuum legatum peteret, vxorem nubentem nihil consequi, si nondum nupsisset ita legatum consequi, si interponeret Mutianam cautionem, id est, si caueret heredi, se si non nupsisset, postea legatum cum*
3 *fructibus esse restituturam.* Hæc enim † cautio est Mutiana, quæ ab omnibus legatariis exigitur, quæ exigitur sub conditione, si ipse aliquid fecisset, *l. Mutiana. ff. de cond. & dem.* Hanc legem postea sustulit Iustinianus *l. 2. h.* Qua lege veterem legem Iuliam Pa-
4 piam in totum reuocauit. Constituit † enim, vt conditio viduitatis, & quæ prohiberet secundas nuptias, pro non scripta haberetur, non minus quam si prohiberet tantum primas, qua lege effectum est, vt vxor, cui ita legatum est, vt diximus, legatum capere possit, etiamsi nubat, nec iuret, quo animo nubat. Proinde ab ea vxore non exigi cautionem vllam Mutianam de legato restituendo, si postea nupsisset. Et quod Iustinianus constituerat in legato vxori relicto si vxor ad secunda vota non transiret, idem postea alia constitutione constituit in legato, quod vxor marito dedisset, sub conditione hac, si maritus iterum vxorem duceret, quæ est *l. vlt. h.*

Sed idem Iustinianus *in Nouell. de nupt. §. quæ vero.* non modo reuocauit l. Iul. miscell. sed etiam in locum quod prius constituerat, circa eius legis emendationem mutauit & constituit, vt conditione adscripta, quæ viduitatem a secundis nuptiis iniungeret, legatum vti cetera legata valere, nec reiici conditionem, non solum si maritus leget vxori, si vxor ad secundas nuptias non transierit, aut contra vxor marito leget sub hac conditione, si maritus vxorem non duxerit, sed etiamsi quiuis extraneus sub ea conditione, quæ secundas nuptias prohibeat, leget vel mulieri vel viro. Et ideo si mulier iterum nubat, aut vir iterum vxorem ducat, placet legatum non deberi, cuius conditio defecerit. Quod si neque mulier nupserit, neque vir iterum vxorem duxerit, placet petentibus legatum mittendum esse, sed interposita prius cautione Mutiana, qua caueant legatarii, se legatum restituturos si ad secundas nuptias transierint, voluitque Iustinianus ad cautionem etiam adiici iusiurandum, aut hypothecam, aut fideiussores pro ea distinctione, quam ex verbis constitutionis licet cognoscere.

Huius constitutionis fragmentum & sententia relata est *in Auth. cui relictum. h.* qua derogatur *& legi ambiguit. & l. vltima hic.* Quapropter post hanc constitutionem Iustiniani noua hæc distinctio inducitur circa hanc conditionem, *si vir non vxorem duxerit, si mulier non nupserit*, vt multum intersit, vtrum hæc conditio conferatur in personam eius, qui nunquam in matrimonio fuerit, vt sic conditione prohibeantur primæ nuptiæ, an vero conditio conferatur in personam eius, quæ aut est, aut fuit in matrimonio secundo, vt sic conditione secundæ prohibeantur nuptiæ. Posteriore casu conditio secunda adiicitur, nec differt a ceteris conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, *ex Nouell. Iustiniani.* Priore autem casu ius antiquum manet, de quo initio hic dictum. Illa pars *l. vltima h.* diligenter notanda est, qua docemur multum interesse inter has conditiones, *Si vidua erit, vel cum erit, vel quando erit*, & lego Titiæ, si non nupserit. Nam priore conditione non iniungitur perpetua viduitas a secundis aut tertiis nuptiis, sed sufficit mulierem tunc esse viduam, cum dies legati cedit. Verum est enim, si vidua est, exstitisse conditionem. Hac autem conditione: si non nupserit, non exigitur solum, vt non nupserit, tunc cum legatum petit, sed ne omnino nubat, quo fit vt illa postea nubente legatum reuocetur, si prius acceperit.

## AD TITVLVM XLI. COD.
### De his quæ pœnæ nomine relicta, &c.

SVMMARIA.

1 *Legatum pœnæ an & quatenus valeat.*
2 *Pœnæ nomine quando aliquid relinqui intelligatur.*
3 *Quicquid fit inuitandi delicti caussa, turpe est.*
4 *Legata turpia nullius sunt momenti.*
5 *Pœna subiecta præcepto impossibili cur non valeat.*
6 *Conditio impossibilis legato adiecta pro non scripta habetur.*

Inter cetera legata, quæ vel propter conditionem rei legatæ, vel propter personas quæ legant, aut quibus a quibus legatur, vel propter obseruationem in legando, vel propter finem legati non valent, vnum genus fuit, cum scilicet pœnæ nomine aliquid relinquitur, de quo genere hic. Quod pœnæ caussa legatione † vel adimitur vel transfertur, olim qui- 1
dem ante hanc constitutionem in totum nullius momenti erat. Ex hac constitutione hactenus non valet, si testator iussit aliquid impossibile, vel legibus interdictum, vel turpe, & nisi fieret, pœnam adiecit, dum vel aliquid legat ab eo, qui non fecit, vel quod ei legarat, adimit, aut in alium transfert. Res explicatur pluribus *in §. vlt. de legat.*

Pœnæ † nomine relinqui aliquid intelligitur, 2
cum testator heredem legatariumve aliquid facere iubet vel non facere, & pœnam adiicit, si aduersus voluntatem suam fecerit, & hanc pœnam legat alii. Exempli caussa: Heres meus Stychum seruum meũ exportato, si non exportarit, Titio centum dato. Itẽ heres fundum illum ne alienato, si alienarit, Titio decem dato. Pœnæ caussa adimi intelligitur in iisdẽ exemplis, si dicit testator, Titio seruo fundum Tusculanum do, lego: Titius seruum Stychum exportato, si non, ei quod dedi non do, vel quod ei dedi Sempro-

pronio do lego, vbi priore casu legatũ adimitur, posteriore transfertur, vtrumque pœnæ caussa. Congruit Iustinianus *in d. §. vltim.* cum ait, pœnæ caussa relinqui; cum relinquitur coercendi heredis vel legatarii caussa, quo magis aliquid faciat, vel non. De hoc genere igitur hoc ius fuit, vt quamuis testator possibile aliquid iussisset, nec turpe nec illicitum: tamẽ quicquid pœnę caussa legasset, aut ademisset, aut transtulisset ob id, quod heres vel legatarius præcepto testatoris non paruisset, placebat nihilo magis legatum, aut ad emtionem aut ad translationem valere. Rationes non ineptas reddidit Theophilus *in d. §. vlt.*

Iustinianus in hac specie contrarium hac lege statuit, & rationem habet, quia non minus in hac parte voluntas testatoris seruanda fuerit, quam in ceteris, vbi voluntas moribus simul & legibus naturæ aduersatur. Congruit hoc cum lege veteri, vti quisque legassit. *l. verbis legis. de verborum signific.* Itaque hoc ius in hac parte dubitationem habere non debet: sed illud in hac ipsa parte dubitationem habet, quod Iustinianus ait; Antea prioribus legibus pœnæ caussa legatum in totum non valuisse. quod & ante scriptum *in d. §. vltim. Instit. de legat.* Hoc refelli videtur partim exemplis, præsertim duobus, partim certis locis, in contrariam partem scriptis. Nam primum inter veteres interpretes constitit hoc legatum valere: Heres meus filiæ penum dato, si penum non dederit Titio 10. dato, *l. 1. de pen. leg. l. 1. §. cum ita, ad l. Fal. l. cum sine. l. si penum. ff. quando dies legat. ced.* Et tamen ex definitione superiori, videntur hic 10. relicta esse pœnæ caussa. Adiiciuntur enim coercendi heredis caussa, si penum non dederit. De hac quoque specie veteres non dubitarunt, quin multa vtiliter iniungerentur: Heres meus monumentum arbitratu L. Titii ædificato, vel ad illam formam ædificato, si non ædificauerit Sempronio 100. dato, *l. mulcta 6. in pr. l. in testamento. de condit. & demonstr.* Hanc mulctam adiici fatemur, *d. l. mulcta, de cond. & dem.* Postremo *in l. 1. ff. h.* de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, definitio eadem traditur, quæ in hac constitutione Iustiniani, nempe, *in pœnam relictum nullius esse momenti, si illicite aut probrose datum sit.* Qua conditione declaratur, si quid illicite aut probrose non sit iussum, etiam tunc valuisse, cum eius legis auctor id scribebat.

Ad huius rei explicationem diligenter cauebimus, ne idem respondeamus quod Bartolus & alii interpretes, qui fingunt ab initio pœnæ caussa legatum non valuisse, vt hic scriptum est: sed temporibus Iureconsultorum ante constitutionem hanc Iustiniani ius secundum inualuisse, quo placeret eiusmodi legatum valere. Refragatur huic constitutioni manifeste: nam secundum superiorem sententiam nihil emendaret Iustinianus in veteri iure, quod contra se facere initio profitetur, & apertius *in d. §. Inst. de legat.* Nec vero est quod dubitemus ante tempora Iustiniani pœnæ caussa legatum non valuisse. Primo id generaliter scriptum est *in d. §. Instit. de legat.* Conuenit autem inter eruditos eas institutiones magna ex parte sumtas esse ex Institutionibus Caii. Idem confirmatur fragmentis Vlpiani *tit. de legat.* Sed præcipue id demonstratur *in l. si ita legatum 12. de condition. & demonstr.* vbi in specie, quæ illic proponitur, respondetur, legatum valere, & additur hæc ratio, quia in legato caussa addita est, non pœna. Hac ratione declaratur, si legatum pœnæ caussa datum esset, futurum fuisse, vt legatum non valeret. Non aduersantur huic sententiæ ea exempla, quæ retulimus. Quod vt intelligatur sciendum, cum dicimus pœnæ caussa legari, quod coercendi heredis caussa legatur. Quod probatur ex edicto de deposito. In eo proponitur actio inter cetera de iis, quæ tumultus siue incendii caussa deposita sunt.

Hæc verba Vlpianus sic interpretatur, eum saltem videri incendii tumultus caussa deposuisse, qui nullam aliam caussam deponendi habuit, quam imminens ex his caussis periculum, *l. 1. in pr. & §. eum tamen. depos.* Hinc consequens est, non videri legatum esse pœnæ nomine, si quidem testator iussit aut legatarii caussa, aut sua ipsius caussa. At legatarii caussa totum hoc legatum comparatum est; *Heres meus vxori penum dato, si non dederit 100. dato.* Hoc autem comparatum est testatoris caussa; *Heres meus mihi monumentum ædificato, si nõ ædificet 100. dato.* Quare secundũ superiorem definitionem in vtraque hac specie non proprie pœna caussa legatum videri debet, vt non sit mirum, si veteribus in vtraque specie mulcta recepta fuerit.

Quod attinet *ad l. 1. de his quæ pœn. nomin.* non dubium est, quin locus interpolatus fuerit a Tuber. Nam verba, quæ sunt in hac constitutione eo translata sunt, & præterea non satis apte dicitur, cum quid probrose aut illicite iuberetur, & nisi fiat adiicitur pœna. Non proprie dicitur, inquam, pœnam adiici probrose aut illicite, sed vt locum tanquam ab Africano scriptum accipiamus, tamen non probat cetera legata pœnæ nomine relicta olim non valuisse. Fatemur enim, quod illicite pœnæ nomine relictum est, non valuisse, vt illic scribitur: sed non ideo recte colligitur, valuisse cetera, quę eodem modo relicta sunt. Argumento est quod etiam omnibus temporibus & nunc impossibilis præcepti pœna adiecta non valet, quam tamen nemo dixerit, illicite aut probrose adiici. Verum est igitur, quod Iustinianus *hac in l.* profitetur, in totum pœnæ caussa legatum datum olim non valuisse, id ius se hic primum emendasse, vt huius generis legata itidem valerent vt cetera.

Excepit Iustinianus, ea legata pœnæ nomine relicta tunc, cum prius testator iussisset aliquid vel impium, vel legibus interdictum vel probrosum. Impossibilis præcepti exemplum hoc est, *heres meus Stychum (qui mortuus erat) intra triduum quam moriar in iudicio sistito, si non steterit, Titio 100. dato.* Homo mortuus sisti non potest, igitur hoc inutiliter præcipitur, quia impossibilibus pœna subiecta non debebitur. Hoc idem fieret in stipulatione, si quis stipulatus esset hominem mortuum sisti, & nisi sisteretur adiecisset pœnam, *l. si homo. de verb. oblig.* Pręcepti legibus interdicti exemplum est: *Heres meus sororem suam vxorem ducito, si non duxerit 100. dato.* Probrosi & turpis præcepti hoc: *Heres meus patrem suum domo eiicito, si non eiecerit Titio 100. dato.* In his impune heres & sororem suam non ducet, & patrem domi retinebit. Cur autem illicito vel turpi præcepto pœna subiecta non debeatur, ratio in promtu est, quoniam vt præceptum, sic & pœna illicita est & turpis, quoniam adiicitur inuitandi & promouendi delicti caussa, quo magis heres velit ea peccare quę testator iussit. Quicquid † sit inuitandi delicti caussa, turpe est *l. 5. de pact. dot.* Omnia † legata turpia nullius sunt momenti, *l. turpia. de leg. 1.* Similiter vt omnes turpes stipulationes, *l. generaliter. cum l. seq. de verb. oblig.*

5 Sed † cur impossibili præcepto pœna subiecta non valeat quæritur, vt in exemplo proposito, si heres hominem mortuum non stiterit 100. dato? Dubitationis caussa est, quia hoc legatum neque impium, neque turpe est vt superiora, nam 100. natura dari possunt, & si dabuntur nullam ea res turpitudinem continet, neque futuram, neque præteritam, quia heres ad delinquendum non inuitabatur. Quod si ita est, idem videtur de eadem specie legati statui debuisse, quod de ceteris omnibus legatis puris. Dicendum est ideo, præcepto impossibili pœnam subiectam non deberi, quia & ipsa pœna est impossibilis. Possunt quidem 100. natura præstari, sed non possunt præstari vt pœna ex definitione pœnæ. Nam pœna est culpæ & delicti coercitio, vt vbi delictum non est, ibi nec pœna esse possit, *l. aliud est fraus. de verb. sig.* Porro nullum delictum est in eo, nulla culpa qui non fecit, quod per rerum naturam fieri non poterat. Proinde nec ibi pœna esse potest huius facti coercendi caussa. Et hæc vera ratio est, cur pœna impossibili stipulationi subiecta, non magis valeat, quam impossibilis præcepti, *d. l. si homo. de verb. oblig.* Sed huic parti opponitur *l. impossibilis. & l. in illa seq. de verb. oblig.* vbi placet, hanc stipulationem valere & præsentem esse, si in cœlum non ascenderis, 100. debebis. Et merito hæc stipulatio recepta est, quia nullam conditionem impossibilem habet, & si quam conditionem habet, ea iam statim exstitit. Certum est enim, promissorem ascendisse in cœlum, neque quamdiu in hoc corpore viuit ascensurum: illi autem stipulationi hæc stipulatio similis est, *si hominem mortuum non stiteris 100. debebis.* Quod si hæ stipulationes valent, multo magis propter voluntatem supremam defuncti valebit hoc legatum, *si hominem mortuum non stiterit heres 100. dato.* Respondeo: Ideo hæc stipulatio valet, *si in cœlum non ascenderis, aut si hominem mortuum non stiteris* 100. *dabis.* Quia stipulatio incipit a conditione. Hæc autem conditio non est cōditio, aut si est, nihil impossibile continet. Proinde idem in legato dicemus legatum huiusmodi valere, *heres meus si in cœlum non ascenderit, vel si hominem mortuum non stiterit 100. dato,* vbi scilicet legatum incipit a conditione sola.

Sed longe diuersum est, vbi stipulatio superioris pœnæ incipit a stipulatione præcedente rem impossibilem continente, hoc modo, *hominem mortuum sistes, si non stiteris 100. dabis.* Nam hoc casu neque prior stipulatio valet, quia est impossibilis, neque sequens stipulatio pœnæ, quia & ipsa pœna impossibilis est. Estque ea species *d. l. si homo. de verb. sig.* qua ratione & legatum pœnæ eiusmodi hac constitutione improbatur. Differentiæ ratio non est obscura, quia cum a principio stipulatur 100 si in cœlum non ascenderis, non potest dici hæc stipulatio vllam pœnam continere, vbi prius iussus non es, aut non promisisti in cœlum ascendere. Est enim pœna, cum adiicitur aliquid coercendi promissoris caussa, si id non fecerit, quod prius iussus erat: at vbi prius iussus est, & nisi fecerit quod iussus est, adiicitur vt præstet aliquid, tunc demum quod adiicitur pœnam esse dixeris. Ceterum vbi iussus nullus testatoris præcesserit, vt id quod in conditione erat fieret, non dubitamus quin legatum valeat. Iussum impossibilem præcedere debere, vt pœna subiecta non valeat, euidenter probatur verbis huius constitutionis, *illic, nisi disp. & prætera in vers. extremo.*

Accursius eidem parti opponit §. *impossibilis. Inst. de hered. instit. l. obtinuit. de cond. & demonstr.* vbi traditur, conditionem † impossibilem legato adiectam 6 pro non scripta haberi, & nihilominus legatum valere, in quo explicando valde sudat, quo nihil est ineptius. Hæc enim conditio, *si heres in cœlum non ascenderit*, vel, *si heres hominem mortuum non stiterit*, non modo possibilis est; sed etiam necessaria natura. Non enim tantum fieri potest, vt quis in cœlum non ascendat, sed & necesse est ita euenire, quamdiu hic versamur in hoc corpore. Non est ergo mirum si hic conditio vt non impossibilis retinetur. Cur autem retenta legatum vitiet diximus.

Idem opponit *l. 12. si mihi & tibi. §. 1. de legat.* vbi si quid testator impossibile iubeat, impossibili detracto nihilominus legatum valere. In hoc exemplo testator moriens testamento Romæ facto iussit heredem suum biduo postquam moreretur seruos dare quos habeat; placet seruos deberi, etiamsi intra eas angustias præstare id non possit. Respondeo: Idem & in hoc legato fit, de quo hic agimus: nam cum testator iubet impossibile quid fieri, pro non scripto est. Quod ad pœnam huic præcepto subiectam attinet, non aliam ob caussam eam improbari dicimus, quam quod & ipsa est impossibilis, vt docuimus.

## AD TITVLVM XLII. COD.

### De Fideicommissis.

SVMMARIA.

1. *Fideicommissi definitio.*
2. *Fideicommissum vnde dictum.*
3. *Fideicommittere quid.*
4. *Fideicommissum quid differat a legato.*
5. *Prætor fideicommissarius Romæ quis.*

Fideicommissum † est id, de quo post mortem nostram præstando quis rogatus est. Intelligitur de- 1 finitio hæc *ex pr. tit. de fideicom. her. Instit.* Fideicommissum † dictum, quoniam committebatur fidei vel 2 heredis, vel legatarii, vt præstet. Rogando id fit, quod indicant verba fideicommissi, quæ referuntur *in §. vlt. Instit. de sing. reb. & c. l. 2. infr. com. de leg.* Vnde precariis verbis aliquid relinquere, est fideicommittere seu † relinquere per fideicommissum, & fideicom- 3 missaria voluntas dicta est precaria voluntas, *l. cohered. §. cum filiæ. circa med. de vulgar. l. 2. infr. com. de legat. l. cum proponebatur. de legat. 2.*

Differt † fideicommissum a legato verbis, differe- 4 bat olim & iure. Differt verbis, quoniam legatum legis modo relinquitur, *vt est in fragmentis Vlpiani, tit. de leg.* Legis modo relinqui dicitur, quia vel testator ipse dat, & se dare dicit, vel iubet heredem dare, vel iubet legatarium capere, & sibi habere, vt declarant species legatorum relatæ *in §. 1. de legat.* Hæc autem tria sunt propria legis; habere, vetare, permittere, *l. legis virtus. de legib.* Fideicommissum autem precariis verbis relinquitur, &, vt loquitur Vlpianus *in fragm. tit. de fideicom.* relinquitur precatiuo modo. Hinc iuris differentia a principio nata est: nam legatum valuit, quoniam lex 12. tabularum iubebat ratas esse supremas voluntates testantium de legatis conceptas, his verbis, vti quisque legassit, &c. *l. verbis legis. de verb. sig.* Fideicommissum autem a principio nullam necessitatem iuris habuit, sed vt secundum verba committebatur fidei heredis, ita ex fide sola heredum pendebat, *vt declaratur Institut. de fideicom. her. in pr.*

*In pr.* Sed tandem & fideicommissa obtinere cœperunt, vt ibidem scriptum est, id tamen ita factum est, vt de his esset persecutio solum extraordinaria, *l. pecuniæ verbum. §. actionis. de verb. sig.* Extraordinaria hæc persecutio dicta est, quia comparata est præter morem & ordinem in ceteris actionibus vsitatum. Nam in ceteris actionibus exercendis ita mos erat iurisdictionis seu prætorum in iudicando, vt prætores, etsi poterant ipsi cognoscere & iudicare, tamen cognoscere non solerent, sed iudicium & iudices dare litigantibus, qui iudices ex formula prætoris de re cognoscerent & iudicarent. Indicant edicta prætorum, quibus prætores pollicerentur, se actiones daturos. Probat ea sententia, quæ est *in l. 3. de iurisdict.* cum iudicis dandi licentia dicitur esse iurisdictio, cuius hic est sensus; *Iudicem dare licere, esse partem iurisdictionis, vt is qui iurisdictione præditus est, pro iurisdictione sua possit iudicem dare*, atque hic ordo in iudiciis exercendis & iuridicundo vsitatus erat.

Quod si prætor cognoscere cogebatur, hæc cognitio, quia erat præter ordinem vsitatum, ex re ipsa dicta est extraordinaria cognitio. Huius generis fuit cognitio de fideicommissis: nam prætor ipse de fideicommissis cognoscebat, non iudicem dabat. Eius
§ rei caussa proprius † prætor Romæ creatus est, qui fideicommissarius dicebatur *l. 2. §. capta. de reg. iur.* Hoc est, quod legimus in fragmentis Vlpiani *tit. de fideic.* fideicommissum non peti per formulam, id est, actiones vulgares & vsitatas, sed huius rei cognitionem esse Romæ quidem consulum & prætoris, qui fideicommissarius dicitur: in prouinciis autem præsidum prouinciarum. Interim hac persecutione constituta effectum est, vt vim fideicommissa haberent non minus quam legata. Ex quo effectu illa nata sunt, vt fideicommissa dicerentur esse vice legatorum, seu nomine legati contineri, *l. fideicommissa 85. de legat.* 3. Hinc & illa formula, qua Scæuola legauerat aliquid per fideicommissum, *l. vxorem 34. § legauerat de legat.* 3. Quod ita dictum esse apparet, quasi legare idem sit generaliter, quod relinquere, cuius relicti sunt duæ species: vna cum per legatum relinquitur: altera cum per fideicommissum.

Et res ita habebat, fideicommissa effectu pro legatis erant, sed nihilominus etiam hac persecutione constituta differentiæ manserunt inter legata & fideicommissa apud veteres. Differebant autem legata a fideicommissis, & in actionibus, & in viribus vtriusque relicti. In actionibus plus tributum erat legatis quam fideicommissis. Nam legata ol m variis actionibus consequi licebat, *l. cum filius. §. variis. de legat. 2.* nempe actione in personam ex testamento, & actione in rem, vbi res testatoris fuisset, & actione hypothecaria, vbi legatarius missus esset in possessionem bonorum legatorum seruandorum caussa, *de quibus dicitur ad l. 1. infr. communia de legat.* Fideicommissa autem, quia præstabantur tantum de manu heredis seu legatarii, vnde relinquebantur, *§ pen. de singul. reb. per fideicom. relict.* ideo intelligimus recta dominium in fideicommissarium non transiisse, sed peti debuisse ab herede vt transiret. Proinde vna tantum actione in personam fuisse, non etiam in rem.

In viribus autem vtriusque relicti differentia hæc erat, quod fideicommissa, quia non nascebantur ex vtilitate & subtilitate legis, ideo plerunq; & benignius accipiebantur quam legata, *§. sed non vsq; de legat.* Ex hoc fonte quinq; differentiæ natæ erant. I. Quod legatum testamento solum relinqui poterat, non etiam codicillis, nisi codicilli ad testamentum pertinerent: Fideicommissum relinqui poterat & testamentis & codicillis. *§. præterea. de fideicom. heredit.* Differentia ex hoc nata e[illegible] quoniam vt legata constituta sunt lege 12. tabular[illegible] conuenire putabatur, vt in legatis eiusdem [illegible] solemnitas seruaretur; solemnitas autem fuit [illegible] testamentis, non codicillis. Fideicommissa cum ex iure non essent, subtilitas iuris ciuilis in his negligebatur. II. Differentia est, quod legata a solo herede relinqui potuerunt, non etiam a legatario: fideicommissum autem & ab herede relinqui potuit, & a legatario, nec non fideicommissario, *Instit. in pr. de sing. reb per. &c.* Differentia hæc ex verbis legis 12. tabularum nata est, quæ potestatem facit legandi de suo: is autem legare videtur de suo, qui ab herede legat, quia heres intelligitur eadem persona cum defuncto, *Nouell. de iur. a mor. præst. in med.* Quod autem legatariis relinquitur, id alieno relinqui certum est. Sed hæc ratio contemta est in fideicommissis, quia etiamsi fideicommissum de alieno relinquitur, tamen æquum est, quatenus quisq; a nobis accepit, eatenus eum nobis obligari.

III. Differentia erat, quod post mortem heredis legari non poterat, fideicommissum relinqui poterat, *§. post mortem. de legat.* Differentia nata est ex regula iuris ciuilis, qua efficiebatur, actiones ab heredibus & contra heredes incipere non posse, *tit. vt actiones ab hered. lib. 5.* Hæc regula vt iuris veteris erat ita in legatis ex iure nascentibus seruabatur, non ita in fideicommissis. IV. Differentia erat, quod legari non poterat ante heredis institutionem, quasi quæ esset caput & fundamentum testamenti, *§. ante heredis. instit. de legat.* At fideicommitti poterat, *vt ex eodem §. colligitur*, quia de legato tantum illic nominatim scriptum est, sed expresse relictum est in fragmentis Vlpiani, *tit. de fideicom.* V. & postrema differentia erat in lingua, vt auctor est Vlpianus *eod. tit.* Nam legata tantum Latine relinqui poterant, fideicommissa & Latina & Græca lingua. Iustinianus has omnes differentias edita constitutione sustulit, non tantum in actionibus, sed etiam in viribus legati & fideicommissi, *l. 2. infr. communia de legat.* Ea constitutione quod legatorum proprium erat, fideicommissis tribuitur, & quod fideicommissorum erat transtulit ad legata. Legatorum proprium erat, plures actiones, Iustinianus effecit, vt totidem actionibus fideicommissum peti posset, de quo plenius *titul. infr. communia de legat.* Proprium fideicommissorum erat, vt multis modis fideicommissa valerent, quibus non valerent legata. Iustinianus constituit, vt quibus modis fideicommissum vtiliter relinquitur, iisdem modis legatum datum valeat. Ita effectum est, vt legari possit codicillus & a legatario, & post mortem heredis, & ante heredis institutionem, & quacunque lingua, quoniam & his modis fideicommissum datum valet.

Post quam constitutionem in summa fere definiemus, legata esse per omnia exæquata fideicommissis, & fideicommissa legatis, idque ex eo, quod totidem verbis legimus *in l. 1. de legat. 1.* cuius hæc inscriptio est Vlpian. &c. Vnde valde laboratum est omnibus temporibus, quomodo ille locus conciliaretur, cum innumeris locis Pandectarum, in quibus vtriusque generis differentiam mansisse apparet, & præcipue quomodo conciliaretur cum Iustiniani con-

stitutione, *d.l.1.infr.com.de legat.* in qua ille profitetur, differentias legatorum & fideicommissorum, non solum fuisse temporibus Vlpiani, sed etiam ad sua tempora mansisse, vtpote qui eas hac constitutione sustulit, quæ omnia falsa sunt, si verum est, Vlpiani temporibus per omnia exæquata fuisse legata fideicommissis. Sed ne laboremus, meminisse oportet eius, quod Iustinianus scribit *l.2.* §.*tantum.supr.de vet. iur. enucleando.* se potestatem fecisse Pandectarum compositoribus emendandi & mutandi, si quid superuacaneum vel alienum a suo tempore vel minus idoneum in veterum scriptis inuenissent, & mutata atque emendata etiam sub inscriptionibus veterum iuris auctorum in Pand. redigendi fecisse potestatem. Ex quo genere esse dubitare non debemus *d.l.1. de leg.1.*

Nam cum Vlpianus, vt verisimile est, ex vsu & iure suorum temporum scripsisset, legata maxima ex parte exæquata esse fideicommissis, Tribonianus, ea potestate a Iustiniano sibi facta, pro illis verbis, maxima ex parte, vel similibus, reposuit per omnia, vt in eo seruiret constitutioni iam editæ, vel quæ mox promulganda esset. Monendi tamen sumus, hactenus differentias Iustinianum sustulisse inter legata & fideicommissa, quatenus ad voluntatem testatoris conseruandam natura id fieri potuit: sed vbi id non potest fieri, intelligendum est, etiam veterem differentiam mansisse, quod accidit libertatibus. Nam si seruo libertas directe data sit, deinde ab eo, cui per fideicommissum iam relicta erat, vt prior fiat libertus testatoris posterior heredis, §.*vlt. de sing. reb. per fid.* per rerum naturam fieri nequit, vt idem sit libertus heredis & testatoris. Quapropter & veterem differentiam manere in his libertatibus necesse est.

## *Ad L.1. Si probaueris.*

Imp. Antoninus A.

*Si probaueris Demetrium petiisse de matre heredeq; sua, vt tibi alimenta menstrua & vestiarium annuum præstaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est, non minus in tali caussa triennio, ea præstitisse: vt in futurum quoque ea præstentur, & si qua in præteritum præstita non sunt, vt exsoluantur, impetrabis. PP.17.Kal.Sept. Duobus & Aspris Coss.213.*

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum an ex imperfecto testamento & iniustis codicillis relinqui possit vtiliter.*
2 *Sententia huius & seq. legis.*
3 *Prima huius legis sententia.*
4 *Altera huius legis sententia.*
5 *Tertia huius legis sententia.*

Coniungenda est cum hac lege l.2. Vtraque enim ad eandem definitionem iuris pertinet. Ius ita
1 est: Fideicommissum † ita vt legatum non relinqui, nisi iusto testamento, aut iustis codicillis. Ex imperfecto autem testamento & iniustis codicillis fideicommissum inutiliter relinquitur, ac proinde inutiliter relictum non debetur, *l.in epistola.infr.eod.* Interdum tamen, quod ita inutiliter relictum est, voluntate heredis confirmatur, vt non minus valeat, quam si vtiliter esset relictum. Id contingit cum heres, a quo fideicommissum relictum est, sciens a se relictum, sponte sua agnoscit voluntatem & iudicium
2 defuncti. Quæ † sententia est harum legum, qui voluntatem defuncti agnoscit in fideicommisso, quamuis inutiliter relicto, fideicommissum confirmat, vt siue præstiterit, repetere non possit, *l.2.h.* siue nondum quicquam præstiterit, nihilominus ad præstandum obligetur, quæ sententia expressa est *in l.non dubium.in fin.sup.de testam.* Eadem sententia est *l.1.h.*

Voluntatem defuncti intelligitur agnoscere heres, aut aperte, cum se eam agnoscere profitetur, & legatum præstare velle, in quo an sola voluntas sufficiat, an vero cautio seu stipulatio necessaria sit, oportunius dicitur *ad l.si veritas.infr.h.* Aut agnoscit legatum re ipsa præstando, & quidem in eo, quod præstat heres sua sponte, ita voluntatem agnoscit, vt quod præstitit, repetere non possit, *l.2.h.*

Sed an in futurum quoq; obligetur, vt fideicommissum præstet, ex eadem caussa quæritur, quæ quomodo locum habent in fideicommissis annuis, cum decem annua puta relicta sunt Titio, vel alimentorum vel alterius rei caussa? Et placet eum, qui ex caussa huius fideicommissi aliquandiu fideicommissum præstitit, se actu, non tantum vt non iure possit repetere quæ soluit, sed etiam in futurum obligare, vt fideicommissum deinceps præstet, non secus quam si vtiliter esset relictum, si modo præstiterit fideicommissum non minus quam triennio. Quæ sententia est *l.1.hic.* Quæ, vt recte explicetur, animaduertendum est, hoc rescripto exprimi sententias tres, quæ separatim sunt discutiendæ.

Prima † sententia est, fideicommisso inutiliter re- 3
licto, puta, vel imperfecto testamento, vel imperfectis codicillis, si heres sponte sæpius id præstiterit, ex iudicio defuncti, non ideo in posterum obligatur, vt præstet, si nolit, nisi fideicommissum diu antea præstiterit, id est, in hoc casu non minus triennio. Hic opponitur *l.non dubium.supr.de testam.* vbi simpliciter definitur heredem, qui iudicium defuncti agnouit, hoc ipso quod agnouit, inposterum fideicommisso obligari non tantum, si fideicommissum aliquoties præstiterit, sed si non præstiterit. Multo ergo magis si aliquoties præstiterit, *vt h.in l.* Nam heres fideicommissum aliquoties præstiterat, & adiicitur id eum fecisse secutum voluntatem defuncti. Respond. Quia fideicommissum aliquandiu præstiterit, non agnoscit voluntatem defuncti in futurum, nihil enim vetat, nisi vt heres velit præstare id, quod præstat per id tempus, quo præstat, nolit autem id amplius in posterum præstare, aut certe nolit in posterum obligari.

Hoc loco opponitur *l.2.seq.* vbi vna præstatione fideicommissi dicitur heres agnoscens defuncti voluntatem, ideo agnoscit in his, quæ præstat, in his autem quæ non præstitit, non aliter agnoscere intelligitur, quam si triennio fideicommissum præstitit, ideo lex prima est de fideicommisso præstito, secunda de fideicommisso præstando. Qua ratione responsum est argumento Accursii, ex enumeratione partium sumto, quod est glossæ. Ille argumentatur hoc rescriptum non posse consistere. Nam si vtiliter fideicommissum relictum fuerit, statim debetur, siue quid præstiterit, siue non. Si inutiliter relictum est, & heres ignorans inutiliter relictum præstitit, dum in facto errat, non obligatur fideicommissario, quamuis per decennium præstiterit, quia errantis nulla voluntas, *l.cum testamento.sup.de iur. & fact.ignor.* Hoc amplius etiam quod præstitit potest repetere vt indebitum per errorem facti solutum, *l.error.* j.*ad l.Falcid.* Quod si heres sciens inutiliter relictum spon-

sponte soluit, secutus defuncti voluntatem, hoc ipso quod agnoscit voluntatem fideicommissum confirmat, *vt probatur l.2.h.* Respondeo: Priora duo certissima sunt, tertium distinctione est explicandum. Nam cum heres sciens fideicommissum annuum esse inutiliter relictum, soluit, agnoscit voluntatem in eo quod soluit, & ideo non repetit, *d.l.2.h.* In his autem pensionibus, quas nondum soluit, non continuo agnoscit voluntatem defuncti, sed ita si per triennium fideicommissum annuum præstiterit.

4 Altera sententia † hic statuitur, si fideicommissum annuum quamuis inutiliter relictum heres secutus voluntatem defuncti, triennio præstiterit, non solum quæ soluit non repetet, sed & vt quæ nondum præstitit, in posterum præstet, obligatur. Cur potius hoc casu, quam tunc cum per triennium non præstitit? Quia vbi per triennium præstitit, constantia & perseuerantia præstationis declarauit, animum heredis fuisse velle declarare, *l. quod calore. de reg. iur.* Constantia igitur præstationis declarat agnitionem voluntatis defuncti.

Huic sententiæ opponitur *l. si seruis. de pact. & l. creditor. sup. de vsur.* Quibus in locis hæc sententia exprimitur: *Si quis pensionem annuam, aut vsuras annuas vel menstruas pactus, facto inutiliter promiserit, quamuis facti fidem secutus, pluribus annis eam pensionem aut eas vsuras præstiterit, tamen non eo magis obligari in posterum vt præstet, si nolit. Et in summa multorum annorum præstationem in re aliqua indebita non inducere rei prius indebitæ obligationem.* Respondeo: Nihil verius dicitur in vniuersum, quam præstationem multorum annorum non inducere obligationem rei prius indebitæ, quoniam certis & constitutis modis obligationes nascuntur & finiuntur, *l. obligat. ferè. vers. placet, de oblig. & actionib.* Inter hos non numeratur præstatio alicuius rei, quamuis sæpius repetita. Proinde ex ea obligatio non nascetur, idque verissimum est, non tantum inter viuos in his rebus, quæ inutili pacto debentur, sed & in fideicommissis, neque tamen hi loci inter se pugnant.

Qui fit igitur, vt qui ex inutili pacto sæpius eandem pensionem promissam præstitit, in posterum non obligetur inuitus, fideicommisso autem inutiliter relicto obligetur, si per triennium totum præstiterit? Respondeo: Differentiæ ratio est, quia cum ex pacto inutili sæpe aliquid præstatur, non nascitur noua aliqua actio, ex qua præstatio inducatur. Nam effectum est, solam præstationem non esse in hoc numero earum caussarum. Præter autem eam præstationem nihil inducitur, nisi agnitio prioris pacti, quod promissor se agnoscere ostendit hoc ipso, quod ex pacto soluit. Sed hæc agnitio pacti non magis est caussa iusta inducendæ obligationis, quam præstatio atque adeo ipsum pactum, si promissor iterum pacto idem constitueret, id quod sola natura debetur, *l.1. §. debitum. de pecunia constituta.* Nunc autem qui hodie aliquid præstat, non ideo id in futurum promittere intelligitur, ita præter quæstionem nulla hic noua caussa est, ex qua promissor inposterum obligetur. Proinde in totum nulla, quia nec præstatio ipsa caussam inducendæ obligationis continet, vt supra dixi. At in fideicommisso inutiliter relicto, cum heres id sponte triennio præstitit, in futurum obligatur, non quia id præstitit, sed quia præstando voluntatem defuncti agnouit. Hæc autem agnitio satis est ad eum obligandum ex manifesta ratione æquitatis. Nam heres prius a defuncto accipit & lucrum & honorem. Æquum est igitur, vt quatenus accepit, eatenus voluntati defuncti obligetur, maxime si sponte est eam voluntatem secutus. Non obstat huic parti *l. quod bonis, vers. non idcirco. ff. ad l. Falcid.* vbi testator legarat fideicommissum annuum, sed quia supra dodrantem legarat, totum fideicommissum non debebatur. Poterat enim heres ex lege Falcidia retinere quartam, veruntamen voluntatem defuncti secutus primo & secundo anno solidum legatum præstiterat: illic respondetur non ideo in futurum obligari, vt solidum præstet. Id ipsum hoc loco confirmatur, non enim dicimus, heredem primo & secundo anno fideicommissum præstantem in futurum obligari, sed ita demum, si non minus, quam triennio præstiterit.

Sed videri potest etiam in hac sententia falsum esse, quod dicitur, fideicommissum deberi, si solum triennio præstitum sit. Videntur enim exigi non minus, quam decem anni, vt quis ob præstationem plurium annorum in futurum obligetur, *ex l. cum in rē, 6. de vsur.* vbi filiusfamilias pecuniam mutuam acceperat sub certis vsuris, si ea pecunia in rem patris versa sit.

Constat patrem de in rem verso obligari, etiamsi filius nihil in peculio habeat, *l.1. de in rem verso.* Cum de hoc non constaret, pater eius pecuniæ vsuras per decem annos creditori filii soluit. Mortuo patre cōueniuntur heredes a creditore filii tanquam de pecunia in rem patris versa: negant heredes patris, pecuniam in rem eius versam. Creditores quia agunt & dicunt esse versam, id probare debent *l. 2. de probat.* Dicunt creditores id satis probari ex eo, quod pater tamdiu eius pecuniæ vsuras soluerit. Rescriptum est, heredes patris de in rem verso teneri, quasi pecunia in rem patris versa esset, idque probari ex eo, quod tamdiu pater vsuras præstitisset. Verisimile est enim, eum præstiturum non fuisse, nisi sortem ipsam debuisset. Interim vt conueniri pater possit de in rem verso aut patris heredes, exigitur, vt vsuræ sint præstitæ, non per triennium, sed non minus, quam per 10. annos.

Respondeo: Non constabat in hac lege, pecuniam in rem patris versam non esse, & ideo non constabat a patre non deberi: quod si constitisset, & id faterentur creditores, nunquam præstatione diuturna vsurarum patrem aut eius heredes obligasset, non magis quam obligat debitores, *in l. si certis. supra. de pact. & l. creditor. supr. de vsur.* vbi creditor, qui pecuniam annuam petebat, fatebatur initio fuisse indebitam, sed contendebat deberi cœpisse ab eo, quod tamdiu soluisset, & ideo illic negatur, qui præstitit, propter præstationem obligari. At *in l. cum de in rem verso,* creditores dicebant pecuniam in rem patris versam, & ita a patre debitam, & de eo erat controuersia.

Dicitur autem probari, versum esse in rem patris ideo, quia pater eius pecuniæ vsuras diu præstitisset: ex quo intelligimus, nunquam præstationem diuturnam inducere obligationem rei, quam constat indebitam fuisse: si de eo dubitatur, an debita fuerit, tunc præstationem plurium annorum continere pecuniæ debitæ probationem. Id ad speciem hāc pertinet, vbi constabat fideicommissum inutiliter relictum, & non quærebatur huius rei probatio, sed quærebatur an propter præstationem plurium annorum in futurum heres obligaretur ad hoc præstandum?

Ad hoc dicimus sufficere triennii præstationem. Ceterum si quæreretur an hoc fideicommissum esset a defuncto relictum, & id præstitisset heres per aliquot annos: deinde negaret a se nullum fideicommissum relictum esse: diceremus ad hoc probandum non sufficere, quod per triennium præstitisset ex fideicommissi caussa, sed exigendam diuturnam præstationem, id est, 10. annorum, *argumento l. cum de in rem verso. de vsur.*

5 Tertia † sententia huius legis pertinet ad petitionem fideicommissi & earum rerum, quæ in posterum peti possunt. Sic autem rescripto expressum est: *Postquam heres fideicommissum inutiliter relictum triennio sponte præstitisset, fideicommissarium impetraturum, vt non tantum præterita annua vel menstrua exsoluantur, sed vt in futurum ea quoq; præstentur.* Exempli caussa: Heres hoc fideicommissum triennio præstitit, deinde duobus annis cessauit nihil petente fideicommissario; post eos duos annos agit & fideicommissum petit. Itaq; non tantum pensiones duorum præteritorum annorum consequetur, quæ adhuc solutæ non sunt, sed etiam consequetur, vt in futurum quoque sequentium annorum pensiones præstentur. Huic parti oppono *l. non quemadmodum. de iudiciis.* vbi regula iuris certissimi traditur, iudicium non posse esse in pendente, id est, de his rebus, quæ nondum debētur, & postea futuræ sunt. Ex quo efficitur, in fideicommisso annuo de pensionibus annuis sequentium annorum agi non posse, quia hæc nondum debeantur. Omnes interpretes fatentur, locum esse contrarium, sed speciale in huius esse legis specie, vbi de pensione agitur, quæ iam debebatur, & propter præteritas agitur de futuris: atqui id fieri dicunt fauore alimentorum. Sed hæc sententia dici non potest, vtrum magis falsa sit an inepta. Nam cum annuum aliquid legatur aut fideicommittitur, in hoc legato plura sunt legata: primi anni purum legatum, sequentium annorum conditionale. Inest enim hæc conditio, si legatarius aut fideicommissarius initio cuiusque anni viuat, *l. 4. de annuis legat. l. nec semel. quand. dies leg. ced.* Proinde vbi nondum sequentes anni venerunt, eorum annorum pensiones non debentur, & vt *in d. l. nec semel.* eorum legatorum dies non cessit: quod si non cessit, eorum annorum legata non peti possunt, *l. cedere diem. de verb. sign.* Secundum quam sententiam vere dicitur *ex l. non quemadmodum.* de sequentium annorum pensionibus iudicium esse non posse. Ineptum est autem, quod putant id esse huic legi contrarium, vbi nullo modo id legatur. Cum enim dicitur, fideicommissariū impetraturū, vt in futurū quoq; legata præstentur, sic accipiendū est, vt impetret suo tēpore, non præmature, id est, vt impetret, cum sequentium pensionum dies cesserit. Et merito: quia agnitio legati, quo heres legatum præstando voluntatem defuncti agnouit, non mutauit qualitatem fideicommissi: sed tantum fideicommissarium confirmauit, vt post triennii præstationem non minus obligetur heres quam si fideicommissum vtiliter esset relictum. At si vtiliter esset relictum, non possent peti sequentium annorum pensiones, priusquam dies venisset, *dict. l. nec semel. quando dies legat. ced.* Ergo nec tum peti poterunt, vbi heres fideicommissum tantum agnouit. Absurdum enim est plus tribui inutili fideicommisso, quam vtili; plus tribui voluntati heredis, quam vtili voluntati defuncti.

*Ad L. 2. Etsi.*

Idem A. Eupatrio.

*Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, prædia ex caussa fideicommissi auo tuo præstiterunt: frustra ab heredibus eius de ea re quæstio tibi mouetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. PP. 6. Kal. Aug. Læto II. & Cereale Coss. 216.*

Hæc lex exposita est *ad l. 1. s.*

*Ad L. 3. Cum secundum.*

Idem A. Rufino.

*Cum secundum voluntatem defunctæ Chrysidem puellulam ab heredibus manumissam, eamq; priusquam ei restitueretur hereditas intestato vita functam proponas: ad manumissores eius successio pertinet. Qui si adierint eius hereditatem: confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. PP. 5 id. Decemb. Læto II. & Cereale Coss. 216.*

SUMMARIUM.

1 *Summa huius rescripti.*

Testatrix † duos heredes instituit, eosque rogauit, vt Chrysidem ancillam quæ forte heredum erat, manumitterent, manumissæ hereditatem restituerent. Testatrice mortua puellam heredes manumiserunt, sed nomina in fideicommisso fecerunt. Itaque priusquam ei restitueretur hereditas, puella decessit intestata, quia testamentum facere non potuit, & sine liberis quia puella erat: ita factum est, vt ei heredes sint ex lege duodecim tabularum, iidem illi heredes a quibus manumissa erat, vt defunctæ patroni, §. *sed nostra. versicul. sin autem. de successión. l. ber.* Cum heredes suprascripti non tantum ex fideicommisso obligentur Chrysidi, sed etiam id restituere debeant Chrysidis heredibus: ipsi autem Chrysidis heredes sint: quæsitum est de fideicommissi obligatione, & an adhuc ea obligatione teneantur? Rescriptum est, eos confusis actionibus liberatos esse fideicommisso.

Hoc videtur falsum esse: nam quoties debitor succedit creditori, vt hic debitores Chrysidis ex caussa fideicommissi successerunt creditrici suæ, non confunditur obligatio, nisi pro ea parte, ex qua defuncto heredes successerunt, *l. penultim. supr. de hered. act. l. si vxor. infr. de bon. auctorit. iudic.* Proinde in proposito cum duo heredes ex æquis partibus Chrysidi successerunt, non confunditur actio fideicommissaria in singulis heredibus, nisi pro dimidia parte, & ita singuli portionis suæ dimidium debent, nisi aliquo casu pro ea dimidia portione fideicommissi liberantur. Ceterum alterum dimidium suæ portionis debent coheredi: hoc enim illi restituere debent: neque eatenus fideicommisso liberantur. Neque hoc dicimus sine manifesta vtilitate, q̃ in hac specie subiecta apparebit. Finge duos heredes esse institutos, primum & secundū: primum ex octo vnciis, secundū ex quatuor: eosdem exstitisse Chrysidi heredes ex æquis partibus, nēpe ex semissibus. Fideicōmissi diuisione ita res transigetur, primus ex octo vnciis, quas est iussus restituere heredibus Chrysidis, retinebit quatuor tanq̃ heres pro dimidia parte, alteras quatuor restituet secundo, secundus ex his quatuor, quas est iussus restituere, retinebit duas vt heres ex parte dimidia: reliquas duas restituet primo, & ita fiet vt pri-

primus, qui institutus erat ex octo vnciis, nihil habeat ex diuisione fideicommissi, nisi sex vncias: secundus autem habeat tantundem, qui institutus tandem erat ex quatuor. Huic rescripto hodie etiam locus erit, si heredes rogati erunt restituere hereditatem libero homini, puta cognato, ac deinde cognatus ante restitutionem fideicommissi decesserit, cui postea iidem heredes successerunt ab intestato. Nam hoc casu succedunt heredes ab intestato ex æquis partibus.

Quod si fingamus in specie proposita hic primum & secundum heredes institutos successisse Chrysidi ex inæqualibus partibus, diuisio fideicommissi inter eos ita fiet, vt si primus successisset pro dodrante, secundus pro quadrante, primus ex tribus partibus, in quas eius portio diuidetur, duas retinere debeat, & vnam restituere, secundus ex tribus partibus, in quas eius portio diuidetur, duas restituere debeat, vnam retinere. Sic autem eueniet in specie proposita, vt primus & secundus pro his partibus succedant Chrysidi libertæ suæ, si fingas Chrysidem fuisse ancillam testatoris, & primum institutum fuisse ex dodrante, secundum ex quadrante. Nam ex portionibus hereditariis intelliguntur manumissæ Chrysidi succedere, vt primus sit patronus pro dodrante, secundus pro quadrante, pro quo iure patronatus constituto consequens est, vt ab intestato Chrysidi succedat pro iisdem partibus, pro qua sententia facit §. *si aliud. pro socio.*

*Ad L. 4. Voluntas.*

Imp. Alexander A. Victorino.

*Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuisse non videtur. PP. 5. Kal. Iul. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Testatore simpliciter vetante, ne heres fundum alienet, præceptum nullius est momenti, & heres impune fundum alienat.*

2 *Prohibitus fundum vendere extra familiam, an videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori eum donarit?*

*Quid si alii donarit? quid si extraneo?*

1 CVm testator † vetat, ne heres fundum alienet, si simpliciter vetet, præceptum nullius momenti est, tanquam nudum, itaque impune heres fundum alienet, *l. filiusfam. §. diui. de legat. 1.* Tum præcipitur hoc vtiliter, vel cum testator vetat alienari, vt in familia maneat, aut vetat alienare extra familiam, & ob hoc hic proponitur testator prohibuisse fundum vendi extra familiam. Hoc adiecto, quæ sit alienationis pœna, si forte heres contra voluntatem defuncti
2 fecerit, dicetur *in l. quoties.* Hinc quæsitum est, *an † qui prohibitus est fundum vendere extra familiam, videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori fundum donauit?* Scriptum est hic non fecisse. Quid si alii heres donauit quam sorori? Respond. Etiam alii donare potuit quam sorori, si modo ei donauit qui sit ex familia. Nam solum extra familiam prohibitus fuit alienare. Familiæ verbo in hoc genere legati quid contineatur, cautum est *l. vlt. de verb. signif.*

Quid ergo si heres extra familiam vendere prohibitus, donet extraneo? Mouet dubitationem, quod vendere tantum prohibitus est: aliud autem est donare, aliud vendere, vt proinde non videatur prohibitus donare. Respondeo: Ex hoc loco satis colligitur, si alii quam sorori aut ei qui sit æque in familia, vt soror, donarit, contra præceptum testatoris videri factum, alioqui frustra hic de sorore esset comprehensum, quod verum est. Nam qui prohibet quod minus est, multo magis id quod maius est prohibere intelligitur. Tolerabilius autem est vendere extra familiam, quam donare, quia qui vendit habet pretium, quod saltem in familia maneat, qui autem donat, & pretium & rem amittit, quia gratis donat. Proinde qui vendere prohibitus est extra familiam, ex sententia testatoris multo magis donare prohibitus intelligitur. Sed & voluntas huius testatoris manifesta est. Idcirco enim fundum vendi vetat extra familiam, vt fundus maneret in familia. At multo minus manet in familia donatus, quam venditus, ob eam caussam quam supra dixi, quia fundo donato ne pretium quidem retinetur in familia. In summa qui vendere extra familiam prohibitus est, ex sententia testatoris quouis modo alienare prohibitus est extra familiam.

*Ad L. 5. Si frater.*

Idem A. Reginæ.

*Si frater tuus postquam heres exstitit pubes iam factus, sine liberis decessit: ex pupillari substitutione tibi hereditas eius delata non est. Sed si verbis fideicommissi aliqua parte testamenti confirmata est: fideicommissum ab heredibus petere non prohiberis. PP. 15. Kal. Feb. Iuliano II. & & Crispino Coss. 225.*

SVMMARIVM.

1 *Primo & secundo heredibus institutis, defuncto secundo an eius hereditas ad primum pertineat ex substitutione.*

PAter duobus filiis, primo & secundo, heredibus institutis, secundo primum substituit quandocunque moreretur. Secundus pubes factus sine liberis decessit. Quæritur, an † eius hereditas ad primum 1
pertineat ex substitutione? Respondeo: Distinguendum est: nam si primus secundo substitutus est directe, hereditas secundi ex substitutione primo non defertur, ac nec potest. Exempli caussa, pater ita substituit, *si heres erit & quandocunq; decesserit, frater eius primus heres esto.* Ex hac substitutione non potest secundi hereditas primo deferri. Non deferetur enim ex substitutione pupillari, quia secundus proponitur decessisse pubes. Substitutio autem pupillaris pubertate euanescit, *l. in pupillari. ff. de vulg.* Non defertur ex substitutione, quæ post annum 14. facta sit, quoniam post eam ætatem substitutio directa frustra fit, *l. verbi. l. in pupil. de vulg.* Proinde recte respondetur, in totum ex substitutione directa, hereditatem secundi, primo deberi non posse. Quod tamen sic est interpretandum, vt non possit deferri tanquam ex substitutione. Ceterum ex caussa fideicommissi ad eum pertinebit, tanquam tacito fideicommisso in hac substitutione comprehenso, *arg. l. 2. §. 2. ff. de iur. codicil.* de quo dixi *ad l. 2. s. de codicil.*

Quod si pater verbis precariis seu fideicommissariis petat a secundo, vt post mortem suam restituat portionem suam fratri suo; hoc casu substitutio fideicommissaria valebit, §. *vlt. de pupil. l. cohered. §. cum filia. de vulg.* Cuius substitutionis effectus hic est, qui declaratur in hoc rescripto, vt hereditas secundi iure pertineat ad omnes alios heredes eius legitimos, sed ita, vt hi ex fideicommisso obligentur primo, vt hereditatem restituant, quod facient deducta quarta

ex Senatusconsulto, §. *sed quia hered. de fideicom.* Veruntamen ita fideicommissum debebitur primo, si secundus pubes factus sine liberis decesserit: non si decesserit susceptis liberis & exstantibus, sed si succedunt excluso substituto, *ex l. cum acutissimi. infr. hoc tit.* Et hæc caussa est, cur in principio huius rescripti proponatur frater secundus decessisse pubes & sine liberis. Nam alioqui quod ad directam substitutionem attinet, nihil refert, vtrum secundus frater sine liberis decesserit, an susceptis liberis, ad hoc vt primus frater eius ex substitutione pupillari non admittatur.

*Ad L.6. Prædia.*

Idem A.Nilio.

*Prædia obligata per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime cum testator conditionem eorum non ignorauit. aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. si vero a creditore distracta sunt: pretium heres exsoluere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur. PP. 16. Kal. Mart. Iuliano II. & Crispino Coss. 225.*

SVMMARIA.

1 *Luere pignus quid.*
2 *Res aliena legata, si testator sciuit pignori obligatam, ab herede luenda est: & quando quibusve casibus. ibid. & nu. 3.*

CVm testator legat rem, quæ pignori obligata est, non talis est præstanda, qualis est, sed interdum
1 heredes pignus luere debent. Est † autem luere, pretium creditoribus exsoluere, & liberare nexu pignoris, *tit. de luit. pig. ʒ.* Quod ita dictum est, quasi dicat pignori eluere & delere, vt amplius ea obligatio, & tanquam macula in re non maneat. In hac re autem
2 est eadem distinctio quæ seruatur, cum † res penitus aliena est legata. Si testator sciuit pignori obligatam, ab herede luenda est, *l. si ignorauit. §. sed et si rem, de legat. l. si res obligat. de legat. 1.* sed ita demum cum testator ignorauit rē pignori obligatam, res a fideicommissario luenda est, nisi alteruter ex his duobus casibus cōtigerit. Vnus est expressus hoc rescripto, si testator rem alienam testatus fuerit, aut legaturus tantundem, si rem pignori obligatam esse sciuisset. Quando autem existimetur testator id facturus fuisse, dictum, *ad l. cum alienam. ʒ. de legat.* Alter casus est adiectus *in d. l. sed si res oblig. de leg. 1.* Est autem hic, vt fideicommissarii rem pignori obligatam luere non debeant, si aliquid superfuturum est, excluso ære alieno, verbi gratia: Fundus aliquis 200. legatus aut fideicommissus est. Is fundus pignori obligatus erat creditori, cui 300. debebam. Dicemus legatarium seu fideicommissarium, vsque ad 200. debere luere fundum, sed illa 200. non præstabit, verum heres, vt ita pignore liberato fideicommissarius fundum consequatur, & ita, vbi aliquid superfuturum est, quod debeatur creditori, cum exsolutum erit æs alienum, tantum, quantum fundus valebat pro superflua quantitate fideicommissarius non luet, quia vltra quam fundus valet fideicommissarius præstare nihil cogitur, *l. contractib. vlt. de legat. 1.* Ceterum ad eam quantitatem, qua fundus æstimatur, præstare debet, *l. Titius. de leg. 2.* Ex his intelligi potest, cur hic scriptum sit, heredem luere debere pignus maxime in his casibus, qui hic expressi sunt. Hoc verbo *maxime* significatur, heredem & in aliis casibus luere debere. Id verum esse ex his casibus, quos complexi sumus, intelligitur. Quibus † autem casibus luendi pignoris onus ad heredem pertineat, id vt faciat, heres consequetur legatarius actione in personam ex testamento, non etiam actione in rem, *vt dictum l. 3. ʒ. de legat.* Sed & illud intelligendum est, tunc solum heredem posse pignus luere, id est, pecunia soluta pignus recipere, cum pignus nondum a creditore legitime est distractum. Nam vbi distractum est, amplius possessio a possessore reuocari non potest, vt dominio pignoris in eum iure translato, *l. vlt. si vend. pig. l. non est nouum. de acquir. rerum dom.* Proinde hoc casu id superest, quod dicitur in extremo huius rescripti, vt heres rem a creditore distractam aut redimat a creditore, aut si non redimat, æstimationem exsoluat, vt fit in rebus alienis legatis, §. *non solum. de legat.*

*Ad L.7. Voluntatis.*

Idem A.Septimo.

*Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione iudicis est. PP. 15. Kal. Mart. Fusco II. & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Voluntatis quæstioni quando sit locus.*
2 *Vbi nihil scriptum aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit.*
3 *De voluntatis quæstione ex iuris ratione responderi nequit.*

VOluntatis † quando est quæstio, qua quæritur, 1
quid testator voluerit, senserit, huic quæstioni non est locus, vbi testamento aut codicillis nihil scriptum a testatore, aut nuncupatum est. Nam † vbi 2
nihil scriptum aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit, vt proinde sit superuacua hoc casu voluntatis quæstio, *l. quoties 9. de heredib. instit.* Sed tunc ei locus est, cum testator aliquid scripsit aut dixit, sed verba obscura sunt aut ambigua, aut ea quibus aliquid desit, vt proinde ex his quæratur, quid senserit testator, veluti si Mæuio 100. nummos legauerit & quæratur, de quibus nummis senserit. Huiusmodi voluntatis quæstio est in cognitione & æstimatione iudicis, vt hic traditur, id est, quæstio iudici cognoscenda & iudicanda committitur, non autem Principi aut prudenti alicui. Cuius sententiæ hæc est ratio, quia voluntatis quæstio diiudicatur ex circumstantiis, quæ sunt in facto positæ. Nam vt maneamus in exemplo nummorum legatorum, cum 100. nummi Titio legati sunt, & quæritur, quos nummos testator intellexerit, præcipitur id æstimandum esse ex consuetudine loquendi testatoris, aut ex more regionis, vbi res geritur, aut ex his, quæ in testamento antecedunt vel sequuntur, *l. si seruus plurium. §. vlt. de legat. 1. l. nummis. de legat. 3.*

Hæc omnia, quomodo loqui sit solitus testator, quid frequentetur in ea regione, quid in testamento ante vel post scriptum sit, hæc, inquam, omnia facti sunt, quæ nulla definitione iuris, aut prudentia Iurisconsulti explicari possunt, sed cognoscuntur probationibus testium & instrumētorum. Caussa a. omnis facti est in cognitione & æstimatione iudicis, id est, iudici examināda & iudicanda cōmittitur, *vt in l. mea. ff. de vsur. scriptum est*, vbi initio dicitur, an mora facta sit, iudicem examinare debere. Et ratio hic subiicitur, quia hæc sit quæstio, & adiicitur ideo nulla definitione iuris, nulla prudentia Iureconsulti vel Principis auctoritate decidi possunt. Idem de definitione

tione, facti significatur a Scæuola, *l. si ita quis, §. Seia, in fin. de vsur.* vbi ita scriptum est. Respondetur agi posse, si debitor non multo post obtulisset, & nihil actoris interesset, quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est. Recte, quoniam an debitor obtulerit pecuniam, & an intersit actoris nec ne, in facto, non in iure consistit, *l. quatenus, de reg. iur.*

Hoc est igitur, quod Imperator scripsit hoc loco,
3 cum consuleretur de voluntatis testatoris † quæstione, rescripsit se de ea quæstione consuli non debuisse, quia nõ possit de eo ex ratione iuris respondere. Rem enim facti esse: facti autem cognitionem iudicis esse, non Iureconsulti aut Principis. Idque est, quod dicitur *in l. eum, qui temere, §. vlt. de iudic.* Iudicibus de iure consulentibus, præsides prouinciarum respondere solere, de facto autem consulentibus respondere non debere, quia res ex cognitione & religione iudicis pendeat.

### *Ad L. 8. Qui fideicommiss.*
### Idem Masculo.

*Qui fideicommissariam libertatem meruit, legata seu fideicommissa a defuncto sibi data suo iure persequitur. PP. XV. Cal. Iun. Fusco II. & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum aut legatum, an relinqui poßit ei seruo, qui eodem testamento manumissus est, per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere.*

Regula iuris est, heredi a se ipso legari aut fideicommitti non posse, *l. legatum, §. 1. de leg. 1.* Item hæc regula nota est, seruo proprio, aut seruo heredis sine libertate legari non posse, *l. plane vbi, §. si coniunctim, l. si minor. de legat. 1.* Nempe quia hoc modo heredi a seipso relinqueretur. Nam ab ipso legatũ præstandum esse certum est, sed & ei legatũ per seruum acquiri constat. Quod si libertate seruo data, seruo aliquid relinquitur, siquidem ei pure libertas data est, & libertas & legatum valet, quia hoc modo non seruo legatur, sed liberto, *leg. quæsitum, §. 1. de legat. 1.* Sed si libertas ei datur sub conditione, quæ exsistere non potest, nisi per aditam hereditatem, frustra ei legatum aut fideicommissum relinquitur, *l. quæsitum.* Et ratio est ex eadem regula superiori, quia cum hic legatum seruo datum, primum fit, eius legati dies statim cedit a morte testatoris, *l. vnica, §. in nouißim. infr. de cad. toll.* At libertas sub conditione data, non exsistit, nisi adita hereditate ita fit, vt adita hereditate, reperiatur aliquod tempus intermediũ, quo tempore hic seruus fit heredis seruus, vt sic verũ sit, seruo heredis legatum datum esse, atque ita heredi a seipso legatum esse.

1 Hinc quæsitum est, † an fideicommissum aut legatum relinqui possit ei seruo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere? Dubitationis caussa hæc est, quia qui per fideicommissum manumittitur, videtur sub conditione manumitti, quæ non exsistit, nisi post aditam hereditatem, nam manumittitur si heres eum manumittat. Libertatẽ enim ab herede accipit, *§. vltim. Instit. de sing. reb. per fideicom.* Porro heres non potest manumittere, nisi adita hereditate si seruum testatoris fuisse proponat. Sed placuit eum, qui fideicommissam hereditatem pure accepisset, vtiliter legari & vtiliter fideicommitti, vt manumissori legati & fideicommissi conditio competat, *vt hic traditur & pluribus, in l. si quis seruo, de legat. 2.* Non obstat, quod dicitur in fideicommissaria libertate conditionem inesse. Nam conditio iuris est, quæ sua sponte inest, non a testamento. Adiicitur: Conditiones huiusmodi nõ reddunt supremam voluntatem conditionalem, *l. conditionales, quæ extrinsecus, de cond. & demonst.* Et ideo tametsi nõ competit iure libertas nisi ei, qui manumissus est ab herede, tamen fideicommissi dies statim cedit, non minus quam legati seruo relicti. Ita simpliciter verum est, eo tempore legatum & fideicommissum relinqui manumisso, non seruo, etiamsi heres manumittat statim, tamen pro manumisso seruus habendus est, in quo manumittendo heres moram fecit. Hæc est sententia, *l. si quis seruum.*

### *Ad L. 9. Ab eo.*
### Imp. Gordianus A. Paulinæ.

*Ab eo qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem vel mortis caussa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest. PP. XVII. Cal. Octob. Pio & Pontiano Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Duæ huius legis sententiæ.*
2 *A quibus fideicommissum aut legatum relinqui poßet, a quibus non.*
3 *Definitio huius rescripti multis modis falsa est.*

Duæ sententiæ hic statuuntur verbis contrariæ, de his a quibus fideicommissum aut legatum relinqui possit aut non. Sunt † autem hæ: cui testator nihil morte dedit, ab eo nihil relinquere potest, 1
cui autem dedit, ab omni eo vtiliter relinquit. Prior expressa est *leg. 1. §. vltim. de legat. 3.* Posterior hoc ex loco intelligitur. Sed datum hic plenius accipiendum est, non tantum quod testamento pleno & aperto in aliquem contulit, sed & quod morte defuncti ad eum peruenit, dum ei a defuncto non adimitur, & ideo plenior definitio huius rei est concipienda, vt concepta est *leg. 1. §. sciendum, de legat. 3.* Ab omnibus † fideicommissum relinqui potest, ad quos morte defuncti aliquid peruenit, dum vel ei datur, 2
vel quod a defuncto accipi poterat non adimitur. Ergo sunt duo genera eorum, a quibus fideicõmissum relinqui poterat. Primum eorum, quibus ita defunctus quid dedit, vt ad eos morte defuncti seu suprema voluntate defuncti perueniret. In hoc numero sunt heredes a defuncto instituti, vel substituti legatarii, fideicõmissarii, debitor defuncti, a quo defunctus fideicommissum reliquit. Item hi qui legatorum vicem obtinent.

Ab heredibus institutis aut substitutis legari posse certum est, vt quibus a testatore detur hereditas. At a legatario & fideicommissario fideicommissum quoque relinqui posse constat, *Instit. de sing. reb. per fideicom. in pr.* Idque ob eandem caussam, quia his legatum aut fideicommissum datur, & a debitore defuncti fideicommissum relinqui potest, quatenus debet, *l. si pec. de legat. 1.* quoniam cum defunctus a debitore fideicommissum relinquit, prius ei liberationem legare intelligitur *dict. leg. si pec.* Legatorum loco sunt hi, quibus mortis caussa donauit defunctus, his enim in donatione caussa mortis, viuus viuenti donat, *l. inter. de donat. caus. mort.* Sed tamen ita donat, vt donatio non nisi morte confirmetur, non magis quam legatum, quia tamdiu donator donationem reuocare potest, *l. non videtur, l. donatus,*

§. *donatio. de mortis caussa donatio.* Inde dictum, donationes mortis caussa, legatis comparari, *l. illud, de mort. caus. donatio.* Ob hanc canssam etiam ab eo, cui mortis caussa donatum est, fideicommissum relinqui potest, vt a legatariis, *leg. cum pater*, §. 1. *de leg. 2.* In eodem numero sunt donationes inter virum & vxorem: nam hæ nõ reuocatæ morte donantis, confirmantur, vt donationes mortis caussa, *l. cum hic status, de donat. caussa mortis, l. vlt. supr. eodem tit.* Ob id etiam placuit vnum ex coniugibus, qui alteri coniugi donauit, fideicommissum, ab eo, cui donauit relinquere posse, l. *in donationibus, infr. ad legem Falcidiam, dict. leg. cum hic status*, §. *1. in fin. de donat. inter vir. & vxor.*

Alterum genus eorum a quibus fideicommissum relinqui potest ex superiori definitione, est eorum, quibus testator reuera nihil dedit iudicio suo, sed solum videtur dedisse, quia non ademit, quod poterat adimere. In hoc numero sunt heredes legitimi defuncti: heredes legitimi impuberis, qui ell indefuncti potestate. Item hi qui mortis caussa capiunt ex testamento defuncti. Postremo hi, ad quos legata aut hereditaris aliis datæ emolumentum pertinet. Primo, ab omnibus, ad quos defuncti hereditas, aut bonorum possessio peruẽtura est, fideicommissum relinqui potest, *l. 3. §. sciendum, de legat. 3. l. si fundum*, §. *vlt. de leg. 1.* Et tamen defunctus hereditatem hic non dat, nam hereditas a lege datur, vnde & legitima hereditas appellatur, *l. lege obuenire, de verb. signific.* Sed testator his hereditatem adimere potuit, alios heredes instituendo. Proinde, si alios non instituit, hoc ipso videtur legitimis heredibus hereditatem dedisse, quia non ademit *dict. l. 3. §. sciendum, de legat. 3.* Eadem ratione pater impuberis quem in potestate habet, fideicommissum relinquere potest ab heredibus legitimis impuberis, quia fuit in potestate patris alios heredes filio substituendo, legitimis eius heredibus hereditatem adimere, *l. si fundum per fideicom. §. vlt. de legat. 1.* Ab his etiam, qui mortis caussa capiunt ex testamẽto, fideicommissum relinqui potest. Verbi gratia: Stychus liber esse iussus est, si 10. Titio daret. Hæc 10. a Titio fideicommitti possunt, *l. quidam, de leg. 1.* Et tamen hæc 10. non dantur Titio a defuncto, quoniam hæc 10. Titius ex testamento petere non potest, *leg. si quis sub conditio. D. si quis manumiss. caus. testamen.* Sed tamen mortis defuncti caussa capiuntur, ideo defunctus videtur quodammodo ea dedisse, quia conditionem detrahendo, aut manumissionem reuocando potuit perficere ne illa 10. ad Titium peruenirent, vnde dicuntur mortis defuncti caussa capi, quia capiuntur per accessionem mortis eius, *leg. mortis caussa cap. de mortis caussa donatio.*

Hi ad quos hereditatis aut legati aliis relicti emolumentum pertinet, sunt legatarii, dominus aut pater, aut heres. Nam cum seruo legatum est per seruum dominó acquiritur: cum legatum filiofamilias, per filium patri acquiritur, §. 1. & 2. *per quas personas, leg. placet, de acquiren. hered.* Sed & quod legatario quæsitum est, id eo mortuo ad heredem eius pertinet. Proinde si quid seruo legatum sit, aut filiofamilias, placuit a domino & patre fideicommissum relinqui posse, *l. cum filiusfamilias 11. de leg. 1.* Placuit item ab herede heredis aut legatarii nõ minus fideicommissum relinqui posse, *l. 5. §. vlt. de leg. 3.* Atqui testator iudicio suo neque domino, neque patri, neque heredi legatarii quicquam debet, *leg. qui liberis*, §. *vltim. de vulg.* Argumentatio est verissima, quia si filius aut seruus viuo testatore decedat, patri aut domino nihil debetur. Si legatarius decedat viuo testatore, legatum ad heredes legatarii non pertinet, sed adeo defunctus seruo aut filiofamilias legando videtur dedisse patri aut domino, hoc ipso, quod legatum seruo vel filiofamilias viuus nõ ademit: eademque heredis & legatarii ratio est.

His cognitis, multis† modis definitio huius rescripti falsa esse videtur. Nam I. falsum esse dixeris in debitore defuncti, a quo defunctus fideicommissum relinquit, cum ei prius nihil aperte dederit. Sed supra responsum est. Nam hoc ipso, quod fideicommissum relictum dicitur, prius liberatio ei relinqui intelligitur. II. Videri potest esse falsa in donationibus inter virum & vxorem. Nam hæ hac definitione comprehensæ non sunt, & tamen qui donauit vxori, ab vxore fideicommissum relinquere potest. Sed & de hoc supra responsum est. Nam huiusmodi donationes species quædã sunt donationis caussa mortis. III. Falsa esse videtur in heredibus legitimis, a quibus fideicommissum relinqui potest, & tamen defunctus his hereditatem non dat sed lex. Respondeo, & lex & defunctus. Lex recta vel proprie: defunctus hoc ipso, quia nõ adimit his hereditatem, quam adimere potuit. Sed præcipue & certe videtur falsa esse in his qui caussa mortis capiunt, cuiusmodi sunt hi, quibus implendæ conditionis caussa aliquid datum est, vel ab herede, vel legatario, vel manumisso. Nam ab his fideicommissum relinqui posse constat, & tamen neque hereditatem, neque legatum, neque fideicommissum, neque mortis caussa donationem a defuncto accipiunt, *vt expressum est in l. mortis caussa cap. de mortis caus. donat.* 3

Dicendum est eum, qui mortis caussa quid accepit, proprie nihil eorum, quę suprascripta sunt, accepisse, secundum quam proprietatem verbi scriptum est *in dict. leg. mortis caus. cap.* Abusiue autem & improprie quod per mortui defuncti occasionem capitur dici potest a defuncto capi, quasi defunctus videatur dedisse, quod non ademit cum posset adimere. Postremo videri poterit etiam falsa definitio in patre, domino, & herede legatarii, vtpote quibus nihil omnino defunctus dedit, neq; viuus, neque moriens. Sed dicendum est defunctum nihil his dedisse recta, sed reuera dedisse per interpositam legatarii personam, quia per legatarium legatum ad istos peruenit, *arg. l. 1. in fi. & l. 2. de her. petit.*

*Ad L. 10. Verbum Volo.*

Iidem A Firmo.

*Verbum* Volo, *licet desit: tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. III. Idus Decemb. Gordiano A. & Auiola. Coss. 40.*

SVMMARIA.

1 *Voluntas sine scripto, vt & scriptum sine voluntate, nihil proficit ad hereditatem, legatum aut fideicommissum relinquenda.*

2 *Testator an plena & perfecta oratione scribere vel nuncupare debeat.*

Nihil ad rem pertinet defunctum aliquid alicui dare voluisse, vt legatũ aut fideicommissum debeatur, nisi hãc etiam voluntatem testamẽto vel codicillis scripserit aut nuncuparit, vt † neque volun- 1
tas sine

tas sine scripto, neque scriptum sine voluntate quicquam proficiat ad hereditatem, legatū aut fideicommissum relinquenda, *l. quoties, de hered. Insti.* Quod tamen desideratur, vt testator volūtatem suam scribat vel nuncupet verbis, non sic accipendum est, vt debeat scribere vel nuncupare plena & perfecta oratione, sed si quid posuit, ex quo intelligi possit, quid voluerit, voluntas eius seruabitur, quasi minus scriptum fuerit, plus nuncupatū, *vt ibidem, in d. l. quoties adiicitur.* Id quale sit explicatur *in d. l. in hered. instit. l. 1. §. si ex fundo, de hered. instit.* Idem in fideicommisso quale sit, hic traditur Secundum hanc sententiam huiusmodi fideicommissum valet, *Titio fundum Tusculanum dari*, etiamsi non adiecit defunctus, *volo*, vt plena oratio fideicommissi efficeretur, tamen valebit. Idem dicendum est, etsi testator tantum ita dixerit: *Titio fundum Tusculanum, &c.* quia satis intelligūtur hæc verba ex præcedētibus, *do lego, vel dari volo, &c.* Ad hanc sententiam pertinet *l. vnum. supr. de testam.* vbi dictum.

*Ad L. 11. Quoties ab.*

Idem A. Papyriano.

*Quotiens ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii consenserint: contractus auctoritas conuelli nequaquam potest. PP. 2. Calend. Ianu. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss. 242.*

SVMMARIA.

1 *Prohibitio alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati quando valeat.*
2 *Alienationis pœna.*
3 *Alienatio & vēditio rerū distrahi prohibitarū, quando & quibus casibus rata sit, nec reuocari possit, & num. 4.*

1 PRohibitio † alienationis fundi vel hereditatis, vel legati tunc valet, cum testator nominatim vetuit alienari certarum personarum caussa, quibus consultum voluit, *l. filiusfam. §. diui, de leg. 1.* Id fit cum vetat alienari, & adiicit vt fundus ad certas personas perueniat, veluti, cum fundū vetat alienari, vt in familia maneat. Idem fit cum testator quibusdam personis permittit vendere, & extra has personas alienari vetat, veluti cum fundum libertis legat & vetat extra familiam libertorum alienari, aut cum tribus legat, 1. 2 & §. & vetat, ne quis partem suam vendat, nisi collegatariis. Exempla sunt *in l. vnum, §. vlt. l. cum pater, §. libertis, de leg. 2.* Alienatione ita prohibita, rem contra præceptum testatoris alienare non licet.
2 Alienationis † pœna hæc est, vt reuocetur alienatio ab his, quorum caussa alienatio prohibita est. Perinde est enim quasi testator his personis fideicommissum dedisset, si res vetita alienari alienata esset, secus quam testator prohibuisset. Proinde re alienata hæ omnes personæ ad fideicommissi persecutionē vocantur. Et si sint plures gradus earum personarum, hi vocati intelliguntur, qui sunt primi gradus, *d. l. vnum, §. vlt. de leg. 2.*

Sed cum hæc persecutio & reuocatio rei alienatæ constituta sit eorum tantum gratia, quibus testator consultum voluit, † euenit interdum, vt quam-
3 uis res alienari prohibita alienetur, tamen venditio & alienatio rata sit, nec possit reuocari, quod hoc rescripto declaratur. Id autem contingit duobus casibus hic comprehensis. Vnus est, si omnes qui facta alienatione vocabantur ad persecutionem fideicommissi rem vendiderunt, vt puta prohibitus est heres fundum alienare extra familiam, & alienauit, omnibus qui sunt ex familia fideicommissi persecutio competit. Dicimus, si hi omnes fundum vendiderint, venditionem reuocari non posse: cuius sententiæ ratio hæc est, quoniam si quis ex his venditoribus potest rem venditam reuocare fideicommissi iure, necesse est, vt aut partem a se venditam, aut partem ceterorum reuocare non possit quia vendidit, & si alius eam partem euicisset, is qui vendidit de euictione teneretur. *leg. ex empto, de actio. furt.* Ergo si ipse eam partem vindicet, vt euincat, multo magis exceptione remouebitur. *l. vindicantem, de euiction.* Nam si emtori re euicta vltro actio datur aduersus venditorem, multo magis venditore rem euincente, dabitur emtori aduersus euictionem exceptionem quis competere dixerit, *leg. inuitus, § primo, de regulis iuris.* Partem ceterorum quibus fideicommissi persecutio competebat, reuocare non posse, tametsi partem ceterorum non vendidit. Nam in hoc genere fideicommissi, hi solum ad fideicommissi persecutionem inuitantur, qui iudicio defuncti paruerunt, id est, qui & ipsi partem suam non alienarunt. Indignus est enim iudicio defuncti, qui contra iudicium defuncti facit, *dict. l. cum pater, §. libertis, de leg. 2.*

Alter † casus est, si hi qui ad fideicommissi persecutionem inuitabantur, non vendiderunt quidem, 4
sed venditori consentiunt, vt si heres prohibitus sit fundum alienare extra familiam, & ipse vendat familia tota consentiente: aut si tribus legatus sit fundus, & singuli prohibiti vendere nisi collegatariis, vnus autem suam partem vendat ceteris consentientibus, qui consenserunt fideicommissi persecutionem non habent, aut certe exceptione pacti ab emtore repelluntur.

Exceptio est sumta ex edicto prætoris de pactis, quo prætor pollicetur se pacta seruaturum. Vnde sumtæ sunt hæ regulæ: Licere vnicuique suo iuri renuntiari. Item, licere vnicuique futuri iuris persecutionem & præsentis deteriorem pacto constituere, *leg. pacti, Digest. de pact. leg. penult. supr. de pactis.* Item illud: Remittentibus actiones suas non dari regressum, *leg. quæritur, §. si venditor, Dig. de ædilit. edictio.* Hæc enim sunt consequentia, edicto seruari pacta.

*Ad L. 12. Post mortem.*

Impp. Philippus A. & Philippus C. Rufino.

*Post mortem suam rogatam restituere hereditatem, defuncti iudicio, & antequam fati munus impleat, posse satisfacere, id est restituere hereditatem quarta parte vel retenta vel omissa, si voluerit, explorati iuris est. PP. Id. Octob. Peregrino & Aemiliano Coss. 245.*

SVMMARIA.

1 *Mulier heres instituta, & post mortem suam hereditatem restituere Titio rogata, si viua, detracta quarta ex Senatusconsulto, fideicommissum restituere velit, an possit.*
2 *Verba, post mortem tuam, quid significent.*
3 *Natura non est solutio, nisi eius quod debetur.*
4 *Restitutio fideicommissi ante mortem heredis in quibus caussis aliis noceat.*

1 HEres mulier instituta est, rogataque est restituere hereditatem post mortem suam Titio. Viua mulier † fideicommissum restituere vult, detracta quarta ex senatusconsulto, quæritur an possit? non quatenus de voluntate Titii, nam constat volenti restitui posse, sed quęritur an possit restitui inuito, quasi id sit ex voluntate & iudicio defuncti. Quid dubitationem faciat, mox dicemus. Hic respondetur, etiam ante mortem mulierem fideicommissum restituere posse, ex senatusconsulto, & quidem ita, vt iudicio defuncti satisfaciat. Huic sententiæ videtur refragari certa ratio iuris ciuilis, & nominatim, & præterea, *l. sed & si alio 9. §. vlt. l. sed etsi ante seq. ad Treb.* Quæ ratio aduersatur huic sentetiæ. Vt intelligatur, sciendum est, hoc fideicõmissum, post mortem tuam
2 restituas, esse conditionale. Nam † hæc verba, *post mortem tuam*, valent postquam mortua fueris. Hæc adiectio habet diem incertum. Dies incertus in testamentis conditionem facit. Itaque perinde hoc fideicommissum accipitur, quasi ita dictum esset: *Restituas si mortua fueris*, nempe per heredes tuos, *leg. dies, de condit. & demonstr.* Ideo diserte scriptum est *in l. 4. quando dies leg. ced.* hoc genus fideicommissi esse conditionale, & si Titius fideicommissarius viuente herede decedat, neq; fideicõmissario, neq; eius heredibus quicquam deberi. Hoc posito consequens est, hoc fideicommissum ante mortem heredis restitui nõ posse hac ratione: Quod non debe-
3 tur, solui non potest, quia † natura non est solutio, nisi eius quod debetur. *tit. quib. mod. toll. obl. in pr.* Quod autem sub conditione debetur, id pendente conditione non debetur *l. cedere diem, de verb. sig.* Ergo pendente conditione solui non potest. Iam vero hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituas*, habet conditionem *si morieris*. Ergo ante mortem restitui & solui non potest. *l. autem 9. l. seq. ad Trebell.* Diserte scribitur, fideicommissũ cõditionale pendente conditione resolui non posse, & si forte volente fideicommissario restitutum sit, actiones in fideicommissarium non transire, quia non sit restitutum, vt testator voluit.

Respondeo primo ad rationem, quam initio posuimus: fatemur ꝙ sub conditione debetur, quemadmodum pendente conditione non debetur, ita nec pendente conditione solui posse. Idque non tantum in certis obligationibus admittimus ex superiore ratione, sed & in fideicommisso, *ex d. l. 9. §. vlt. D. ad Trebell.* Sed hoc dicimus: Fideicommissum hoc, post mortem heres restituas, hactenus esse conditionale, quatenus heres viuus fideicommissum non restituit: quod si valet restituere, non est fideicommissum conditionale ex voluntate & iudicio defuncti, qui voluit licere heredi etiam ante mortem suam restituens. Id probatur liquido ex verbis huius rescripti, vbi dicitur, heres ante mortem fideicommissum restituere, satisfacere iudicio defuncti, id est voluntati, ergo testator volebat fideicommissum id etiam ante mortem restitui posse. Idem probatur apertius ex *l. partem, quæ in fraudem credit.* Vbi in hac ipsa specie respondetur, heredem qui ante mortem suam fideicommissum restituit plenam fidem & debitam pietatem restitutionis sequi. Ergo fides heredis erat, vt si vellet ante mortem restitueret: ergo ante mortem si restituit pie facit, satisfaciens voluntati defuncti. Sic fit vt dum heres vltro fideicommissum hoc restituere vult, intelligatur fideicommissum ex voluntate defuncti purum esse, non conditionale. Idq; ex genere conditionis facile intelligitur. Nam cum testator voluit heredem nõ restituere, nisi post mortem suam, apparet conditionẽ adiecisse heredis caussa, vt viuus hereditate frueretur: sed hac conditione, vt non inuitus vellet: nam inuito beneficium nõ datur, *l. inuito, de reg. iur.* Proinde, si voluit hereditatis commodo frui, testator hoc animo est, vt velit illi licere restituere hereditatem fideicõmissario, cui post consultum volet.

Ex his responsum *ad leg. 9. §. vltim. & leg. seq. ad Trebellian.* Fatemur enim, vt supra dictum, fideicommissum sub conditione relictum, pendente conditione restitui non posse. Sed iam dixi, fideicommissum, de quo agitur, non esse conditionale, vbi heres ante mortem vult restituere fideicommissum. Hinc consequens est fideicommisso ante mortem heredis restituto, omnia locũ habere, quæ haberent, si post mortem restitutum esset ex Senatusconsulto. Primum, cum ante mortem heres restituet fideicommissum, quartam detrahere poterit si volet, quod hic scriptum est, & tamen non potest, nisi ex Senatuscõsulto detrahi, *§. sed quia hered. Instit. de fideicommiss.* Eadem ratione & restituta hereditate trãsibunt actiones in fideicommissarium, propter quod restituitur hereditas, vt testator voluit, quod quotiescunque fit transeunt actiones, *ex d. l. sed etsi ante. ad Trebell.* Restitui autem fideicommissum ex voluntate testatoris, etiam ante mortem supra ostendimus. Et probat hoc rescriptum, *& d. l. partem, quæ in fraud. cred.* Quod tamen dicitur in hac specie, fideicommissum ante mortem heredis restitui, sic accipiendum est, nisi restitutio noceat, aut fideicommissario, aut aliis, quibus testator eodem fideicommisso consultum voluit.

Fideicommissario nocet restitutio, si is ante mortem heredis sit in patris potestate. Nam si tunc fideicommissum restituitur, nõ filio acquiritur restitutum, sed patri per filium. Proinde placet hoc casu exspectandam esse mortem heredis, quia fieri possit, vt interim filius sui iuris efficiatur, atque legatum sibi acquirat, nõ patri. Aut certe esse exspectandum, donec filius liberetur patris potestate ante mortem heredis *l. filiusfam. §. diui. 1. de leg. 1.* Restitutio fideicommissi † ante mortem heredis, nocet aliis in his 4
caussis tribus, si heres rogatus sit fundum restituere pluribus, puta primo secundo & tertio, & viuus partem restituat primo, deinde primus viuo herede decedat. Nam hoc modo futurum est, vt restitutio huius partis noceat eius collegatariis, quia si fideicommissum restitueretur post morté heredis, totus fundus ptineret ad duos reliquos collegatarios, & pars deficientis illis accresceret. Proinde placet hoc casu idem iuris statuendum esse, nec liberari heredes heredis, nisi solidum fundum reliquis duobus collegatariis superstitibus restituant. Nocet præterea restitutio aliis in hac specie, cum heres rogatus est post mortem suam restituere fideicommissum ei ex filiis cui volet, & viuus vnum ex filiis eligat cui restituit. Nocet hæc restitutio aliis, quia si mors heredis exspectaretur, aut illud tempus cum heres moreretur, fortasse vel heres vel heredes eius alium ex filiis eligerent. Proinde recte quoque hoc casu placuit electionem ante mortem non exstingui, *l. cum pater, §. hereditatem & a filio, de legat. 2.* Postremo restitutio aperte nocet aliis in hac specie, cum heres rogatus est fidei-

est, fideicommissum post mortem suam restituere primo, & si primus viuo herede decederet, rogatus est restituere idem Sempronio. Hic inquam aperte nocet restitutio Sempronio, si heres restituat fideicommissum ante mortem primo, & primus viuo decedat herede. Nam ex conditione substitutionis fideicommissum ad Sempronium pertinere, deinde post mortem heredis. Quapropter recte hic quoque est responsum, si heres restituat fideicommissum primo ante mortem, & primus decedat viuo herede, heredem fideicommisso non liberat, *l. vxorem, §. Seium, de leg. 3.*

*Ad L. 13. Quoties.*

Iidem A. & C. Sempronio.

*Quoties principali loco heres institutus testatori succedit: legata seu fideicommissa a substituto data posci iure non possunt.* PP. 8. *Calend. Martii Præsente & Albino Coss.* 247.

SVMMARIA.

1 *Legata a substituto relicta an debeantur.*
2 *Institutus, qui hereditatem defuncti totam obtinet, an legata ex iudicio defuncti præstare debeat.*

TEstator primum heredem instituit, & ab eo ita legauit, *Peto a te primo, vt fundum Tusculanum Titio restituas.* Primo secundum substituit, hoc modo: *Si primus heres non erit, secundus esto*, & a secundo ita legauit: *Rogo te secunde vt 100. Sempronio des.* Primus heres exstitit, quo factum est, vt excluderetur secundus, itemque substitutus, *leg. post aditam, supr. de impuber. & aliis substitut.* Quæsitum est † an legata a substituto relicta debeantur? Hic scriptum est non deberi, & constat nõ deberi a substituto, quem hereditate exclusum esse dicimus. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui posse constat, *leg. ab eo, supr. h.* Sed quæritur, † an institutus qui hereditatem totam obtinet, hæc legata ex iudicio defuncti debeat præstare? Mouet dubitationem ius constitutum de substituto, Nam quoties edito testamento quidam sunt instituti, quidam substituti, placet deficientibus institutis legata ab his relicta, ab substituto præstanda esse, *leg. licet, de legat. primo.* Idem e conuerso dici debuisse videtur, vt legata a substituto relicta etiam ab instituto præstanda sint. Aduersus quam dubitationem hoc rescripto cauetur in totum, legata a substituto relicta non deberi, vt intelligamus neque a substituto deberi, qui nihil accepit, neque ab instituto, a quo relicta nõ sunt. Differentiæ ratio est, quia substitutus substituitur in locum primi heredis, quo fit, vt non solum in ius seu commoda, sed etiam in incommoda succedat. Institutus autem non substituitur in alterius locum, vt proinde ex persona alterius nihil præstari debeat.

*Ad L. 14. Eam quam.*

INterpretatio huius legis annexa est fini titul. Cod. 43. h. lib. pag. 533.

*Ad L. 15. Quamuis.*

Iidem A. Philocrati.

*Quamuis simpliciter te ac fratrem tuum aliquis instituerit heredes, eiusque hereditatis commodum pater ex tua fratrisque persona pro portionibus vestris potestatis ratione quæsierit: tamen quia inferioribus verbis testamenti vos sui iuris facere testator curauit, intelligi potest restituendæ hereditatis commodo fideicommisso patrem obstrictum esse.* PP. 6. *Idus Octob. Romæ Maximo II. & Glabrione Coss.* 257.

SVMMARIA.

1 *Species huius legis, & quid in ea iuris. & nu. 2.*
3 *Quicquid in testamento lege pactoue cauetur, vel adiicitur, id semper ita accipiendum est, ne superuacuo, aut inutiliter cautum sit.*
4 *Pater rogatus emancipare liberos, an cogi possit, vt emancipet.*

TEstator † duos filios Titii, in patria potestate cõstitutos heredes instituit, & rogauit Titium patrem vt filios emanciparet: de hereditate autem a Titio filiis restituenda nihil adiecit, & ita filios hos instituit simpliciter, vt in principio huius rescripti dicitur, id est, tantum instituit, non autem hoc amplius eos substituit patri per fideicommissum. Mortuo testatore filii iussu patris Titii hereditatem adierunt, ita hereditas iure patri quæsita est, olim quidem in totum, *l. placet, de acquirend. hered.* nunc autem ex constitutione Iustiniani ad vsumfructum, *dixi § primo, per quas personas, leg. cum oportet, infr. de bon. quæ lib.* Proinde pater voluntatem testatoris secutus vltro liberos emancipauit. Emancipati petunt a patre, vt sibi hereditatem restituat. Obstant liberis duo. Primo, quod hereditas est patris, nempe iure potestatis per filios illi quæsitæ. Deinde quia pater non est illis obligatus, nam nõ est rogatus quicquam a testatore liberis restituere. 1

Consulti † Imperatores respondent, patrem filiis fideicommisso obstrictum esse commodo restituendæ hereditatis: cõmodo, id est, ad commodum hereditatis, more Latino, id est, in hoc vt restituatur hereditas patri quæsita. Non obstat quod hereditas patris est vel in solidum vel ad vsumfructum vsus: non enim liberi petunt eam tanquam suam, sed iure fideicommissi: fideicommisso autem relicta est liberis. Non obstat quod liberi sint simpliciter instituti, vt in principio dicitur, id est, ita instituti, vt nullum fideicommissum, nulla substitutio fideicommissaria adiecta sit. Nam etsi verbis aperte de fideicommisso, cautum & comprehensum non est, tamen satis comprehensum intelligitur hoc ipso, quod testator curauit liberos emancipari, id est, petiit a prætore vt emanciparentur. 2

Sed vnde ex his verbis colligitur fideicõmissum, cum nihil commune habeat emancipatio cum restitutione hereditatis: nihil enim prohibet, quo minus liberi sint emancipati, & tamẽ hereditatem non habeant? Sed responsio sumitur ex regula, quæ generaliter est tenenda: Quicquid † in testamento lege pactoue cauetur vel adiicitur, id semper ita esse accipiendum, ne superuacuo & inutiliter sit cautum, *argumento in leg. si quando, de legatis primo, leg. 1. ad Municipale, l. item, §. vltim. de seruit. rustic. præd. leg. 3. in fin. de pact. & similibus locis.* At in specie proposita inutile est liberis caueri a testatore, vt emancipentur a Titio patre, nisi in hoc emancipentur, vt sui iuris facti hereditatem sibi habere possint, ita vt non acquirant patri. Nam sine hac interdum eis emancipatio nocet. Proinde hanc obiectionem sic accipiemus, quasi testator voluerit, filios emancipari, & emancipatos sibi obtinere hereditatem: quod quoniam facere non possint, nisi illis a patre hereditas restituatur, ideo necesse est patrem 3

fideicommisso oneratum fuisse. Valde congruit in hanc sententiam *l. item, de seruitut. rust. prad.* Constat autem etiam a patre, cui per filiũ est quæsita hereditas, legatum & fideicommissum relinqui posse, *vt dictum ad l. ab eo, supr.*

Sed hæc ita sunt, si pater vltro liberos emancipauerit, vt proposuimus: quod si non emancipet, frustra liberi aduersus eum agent, de eo quod patri semper acquiretur, *l. lis nulla, de iudic.* Ideo † quæritur,
4 an pater cogi possit emancipare, de quo dissentanea scripta videntur. Nam *in l. filiusfamilias, §. vt quæ, de legat. 1.* nominatim est scriptum, patrem rogatum emancipare filios, non cogi vt emancipet, quia potestas patria inæstimabilis res est. Contra *in l. si cui legatum, de cond. & demonstr. in pr. & extrem. legis,* scriptum est, patrem liberos emancipare debere. Idque in specie hac constitutum esse. Sic hi loci conciliandi sunt: Pater qui ex testamento aliquid consequitur & rogatur filios emancipare iure fideicommissi, non tenetur, vt filios emancipet, id quod scribitur *in dict. l. si cui legatum, in princ.* In hanc sententiam scriptus est *§. vt quis, l. filiusfamil. de leg. 1.* Illic autem quæritur, an quod testator cauit in caussis illis propositis, tanquam fideicommissum peti possit: sed quod a patre tanquam fideicommissum recta peti non potest, id obliqua via ab eo peti potest & obtineri.

Obtinebitur autem his rationibus: Nam si patri quid legatum aut fideicommissum est, non cogetur heres præstare fideicommissum, priusquam pater filios emancipauit, quasi relictum sit sub conditione, si filios emancipauerit. Sed etsi heres vltro fideicommissum præstitit, poterit a patre repetere, nisi ille filios emancipet tanquam relictum sub modo, vt emãciparet liberos: quo modo nõ secuto, id quod datum est non repetitur. Hęc Vlpianus significat *in dict. leg. si cui legatum, vers. arbitror autem.* Sed & liberi ipsi cum patre agere possunt, vt emancipentur, sed hac lege, si præter emancipationem pater rogatus sit, vt filiis quid restitueret. Nam propter hoc fideicommissum filiis relictũ, quod vtiliter relictum est, fit per consequens, vt petere possint, vt emancipentur, quoniam sine emancipatione inutilis esset restitutio. Hæc autem erit condemnatio aduersus patrem, vt nisi emancipet liberos, & emancipatis restituat hereditatem, sciat se in posterum eius fideicommissi vsuras & fructus restituturum: ex qua sententia consequentur liberi, vt quandocunque mortuo patre integrum fideicommissum consequantur. Id autem declaratur *in d. l. si cui legatum. in fin.*

*Ad L. 16. Cum virum.*

Carus, Carinus & Numeria, AAA. Isidoræ.

*Cum virum prudentißimum Papinianum respondisse non ignoremus, etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi heres rogatus fuerit, quicquid ex hereditate ad eum peruenenerit, post mortem restituere: animaduertimus etiam præceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse. sane quoniam in fideicommißis voluntas magis quam verba plerũque inuenda est: si quas pro rei veritate præterea probationes habes ad commendandam hanc patris voluntatem, quam fuisse adseueras, apud præsidem prouinciæ experiri non vetaris. PP. Pridie Idus Nouembr. Caro & Carino. AA. Coss. 283.*

SVMMARIA.

1 *Heres, cui prælegatum aliquid fuerat, rogatur a testatore restituere quicquid ex hereditate ad ipsum peruenerit: quæritur, an hereditatis verbo etiam prælegatum contineatur, & quatenus, nu. 3. & 4.*

2 *Item, an eodem verbo donationes mortis caussa factæ veniant.*

Cum duo sunt heredes instituti, & vni ex heredibus aliquid prælegatum est, id est, vnus iussus est ea hereditate aliquid præcipere: si is rogetur a testatore, vt restituat alteri, quicquid ex hereditate ad ipsum peruenerit, cõstat his verbis contineri portionem hereditariam eius heredis, qui rogatus est restituere. Quæsitum est, † an iisdem verbis etiam prælegata ei relicta contineantur, vt omnia restituere debeat iste heres? Finge hoc modo: Primus & secundus heredes instituti sunt ex æquis partibus. Fundus Tusculanus qui testatoris erat, primo legatus est: Deinde is primus rogatus est, post mortem suam restituere secundo coheredi suo, quicquid ad ipsum ex hereditate peruenisset. Mortuo primo secundus fideicõmissum petit ab heredibus primi: hi restituere portionem hereditatis, quæ iure hereditario ad primum peruenit, sed retinere volunt fundum Tusculanum illi prælegatum, quod non contineatur verbis fideicommissi. Mouet dubitationem, quia verbo hereditatis videntur ea tantum contineri, quæ ad primum iure hereditario peruenerunt. Hic autem fundus ad eum peruenit iure legati. 1

Placuit Papiniano, superioribus verbis etiam prælegata contineri, cuius sententiã hoc rescripto confirmant Imperatores, & secundum illam ius dici volunt, tanquã ea sententia pro iure certo obtineretur, vt etiam factum legimus *in l. cum responso, 3. de legat.* Id aũt recte statuitur: est enim ex significatione verborum, a qua non est recedendũ nisi manifestum sit aliud testatorẽ sensisse, *l. non aliter, de leg. 3.* Nam fundus p̃legatus, est etiã ex hereditate defuncti morientis. Nihil ad rem pertinet, quod iure hereditario non capitur: nam non sunt relicta ea, quæ iure hereditario capiuntur, sed quæ ex hereditate peruenerunt. Peruenit autem quicquam ex hereditate, quod est in hereditate quocunq; tãdem titulo capiatur. Qua ratione † recte placuit superioribus verbis donationes caussa mortis non contineri, veluti si proponas 2
testatorẽ dum viueret quædã mortis caussa donasse, dicemus, si rogat⁹ sit a testatore restituere post mortem suam, quod ad eũ ex hereditate perueniret non contineri fideicõmisso ea, quæ mortis caussa illi donata erant, *l. sequens, de leg. 2.* Nempe ex eadem significatione verborum: Nam id ex hereditate est, quod est ex bonis, quæ quis moriens habuit, vt est definitio hereditatis *in l. nihil aliud, de verbor. signific. l. hereditas, de reg. iur.* Quod autem mortis caussa donatum est, proprie nõ est in bonis morientis. Nam iam testator viuus viuenti, præsens præsenti donauerat, *l. inter. de mort. caus. don.* Et hoc est, quod dicitur *in d. l. sequens,* ideo superioribus verbis, donationes mortis caussa nõ comprehendi, quia nõ pertineant ad caussam bonorum seu hereditatem morientis. Non obstat, quod dicitur, donationes caussa mortis p̃ omnia legatis comparari, & quod in legatis iuris est, idem iuris esse in donationibus caussa mortis, *leg. illud, de mort. caus. donat.* Nam hactenus id verum est, nisi testator aliud senserit. Aliud autem sensisse eum apparet, cum vsus est his verbis: Rogo te, vt restituas,

quicquid ex hereditate ad te peruenerit: nam vt dixi, quod antea mortis caussa donatum est, non est ex hereditate, voluit igitur testator his verbis id contine-
3 ri quod ante donatum est. Quod † tamen dicitur hic his verbis, quicquid ex hereditate ad te peruenerit, contineri etiam prælegata, adiicitur in extremo rescripti, ita accipiendum esse, nisi & hic testator aliud senserit. Proinde si heredes primi, qui rogatus est, parati sint dicere, testatorem noluisse restitui prælegata, audiendi sunt. Sed tamen hoc testatorem sensisse probare debent. Finge testatorem, vel codicillis vel epistola, vel apud alios testes voluntatem suam declarasse.

Sed obstant huic sententiæ verborū Imperatorū verba fideicommissi, quia superioribus verbis prælegata manifeste continentur. Respondetur Imperatorum verbis quidem legata contineri, sed in fideicommisso magis volunt, quam verba seruanda esse. Optime, nam in testamentis totum voluntas testatoris facit, vt est *in l. ex pacto. §. reum, de hered. inst.* idque si in aliis partibus testamenti valet, præcipue obseruatur in fideicommisso. *l. pen. de leg. 1. l. cum proponebatur, de legat. 2.* Idque ius perpetuum est, vbi constat voluntatem a verbis discrepare, sumtum est ex lege 12. tabularum, vti quisque legassit. *l. verbis legis, de verb. sig.* Id si ita est, cur in hac sententia exprimenda, voluntas magis, quam verba seruanda sunt. Addiderunt Imperatores, plerunque. Respondeo, Recte id additum esse, quia interdū æque verba vt voluntas seruanda sunt, quod tum contingit, cum verba congruunt cum voluntate. At vbi discrepabunt, quod plerunque accidit, semper seruabimus definitionem huius rescripti.

Hactenus sententia huius rescripti, cui tamē, in eo quod de prælegatis dicitur hæc contineri superiori fideicommisso, contrarium videri potest, quod scribitur *in l. in fideicom. §. vlt. ad Trebel.* vbi vnus ex heredibus, cui quædam prælegata erūt, rogatus est restituere portiones hereditatis suæ, & placet id quod legati iure a coherede accipitur in fideicommissi restitutio-
4 nem non venire. Propter † eum locum monendi sumus, cum vnus ex heredib. cui aliquid prælegatū est, rogatur restituere portionem suam, quam accepit, multum referre, quibus testator verbis in eo sit vsus. Est enim in eo fere hæc varietas, interdum restituere iubetur heres, quicquid ad eū peruenit ex hereditate: interdum portionem suam, alias hereditatis portionem. His verbis; *quod ad te peruenit ex hereditate*, aperte continentur omnia, quæ sunt ex hereditate, quę ad heredem peruenerunt, proinde & res ei prælegatæ, nam & hæ ex hereditate sunt. Eadem significatio est, & eius verborum, cum testator ita scribit: *portionē tuam restituas*, nam portio intelligitur non tantū hereditatis: sed etiam rerum legatarum *l. 3. §. quidam ad Trebel.* Longe alia significatio est horum verborum; *restituas portionē hereditatis*. Nam portio hereditatis non habetur ab herede, nisi hereditario iure: legata iure hereditario non capiuntur. Ita manifestum est verbis huius fideicommissi, legata & fideicommissa ei prælegata non contineri in restitutione, *l. si Titius, de legat. 3.*

Hinc si in specie proposita hic fundus primo heredi prælegatus sit, & iussus sit post mortem suam restituere portionem hereditatis, placet eius heredes retinere posse partem fundi, quam a coherede primus accepit iure legati, alteram autem partem fundi venire in restitutionem reliquæ hereditatis, quoniam hæc pars capta est a primo non iure legati, sed iure proprio hereditatis, *hoc in l. in fideicom. §. vlt. ad Trebel.* Interdum tamen in hoc genere fideicommissi, placet eam quidem partem prælegati fundi venire in restitutionem, quæ pars iure hereditario capitur, *vt in specie l. Titia, ad l. Falcid.* Quod tunc contingit, cum heres primo rogatur restituere portionem hereditatis, deinde fundus ei prælegatur. Nam hoc casu visum est testatorem fundum postea prælegatum ex restitutione fideicommissi exemisse.

*Ad L. XVII. Si creditoris.*

Impp. Dioclet & Maxim. A A. Fortunato.

*Si creditoris iure subnixa liberari te debito volentis doceri potest: etiam antequam solemniter tibi liberatio a successore præstetur, exceptionem tibi ex volūtate defuncti descendentem competere, manifestum est. PP. 12. Kal. Maii, Maximo II. & Aquilino coss. 286.*

SVMMARIVM.

2 *Res incorporales recte legantur.*
2 *Liberatione legata, quis sit huius legati effectus.*
3 *Debitor quam habeat exceptionem aduersus heredem liberare nolentem.*

RES † etiam incorporales recte legari constat, §. 1
*tam autem, de legat.* Hic placuit si testator idemque creditor debitori suo liberationē leget, seu quod idem est, damnet heredem, vt liberet debitorē, vtile legatum esse placuit tanquam re incorporali legata, nempe liberatione, *§. si quis debitori, de leg.* Liberatio est legata, de effectu legati quæsitum est, de quo hic cōprehensum. Hoc † effectu duo continentur, *I.* vt 2
heres liberet debitorem eo modo, quo iure liberari potest sine solutione. Id autem fit per acceptilationē, *§. item per acceptil. quib. mod.* Id autem vt præstet heres consequitur debitor actione in personam ex testamento. II. Sed etsi heres debitorem non liberarit, tamen hoc legato continetur, ne heres a debitore petat, in eamque rem est debitori aduersus heredē petentem exceptio. Sed sententia est comprehensa *in d. §. si quis debitorem*, & plenius exposita, *l. nec de effectu, de lib. leg.*

De priori effectu non dubitatur, nam aperte verbis legati continetur, de posteriore dubitatur, nam secūdum verba nihil amplius continetur legato, quam vt heres debitorem liberet ipso iure, secundū quod efficitur, vt priusquā liberatio sit secuta, nihil cōtineatur legato, ac proinde debitor, vt ante obligatus maneat. Respondeo ex sententia verborum intelligitur posterior hic effectus. Nam si debitorem ipso iure liberari voluit, etiam debitum ab eo peti noluit. Hæc exceptio est secundum voluntatē defuncti. Sed † quæ 3
hæc exceptio est, nā ex voluntate seu remissione creditoris solum legimus exceptionem dari pacti conuenti, *sub tit. de excep. Inst.* Voluntas autem suprema non est pactum conuentum, *l. hæc verba, de verb. sig.* Respondeo, Exceptio hæc est, exceptio voluntatis supremæ, & ad reliquas exceptiones in Instit. comprehensas adiungi debet. Nam ex pacto conuento creditoris debitum remittentis, nascitur debiti exceptio, quæ dicitur pacti conuenti. Idque ob id, quia prætor pacta cōuenta tuetur, *l. igitur, §. sed & nulla, §. ait prætor, de pact. l. 5. sup. de pact.* Ita verū est, ex voluntate testatoris remittentis debitum, nasci debitori exceptionem, quia lex 12. tabularum, itidem supremam volūtatem tuetur, *l. verbis legis. de verb. sig.* Vt igitur prior

dicitur pacti conuenti, quia ex pacto est. Sic superior recte dicitur supremæ voluntatis exceptio, quia ex hac voluntate nascitur.

Sed cur ante liberationem præstitam ab herede, non liberatur debitor etiam ipso iure. *§. remission. testatoris.* cum lex duodecim tabularum supremas voluntates omnino tales esse iubeat *d. l. verbis legis.* Respondeo, quia contra ius est id fieri: sic enim ius comparatum est, vt quibus modis quæque obligatio contracta est, iisdem modis dissoluatur in contrarium actis. *l. nihil tam naturale. l. seq. de reg. iur.* Porro debitor testatori obligatus est, aut consensu, aut stipulatione, aut re, aut maleficio, non autem suprema voluntate, proinde contrariis modis liberetur necesse est, siquidem iure liberatum volumus.

Sed aduersus hanc subtilitatem iuris, placuit debitorem defendi exceptione opposita, vel pacti vel supremæ voluntatis, vel generali, doli mali. Sed cum secundum reg. iur. nihil intersit, vtrum quis ipso iure non debeat, an per exceptionem liberetur, *l. nihil interest. de reg. iur.* cur hic & similibus locis, dubitatur, vtrum debitor, liberetur ipso iure an per exceptionē? Respondeo quia ad vim & effectum liberationis debitoris attinet, inter ista duo nihil interest, sed aliis in rebus differentia est, de quib. dictum *ad d. l. 5. §. de pact.*

*Ad L. XVIII. Cum necessitatem.*

Idem AA. Apolausto.

*Cum necessitatem reddendæ rationis defunctus remittendam tibi esse petierit: manifesti iuris est, voluntatem defuncti immutatam esse debere, PP. 7 id. Mart. ipsis IIII. & III. AA. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Tutor, curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione, rationes administrationis reddere coguntur.*

2 *Remissa necessitate rationum reddēdarum, rationes reddere non debent. Limitatur num. 3.*

4 *Remittēs in futurū administratori necessitatē reddēdæ rationis, si ēt de dolo remittēdo sentiat, nihil agit.*

1 TVtor, † curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione rationes administrationis reddere debent, in quo eo nomine tenentur, si quid nō vt oportet gesserint, aut aliquid ex his negotiis retinuerint. In omnib. vt pstent & dolū suū & culpā, *l. 1. in pr. de tut. & rat. distrah. l. 2. de neg. gest.* Vti ceteri creditores debitorib. suis debitū remittere possunt, ex quauis alia caussa, de qua prox. rescripto est dictū, sic possunt necessitatē remittere rationū reddēdarū his, qui
2 negotia administrarunt, quo † facto hi, quibus necessitas hæc est remissa, immutata voluntate & versa, rationes reddere nō coguntur. In eamq; rem est cōstituta administratoribus aduersus eos, qui rationes exigunt, exceptio, de qua superiori rescripto dictum est. Hęc sententia non tantum pertinet ad prǽteritam administrationem, sed etiam ad futuram: vbi is, cuius tutela gesta erat, testamento facto vetuit a tutoribus rationem tutelæ præteritæ exigi, remissio citra controuersiam valet, quatenus tutor culpa quid peccauit. *l. Aurelio. §. vlt. de liber. leg.* Idem est dicendum, & si pater testamento filiis tutorē dedit, & iussit ἀνεκλόγιστον esse, *l. 5. §. quidam, de admin. tut.* Quod posterius exemplum ad futuram tutelam refertur.

3 Sed † monendi sumus in omni hac remissione rationum reddendarum, semper dolū administratoris exceptum videri, vt comprehensum est duobus locis proxime iam citatis, & certe si de præterita administratione agitur, & testator remittit generaliter necessitatem reddendi rationē, de dolo tutoris sensisse non videtur, *arg. l. tres fratres, de pact. l. qui cum tutoribus, §. 1. 2. de transact.* Qui † autem in futurum administratori remittit necessitatem reddendæ rationis, etiamsi de dolo remittendo sentiret, tamē remissio nihil aget, quoniam eiusmodi remissio est turpis, quæ inuitat tutorem ad delinquendum. *l. igitur. §. pacta. de pact.* Præteritus dolus nominatim remitti potest, vt pactione sic testamento. *l. igitur. §. si pacisc. de pact. l. 1. in fin. sup. de transact.* 4

*Ad L. XIX. Clari.*

Idem AA. Ampliato.

*Clari & aperti iuris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores. PP. 8. Id. Septembr. ipsis AA. IIII. & III. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Regula*, Nouissimam scripturā valere, *& in fideicommissis, & in legatis, & in omnib. relictis testamēto locum habet, exceptis libertatibus: & cur. nu. 2.*

3 *Limitatio huius regulæ, & ratio limitationis.*

4 *In libertatibus si diuersæ sint scripturæ, seruatur ea, quæ libertati commodior est.*

NOn † in fideicommissis tantum, de quibus h. sed in legatis & omnibus relictis testamento, exceptis libertatibus hæc regula seruatur, nouissimā scripturam valere. Imo vtraq; dixerit aliquis, & prior & nouissima. Nam si testator in prima parte testamenti Titio quid legauit, in postremo eidem vel alicui aliud quid legauit, constat hic testamento valere legata, idque lege 12. tabularum efficitur, Vti quisque legasset. *l. verbis legis, de verb. sig.* Respondeo hoc ita est, vbi res diuersæ legatæ sunt, & diuersæ voluntates non contrariæ. Regula autem superior in contrariis scripturis locum habet, sed ideo id expressum non est superiori regula, quia satis ex aliis verbis intelligitur. Regula enim per comparationem concepta est, quæ comparatio solum pertinet ad res contrarias, quarum plus vna valere non potest. Et ideo per comparationem quæritur, vtra potius, vel quæ potissimum ex pluribus valeat? Et respondetur nouissimā valere. Sed cur non æque prior scriptura valet, nam nouissima scriptura nō alia ratione seruatur, quā quod testator voluit fieri, quod illic scriptum est, propter supra scriptam legem 12. tabularum. Ergo hac ipsa ratione priorē scripturam valere dixeris, quia in hac quoque scriptura voluit quid fieri testator. Respondeo, ideo † nouissima scriptura potius valet, quia hæc sola voluntas est testatoris. Prior autem scriptura voluntatem testatoris non continet. Nam testator priori contrariū scribendo a priori voluntate recessisse intelligitur, veluti si ita scripserit: *Titio fundum Tusculanum do lego*, deinde posteriore: *quod Titio dedi, non do lego.* Hic apparet posteriori scriptura a priori voluntate recessum esse. Idemque conuersa scriptura dicendum est. Sed † regula in dubia voluntate testatoris locum habet. Ceterum si testator aperte scripserit, quid de prima aut nouissima scriptura fieri vellet, id sequemur, propter voluntatem, quam solū l. tuetur. Et ideo si testator in priore voluntate dixerit, se nolle valere, quod postea sciebat, prior voluntas valebit, non posterior. Velut si ita scripserit, *quod Titio infra legauero, neque do*

neque

*neque lego*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do lego*, Dicimus legatum non valere, sed priorem scripturam seruari lege 12. tabularum, *l. si ita* 14. *de leg. 1.* Hoc ideo quia testator expressit, quid de prima & nouissima scriptura sentiret, & primam solam valere voluit. Et ob hanc caussam etiã dicimus, quamuis testator priore scriptura derogauit posteriori, tamen ex voluntate eius posteriorem scripturam valere, si videlicet posteriori scriptura declarauerit, se prioris pœnituisse. Velut si ita scripserit: *quod Titio infra do lego, id dari ei nolo*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do lego, repudiata priori mea voluntate, qua dixi me illi dari nolle. l. si quis in pr.* 22. *de legat. 2.* Quod rursum apparet responderi,
4 propter manifestam voluntatem testatoris. In † libertatibus obtinuit, vt si de libertate sint contrariæ scripturæ, ea seruetur quæ libertati commodior est, seu prima, seu media, seu nouissima sit. *l. quod traditum, & l. seq. de cond. & demonst.* Fauor libertatis in caussa est, quia aliud hic placuit, quam in ceteris scripturis testamenti.

*Ad L. XX. Etiam.*

Idem AA. Iuliano.

*Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis relicta fideicõmissa debentur. PP.* III. *Non. Decemb. ipsis IV. & III. AA. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Quicquid a tutoribus pupillorum legatur, aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum aut fideicõmissum videtur, & cur.*
2 *Tria huius regulæ consectaria.*

1 Regula † iuris est, cum pupilli testamento heredes instituti sunt, & tutores pupillis dati, si quid a tutoribus legatur, aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum & fideicommissum videri. Regula hic est tradita, item *in l. 5. sup. de reb. cred. l. peto. §. mater. de leg. 2.* Regula hanc rationem habet, quia tutores pupillorũ personam sustineant, vnde pro pupillis esse dicuntur,
2 domini autem sunt pupilli *l. tutor qui tutelam, de administr. tut.* Ex † hac regula tria sunt consequentia, in quibus cernitur, vis & vsus huius regulæ. I. est, quamuis tutoribus testamento nihil sit relictum, tamen legata aut fideicommissa ab his deberi, quod sine superiori regula non fieret. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui potest, vt alia regula iuris efficitur, *l. Labeo. sup.* Sed regula superior facit, vt hanc obiectionem metuere non debeamus. Nam a tutoribus relicta, videntur a pupillis esse relicta. Hi autem heredes sunt instituti, vt proinde ab his quoque legata, & fideicommissa potuerint relinqui. II. Consequens est, legata, a tutoribus relicta, vti valent, sic deberi non a tutoribus, sed a pupillis, a quibus ea relicta videri dicimus. Id expressum est hic. III. consequens est, si a tutoribus, quibus nihil datum est, testamento aliquid relictum sit pupillis, fideicommissum non valere, *d. l. peto. §. mater, in fin. de leg. 2.* Idque hac ratione, quia quod a tutoribus relictum est, a pupillis ipsis relictum videtur. Hi autem sunt heredes, porro heredi a seipso relinqui non potest *l. legatum. §. primo, de leg. 1.*

*Ad L. XXI. Si in personam.*

Idem AA. & CC. Tiberio.

*Si in personam patris tui, cui te successisse proponis, fideicommissi dies vtiliter cessit: licet tempore quo fuerat datum, nec dum te natum fuisse probetur: vxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab auo tuo relicta restituere: si ei successerit, de fideicommisso conuenire debes. Nam si patrui etiam hereditas tibi quæsita est: nõ de fideicommisso quærendum, sed hereditas ab ea vindicanda est. Dat. 6. Id. Feb. AA. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Species huius legis.*
2 *Quorum legatorum vel fideicommissorum dies cessit, viuo fideicommissario, ea legata fideicommissarius ad quoscunque suos heredes transmittit.*
3 *Relictum, quod his relinquitur, qui in rerum natura non sunt, non valet.*
4 *Fideicommissi conditionalis dies quando cedat, eiusdemq; persecutio ad quos transmittatur, & quomodo exstinguatur.*

Pater † duos filios suos primum & secundum heredes instituit. A primo petiti, vt si sine liberis decederet portionem hereditatis restitueret fratri suo superstiti: primus decessit sine liberis, vxore sua herede instituta, ita fideicommissi superioris exstitit conditio, ac proinde fideicommissi dies cessit. Nam legati & fideicommissi conditionalis dies cedit mortuo testatore, cum conditio exstitit. *l. vn. §. sin autem, infr. de cad. toll. l. quinta, quando dies leg. ced.* Secundus frater priusquam fideicommissum peteret decessit, relicto filio, eodemque nepote aui testatoris. Cum vxor patrui eius, nempe primi, hereditatem mariti sui possideret, nepos hic fideicommissum ab ea petit. 1
Hic † sciendum est ita ius esse, vt quoniam legatorum vel fideicommissorum dies cessit, viuo fideicõmissario, ea legata fideicommissarius transmittat, ad quoscunque suos heredes, *dicta leg. 5. quando dies.* Omnium autem legatorum, quæ pure aut in diem sunt relicta, dies statim cedit mortuo testatore: conditionalium autem legatorum dies cedit, postquam exstitit conditio, *dict. leg. quinta.* Secundum hæc constat, huic nepoti fideicommissum eius patri relictum, deberi, si patri heres exstitit, vt hic contigit. Proinde si vxor patrui, a quo patruo fideicommissum relictum erat, heres marito suo exstiterit, constat etiam fideicommissum ab ea peti posse. Hoc iure fretus nepos fideicommissum ab ea petit. 2

Sed obiicitur nepoti, quod non fuerit natus, tunc, cum auus fideicommissum relinquebat, & ideo mulier contendebat non deberi ei fideicommissum. Hæc obiectio habet aliquem colorem probabilitatis. Nam certum † ius est, quod his relinquitur, qui in rerũ natura non sunt, relictum non valere *l. vn. §. in prin. infr. de cad. toll.* Respondetur hoc rescripto, quãuis nepos tempore testamenti aui natus non sit, tamen eum fideicommissum patri eius relictum, cuius fideicommissi dies patre viuo cesserit, recte petere. Obiectio ad rem nihil pertinet: nam fideicõmissum huic nepoti relictum non fuit, sed patri eius, qui tum vixit, cum relinquebatur fideicõmissum. Sed ita nepos fideicommissum ab vxore patrui petere põt, si illa marito heres exstitit. Quod si illa repudiante hereditatẽ, hereditas ad nepotem pertinet iure agnationis, de fideicõmisso aduersus eam agi non põt, sed hereditas ab ea est vindicãda si possidet, vt in extremo hic. 3

Sed cur hoc casu de fideicommisso agi non potest? Respondeo, nõ quod fideicõmissum patri relictũ nõ transferatur ad heredes eius quosuis, sed quia nepos patruo succedendo fideicõmissi obligatio exstinguit,

Nam patruus debitor erat huius fideicommissi, nepos creditor, is cui debebatur fideicōmissum ex persona patris. Quoties debitor creditori succedit, confusione exstinguitur obligatio. *leg. debitori sup. de pact.* Ita solum hoc relinquitur nepoti, vt si vxor defuncti patrui eius hereditatem mariti possidet, solum possit hereditatem ab ea vindicare, quod facere secundum reg. iuris potest: nam petitio hereditatis datur heredibus aduersus eos qui hereditatem pro herede, pro possessore possident, *l. regulariter. de pat. her.* In summa quod ad fideicommissum pertinet, rescriptum huc
4 redit: Fideicommissi † conditionalis, siue sit singulare, siue vniuersale fideicōmissum, diē cedere cū conditio exstitit, & testator mortuus est. Si hic dies cessit viuo fideicōmissario, fideicōmissi persecutionē ad oēs eius heredes transmitti, quamuis eo tempore nati non fuerint quo fideicommissum est relictum. Hanc persecutionem exstingui, si is cui fideicommissum debebatur successerit ei, qui debebat: quæ supra satis cōfirmata sunt certis locis.

*Ad Leg. XXII. Et in epistola.*

Iidem AA. & CC. Plautiano.

*Et in epistola vel libello vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est. Dat. Ibid. April. Bizantii AA. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum etiam extra testamentum quauis scriptura, siue epistola, siue libello, recte relinquitur.*
2 *Epistola quid hic dicatur.*
3 *Libellus quomodo hic accipiatur.*
4 *Fideicommissum etiam sine scriptura quouis modo recte relinquitur.*
5 *Voluntas fideicommittentis quomodo nutu significetur.*
6 *Heredes codicillis neque scribi, neque nuncupari, neque nutu instituti possunt.*

1 Fideicommissum † etiam extra testamentum, quauis scriptura recte relinquitur, siue sit epistola, siue libellus, vt hic. Epistola † hic dicitur scriptura supre-
2 mam voluntatem testatoris continens, cuius verba diriguntur ad eum, cui fideicommissum datur, quibus testator in morem epistolæ significat fideicommissario absenti, quid illi datum voluerit, hoc modo: Semproni scito te mihi carum esse, propter merita tua, me tibi fundum Tusculanum dedisse, vt scires me ingratū nō fuisse; cuiusmodi exemplū legitur *in l. miles, de legat. 2.* Libellus dicitur quis scriptura nudā defuncti voluntatē continens, vt sit libellus idē, ꝙ codicilli, quod intelligi potest *ex leg. 4. supr. de his quib. vt indig.* vbi pro his verbis, epistola vel libello, scriptum est, epistola vel codicillis. Et certe nos omnes scimus librum, & codicem, idem valere Latinis, vt cōsequens sit, idem valere codicillos & libellum, diminutive.
4 Sed † & sine scriptura fideicommissum quouis modo recte relinquitur. Sic autem aliquid sine scriptura significari potest, vel vt exprimatur lingua, vel vt nutu significetur. Placet autem fideicommissum non tantum lingua, sed etiam nutu relinqui posse. *l. nutu. de leg. 3.*
5 Sed † quomodo nutu voluntas fideicommissi significari potest, vbi defunctus nihil dicit? Respondeo id fit hoc modo, cum alio loquente & interrogante, an testator velit L. Titio centū aureos dari; vel testator nutu declaret se velle. Nutus autem ad praecedentia verba interrogationis relatus certum fideicommissum, & certam voluntatem efficit. *leg. seruo. §. si pupillus. ad Trebellian.* Hæc olim in legatis vtiliter obseruabantur, vnde hic de fideicommisso est cōcepta definitio: sed sublata differentia legatorum & fideicommissorum, idem ius & in legatis esse intelligemus, de quo initio hic dictum est. In heredum in- 6
stitutionibus contra obseruatur. Heredes † codicillis neque scribi neque nuncupati possunt. *§. penultim. de codicill.* Vbi autem testamento nuncupative heredes instituuntur, non possunt institui nutu, sed palam exprimi oportet a testatore: nam ita ius est, vt heredes aut scribantur, aut nūcupentur. *leg. 1. §. 1. de heredū institutionibus.* Scribuntur iusto testamento. Nuncupare aūt heredes est, palam nuncupare, ita vt omnes vocem nuncupantis testatoris exaudiant, *leg. palam. qui test. fac. poss.* Ita hac definitione nutus eius in heredibus instituendis excluditur. Quod tamen hic dicitur superioribus modis omnibus fideicommissum relinqui posse, cum hac exceptione semper est intelligendum, dummodo testes & idonei & quantum satis interuenerunt, vt hic sequitur. De quo apertius est cautum *in leg. vltima. §. vltimo, infra. de cad. toll.*

*Ad L. XXIII. Si veritas.*

Iidem AA. & CC. Stratonico.

*Si veritas vel solemnitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis caussa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est: absolutionem vrgere non potes. Datum 5. Cal. Februa. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Veritas & solemnitas testamento quando deesse dicatur.*
2 *Ex falso aut imperfecto testamento nihil debetur. Limitatur ibid.*
3 *Heres voluntatem testatoris quomodo agnoscere intelligatur.*
4 *Heres an solo pacto, quo se fideicommissum præstiturum pollicetur, fideicommissum agnoscere & pacto obligari videatur.*

Veritas † testamento deest, cum scriptura aliqua 1
dicitur esse testamentum Lucii Titii defuncti, & hoc falsum est. Solemnitas testamento deest, cum aliquid ex his deest obseruationibus, quæ in testamentis faciendis desiderantur, quod testamentum vno verbo dicitur imperfectum. *leg. hac cōsultiss. in pr. §. ex imperfect. s. de testam.* Ex † falso testamento nihil de- 2
beri potest, quoniam ne testamentum quidem est, sed nec heres defuncti L. Titii ea quæ in testamēto scripta sunt agnoscentibus obligatur, vt ea præstet: quoniam vt quis voluntatem defuncti dicatur agnoscere, prius est, vt sit voluntas defuncti. Iam autem dictum falsum testamentum esse: ex imperfecto autem testamento nihil deberi potest *l. 3. d. l. hac consult. d. §.* Sed hoc ita est nisi heres voluntatem defuncti ea scriptura testatam agnouerit, agnoscendo obligatur vt præstet in posterum quod ea voluntate continetur, *l. in dubium. in fin. s. de testa.* de quo dictum *ad leg. 1. 2. s.* Agnoscere † aūt 3
voluntatem intelligitur heres, vltro fidem prestando *l. 2. s.* Agnoscere in futurum intelligitur, vt obligetur in legatis annuis, si legatum præstet, non minus quadriennio *l. 1. sup.* In ceteris & generaliter in omnibus voluntatem agnoscere intelligitur promittendo se præstiturum quod reliquit testator, vt hic scriptū est.

Sed adiicitur hoc loco de promissione, qua quis
4 stipulanti fideiussori promittit. Vnde opportune quæritur, † an solo pacto quo heres pollicetur se fideicómissum præstiturũ, videatur fideicómissum agnoscere, & pacto obligetur? Mouent dubitationẽ cótrarii loci. Nã hoc rescriptũ videtur stipulationem exigere. Lex vlt. *inf. ad l. Falc.* exigit cautionẽ, cautionis verbo significatur stipulatio. *l. sancimus. de verb. sig.* Item ex pacto nudo non nascitur actio. *l. igitur. §. sed cum nulla. de pact.* Rursum *in d. leg. non dubium. sup. de testam.* simpliciter scriptum est, si heres legatum aut fideicómissum agnouerit, necessitatem habere id in posterum præstandi. Intelligitur agnoscere voluntatẽ defuncti, quisquis testatur legatario, se secundum eam voluntatem legatum, aut fideicommissum præstare velle. Deinde *in d. l. 1. sup.* placet, si quis fideicommissum annuum triennio præstiterit, eum obligari ad fideicommissum in posterum præstandum, non alia ratione, quam quod heres sæpius id præstando, facto declarauit, se id fideicommissum præstare velle. Si tacita agnitio legati, quæ ex facto colligitur, sine vlla stipulatione heredem in futurum obligauit, multo magis expressa eius agnitio sine vlla stipulatione eum obligabit.

Ad hoc rescriptum hoc modo responderi potest, quod stipulatio hic exigitur, vt fideicommissum in posterum debeatur, ideo fieri, quia heres agnouit iudicium defuncti transactionis caussa. Aliud probandum est in eo, qui ideo agnouit, quia sciebat nõ deberi, sed nihilominus soli voluntati defuncti satisfacere cupiebat. Ad l. quoque vlt. infr. ad l. Falcid. dici potest, cautionem heredis exigi, sed cautionem illic significare Chirographum heredis, vt sæpe cautionis verbo significatur *l. emtor. §. vlt. sup. de pact.* Sed tutius est dici id, quod & scripsimus *ad d. leg. non dubium. sup.* heredem promittendo se præstiturum legatum aut fideicommissum, quod inutili testamento relictum erat, ita demũ obligari in posterum, si stipulanti promittat, non autem pacto nudo. Primo propter verba huius rescripi rescripti, vbi stipulatio exigitur, & nominatim in eo, qui amplectitur voluntatem defuncti. Sed multo magis propter verba *l. vlt. ad l. Falcid.* Huius legis Iustinianus auctor est, & proinde verba eius, ex illius sententia sunt accipienda. Ipsum autem cautionis verbum sic vsurpat, vt velit stipulationem significare *l. sancimus. sup. de verb. sig.* Accedit ius certum, quo cautum est, ex pacto nudo actionem nõ nasci. Mouere nos non debet exemplum *l. 1. sup. h.* Etsi enim cum heres fideicommissum triennio præstat annuum, quod non debebatur, videtur tacito pacto testari, se velle in posterum id præstare, tamen non semel id facit, sed sæpius, vt quodammodo quoties id facit, tot sint pacta quibus de voluntate sua pollicetur. Fatemur vbi idem debitor pluribus factis idem pollicetur, etsi priori non obligatur iure ciuili, tamẽ posteriori obligari, nempe de constit. pec. de qua obligatur quisquis constituit se soluturum, quod prius debebat, *§. de constituta, Inst. de act.* Qui autem constituit, quod prius pactus erat, is debitũ constituere intelligitur: pacto enim promissum, natura debetur *l. 7. §. 1. de solut.* Natura autem debitum sufficit, vt constitui possit. *l. 1. §. debitum, de constit. pec.*

*Ad L. XXIV. Instrumenta prædiorum.*

Idem AA. & CC. Menostrato.

*Instrumẽta prædiorũ per fideicommissum relictorum, quæ ad probationem originis eorum pertinent, heredes præstare necesse non habent, cautionem tamen præstare debent, quod si opus fuerit, legatario seu fideicommissario, ipsa, si habeant, proferant. Dat. Kalen. Decemb. Sirmii. A A. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Prædiis legatis seu fideicommissis, vtrum instrumenta, acquisitionem eorum continentia, præstari debeant? Obiectiones diluuntur, & pro negatiua respondetur.*

2 *Proferendi verbo, quid hic significetur.*

3 *Heredem ad cautionem de instrumentis legatario exhibendis teneri, vnde colligatur.*

PRædiis † legatis seu fideicommissis, quæsitum est, vtrum instrumenta acquisitionem prædiorũ continentia fideicommissario præstari debeant. Quæstio in eo est, an ea instrumenta sint legata, nã si legata non sunt, non debentur. Hic rescriptum est ea instrumenta ab herede præstari necesse non esse. Hic multa occurrunt, quæ contrariam sententiam suadeant, quæ ordine diluemus. 1. Ædibus legatis constat omnia deberi, quæ sunt tanquam pars ædiũ, seu quod propter ædes habetur *l. Iulianus. §. vlt. de act. emt.* Hæc autem instrumenta propter ædes, & propter alia prædia habentur, proinde etiam legata intelliguntur, & tãquam legata præstari debent. Respondeo, negandum est eiusmodi instrumenta propter ædes aut prædia haberi: argumento est, quod sine his prædia recte habẽtur, & recte coluntur. Sed habentur hæc instrumenta propter possessores, vt qui emerunt, & ea prædia ex ea caussa possident, tueantur possessionem his instrumentis. Propter personas igitur hæc instrumenta fiunt, vt illis caueatur, non propter prædia. 1

Sed & alia ratione efficitur hæc instrumenta fideicommissario præstari debere. Nam quoties quid ab alio petitur, quod petenti prodest, ei autem a quo petitur præstari nihil nocet, toties æquum est, id impetrari ab eo vnde petitur. *l. 2. §. quãquam. de aq. plu. arc.* Et merito id placuit, quoniam malitiis hominum nõ est indulgendũ, vt recte scriptum est *in l. in fundo. de rei vind.* At hæc instrumenta fideicommissario præstari valde ei prodest ad tuendum dominium eorum prædiorum. Nã si defunctus eorum prædiorum dominus non fuit, non erit etiam fideicommissarius dominus, quia traditio defuncti nihil iuris amplius trãsferre potuit, quam fuit apud defunctum, *l. traditio. de acquir. rer. dom.* An autem defunctus dominus fuerit, hæc instrumenta probabunt, ex quibus intelligitur etiam fideicommissarium dominum factum esse. Vt autem hæc instrumenta pręstentur ab herede, quid ei nocet: cum ipse amplius ea prædia non possideat, & multo minus sit eorum dominus. Vnde efficitur, hac sola ratione heredem hæc instrumenta præstare fideicommissario debere.

Respondeo, vt cetera concedamus, tamen falsum est heredi nihil nocere hæc instrumenta restitui: imo ob id maxime heres hæc instrumenta retinere potest, quoniã maxime eius interest, ne ab illo recedãt. Nam vt Bartolus recte scripsit ex sententia veterum, qui illũ antecesserunt, aut prędia generaliter fideicommissa sunt, aut hæc, aut illa certa specialiter. Si generaliter legata sunt, quæcunque prædia heres postea præscribit, pro euictis tenentur *l. si a substituto. in fin. de leg. 1.* proinde hoc casu interest eius, instrumenta emtionum & acquisitionum apud se habere, vt possit rem tueri, ne euincat. Quod si certa prædia a testatore re-

licta erunt, & deinde tanquam aliena euincantur, nō tenetur quidem heres præstare euicta, si testator sciuit an prædia aliena esse. Sed si de eo quæratur an defunctus putauerit, sua esse nec ne, ipse se tuebitur instrumentis illis, quoniam ex iis apparebit, testatorem existimasse prædia ad se pertinere *ex l. cum alienam. s. de legat.*

Postremo huic parti obstat *l. sicut datam. inf. de liberali caussa*, vbi si quis seruum manumiserit, & manumissionis instrumenta conscripserit, placet non tantum patronum nō posse reuocare libertatem, sed etiam manumissionis instrumentum seruo præstare debere. Respōdeo longe hæc in dissimili caussa versantur. Nam seruo manumissionis instrumentum præstandum est, quia instrumentum est serui non patroni. Id enim instrumentū cuiusque est, cuius caussa factum est. *l. pen. in pr. de acq. rer. dom.* Constat autem manumissionis instrumentum fieri serui manumissi caussa. At instrumentum quod continet emtionem seu acquisitionem defuncti, non alius est, quam defuncti: non igitur est fideicōmissarii. Proinde recte respondetur hic, prædiis legatis aut fideicommissis, instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia fideicommissario præstari non debere. His de caussis, quia non sunt legata, & heredis interest apud eum haberi, & quoniam non sunt fideicommissarii, sed heredis. Et ob has etiam recte placuit prædiis venditis non teneri venditorem, vt instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia tradat emtori, sed tantum vt ea emtori exhibeat. *l. Titius heres, l. si creditor, de act. emt.*

Sed quamuis hæc instrumēta heres fideicommissario præstare necesse non habeat, tamen hic placet heredem fideicommissario cauere debere, se illa prolaturum fideicommissario cum opus erit, si & ea adhuc apud se habeat. Cauere, id est, stipulanti fideicōmissario promittere, & ita se illi obligare. *l. sancimus.*
2 *de verb. sig.* Proferendi † verbo non hic significatur tantum exhibitio instrumentorum, vt scilicet heres tantum instrumentorum cognoscēdorum & describendorum potestatem faciat, sed hoc continetur, vt heres ipsa instrumenta authentica proferat, vbi opus erit, nam hac propositione tantum opus est fideicōmissario, vt probetur his instrumentis hæc prædia fuisse defuncti, ac proinde a defuncto recte in fideicōmissarium translata. Hoc autem nō probatur nisi authenticis, nam exempla fidem non faciunt *l. 2. de fid. instrum.*

3 Sed † vnde intelligimus heredem ad hanc cautionem teneri, cum heres nihil præstare debeat, nisi legatū aut fideicommissum sit: hic autem de hac cautione nihil a testatore expressum est? Respondeo, hāc cautionem præstari debere, ex sententia defuncti colligitur. Sententia hæc & voluntas intelligitur ex eo, quod recte generaliter constituitur, quoties conceditur aliquid, ea omnia concessa videri, sine quibus id quod concessum est explicari & obtineri non pōt. *l. 2. de iurisdict. l. 1. §. 1. si vsusfruct. pet.* At cum testator legat prædia, intelligitur prædiorum dominium legare, vsque adeo, vt si qua pars dominio desit, adhuc integrum prædium peti posit. *l. Maulus. §. pen. de leg. 2.* Porro dominium obtineri nō potest a fideicommissario, si de p̄diis fiat cōtrouersia, nisi probetur instrumētis. Instrumētis id probari nō pōt, nisi instrumētis platis: proinde hæc quoq; sentētia est testatoris, vt p̄diis legatis hęc instrumēta p̄ferantur fideicōmissario.

## *Ad L. XXV.*

### Iidem AA. & CC. Iulianæ.

*Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse non ambigitur. Dat. 2. Kalend. Mart. CC. coss.*

### SVMMARIVM.

1 *Res alienæ, item res heredis recte per fideicommissum relinquuntur.*

SI † res penitus alienæ legari possunt, multo magis pōt res heredis: de quo legato dixi *ad l. cum alienā, sup. de legat.* Sed hoc plus est in re heredis, quia res heredis legata, omnino debetur, siue testator sciuerit heredis esse, siue putauerit esse suam *l. vnum. §. si rem, de leg. 2.* Ceteræ res alienæ legatæ ita debentur, si testator alienas esse non ignorauit. *d. l. cum alienam.* 1

## *Ad L. XXVI.*

### Iidem AA. & CC. Fortunato.

*Ex repudiatione fideicommissi, doli mali exceptio, iusta caussa intercedente, tunc opponitur, quando ipse, cui fideicommissum relictum est, repudiatione vsus fuerit. Vnde cum hoc non te sed patrem fecisse adseueres, qui tibi nocere non potuit: nihil tibi obesse potest. Dat. 2. Id. April. Sirmii. CC. coss.*

### SVMMARIVM.

1 *Filiusfam. an fideicommissum recte possit repudiare.*
2 *Fideicommissum repudiatum an postea petere possit.*
3 *Patre fideicommissum repudiante, ea repudiatio filio non nocet.*
4 *Doli mali exceptio an fideicommissario repudianti recte opponatur.*
5 *Repudiatione legatum seu rei legatæ dominium amittitur.*
6 *Actionis in rem, & actionis in personam ex caussa legati descendentis differentia, & ratio diuersitatis. num. 7.*

FIdeicommissum datum est filiofam. id filius repudiauit. Quæsitū † est an recte repudiauerit, & an 1
sit amissum? Placet recte repudiatum, idque efficitur ex regula iuris, quæ dictat eum posse repudiare, qui & acquirere potest *l. is potest, de acquir. hered. l. eius est, de reg. iur.* Filius autem familias & legatum & fideicommissum sibi relictum, non tantum ignorante patre acquirere potest, sed etiam inuito, quia acquisitio legati, patri nihil nocet *l. acquiruntur, l. etiam inuitis de acquir. rer. dom.* Quare etiam inuito patre filius recte fideicommissum repudiabit.

Quid † si repudiatum postea petat, puta sui iuris 2
factus? Hic rescriptum est, ex repudiatione doli mali exceptionem ei opponi iusta caussa interueniente. Quæ verba posteriora non continent conditionem, per rationem, non enim doli exceptio opponitur repudiantibus sub conditione, si iusta caussa repudiationis interuenerit. Nam quacunq; de caussa fideicommissum repudiatum sit, hoc ipso, quod repudiatum est, amittitur. *l. is qui heres, de acquir. her.* Sed exceptio opponitur repudianti, vtpote iusta caussa interueniēte cur opponatur, cum scilicet is repudiatione vsus sit cui fideicommissum relictum erat, vt sequitur in rescripto. Vnde subiicitur per contrarium, si pater † fi 3
deicommissum repudiauerit, repudiationem filio nō nocere, nempe contraria de caussa, quia hic iusta caussa non interuenit, cur hoc casu opponatur filio agenti doli mali exceptio. Idque ex eadem regula superiori effi-

rii efficitur, quia is solus repudiare potest, qui & acquirere: pater autem fideicommissum filio relictum inuito filio acquirere non potest, sed solus filius, vsq; adeo, vt filius nulla vi cogi possit ad acquirendum, & eo repudiante nihil patri acquiratur. Nam id & in seruo herede instituto placuit *leg. 3. s. de hered. inst.* Proinde nec pater repudiare potest. *Huc pertinet l. is qui heres. §. vltim. de acquiren. heredit.* Cetera hic expedita sunt.

4 Illud † nõ expeditum est quod dicitur, fideicommissario repudianti, si postea fideicommissum petat, opponi doli mali exceptionem. Nõ videtur defendi posse, in hac specie locũ esse exceptiõi vel doli, vel vlli alii. Nam exceptio nunquam competit reo, nisi agenti iure ciuili competat actio iure constituta, vt probatur in singulis. §. *sup. tit. de except.* Vnde definitur exceptio actionis exclusio *l. 2. de except.* vt consequens sit, nulla actione posita, nullam actionis exclusionem, ac proinde nullam exceptionem esse posse. At in proposito vbi fideicommissum repudiauit, statim actionẽ ipso iure amisit *leg. seruum filii. §. 1. leg. si tibi heres. §. cum seruus de leg. 1. leg. nam sunt. d. ad L. Aquiliam. vbi expressum est.* Proinde dici potuit filium qui repudiauit, amplius petere fideicommissum non posse: illi autem agenti opponi exceptionem, dici non potest, cum ille actionem iure nullam habeat quæ exceptione excludatur.

Dicendum est, quod de repudiatione supra dixi, & quos locos in eam rem citauimus, omnia scripta esse de domino rei legatæ, item de actione in rem, quæ legatario ex dominio nascitur. Sic ius est, Repudiatione

5 † legatum, seu rei legatæ dominium ipso iure amitti. *l. seruum filii. §. 1. l. si tibi heres §. cum seruus, de legat. 1.* Vt dominium amittitur, ita consequens est in rem actionem nõ cõpetere ipso iure repudianti, idque est quod dicitur *in d. l. nam sicut, ad l. Aquil.* Consequens esse dicimus quia aperte in rem actio iure ciuili non competit nisi domino. *l. in rem. de rei vind.* At in hac leg. de fideicommissario agitur, idque ex iure veteri, quo iure ex fideicommisso non transibat dominium rei fideicommissæ recta in fideicommissarium, vt fiebat in rebus legatis. *l. a Titio. de fur.* Sed fideicommissum obtineri debebat ab herede vel eo, a quo relictum erat. *Instit. h.* Nuda actio in personam tantum competebat fideicommissario, ad restitutionẽ fideicommissi, quæ extraordinaria persecutio dicebatur *l. pecunia. §. action.*

6 *de verb. sign.* Differt † actio in personam a dominio rei legatæ & actione in rem. Ex caussa legati neque dominiũ neq; actio in rem acquiritur legatario aut fideicommissario, nisi sub conditione, si non repudiauerit, & ideo eo repudiante, superiora perinde habentur, quasi ei nunquam quæsita essent. At in personam actio & legatario & fideicommissario statim quæritur ipso iure, sine vlla conditione, vt ex hoc loco facile intelligitur. Quæsita semel actio, repudiatione fideicõmissi amitti nõ potest iure ciuili. Nã si actio in psonã nõ amittit pacto, id est debitoris & creditoris cõsensu, multo minus nuda volũtate solius creditoris amittetur. *§. præterea. de exc.* Sed quãuis repudiatione nõ amittatur iure actio, tamen quia iniquum est heredem hoc casu repudianti teneri, placet exceptionem doli mali illi obstare, si contra remissionem suã fideicommissum petat, vt hic dicitur.

7 Sed cur † aliud statuimus in dominio & in actionib. in rem ex caussa legati descẽdẽtibus, aliud in actione in personam ex eadẽ caussa descendente? Respondeo, differentiæ ratio est, quia si dominium statim acquireretur legatariis, & immutabiliter, id nulla repudiatione amitti potest, neque iure neque per exceptionem. Non potest ipso iure, quia vt dominium & corpore & animo acquiritur non sola voluntate, sic sola voluntate amitti non potest *leg. si quis. §. differentia. de acquirend. possess.* Vt autem post repudiationem nihilominus maneret dominium rei penes fideicommissarium, ita si fideicommissarius rem fideicommissam peteret, exceptione doli mali, aut alia quauis remoueri non posset ab herede. Nam omnis exceptio iure eorum æstimanda est, qui ea vtuntur *leg. penultim. in fine. de bon. possess. secund. tabul.* At in proposito ex repudiatione fideicommissi nullum ius acquirit heres in dominio rei legatæ, si posuerimus fideicommissarium repudiantem nihilominus dominum manere. Proinde quæuis exceptio ab illo allata, illi prodesse non potest. Ob hanc caussam cautum est, vt ne ante dominium certo acquireret, quam constitisset illum non repudiasse, vt sic repudiatione vere dominium amitteret. At hoc incommodum non metuitur in actione in personam, si illa statim fideicommissario aut legatario acquiratur, quamuis enim semel quæsita repudiatione non amittitur ipso iure, tamen excluditur per exceptionem, quæ acquiritur hereditate heredi vtpote ei, qui dedit fideicommissum. Nihil autem interest effectu, vtrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *l. nihil interest. de reg. iur.*

*Ad L. XXVII.*

Iidem A A. & C C. Olympiadi.

*Fideicommissum eius, qui reliquerat, pœnitentia probata successores nunquam præstare compelluntur. Datum. V. Calend. Octobr. Viminacii. C C. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum pœnitentia relinquentis probata, neque ab heredibus, neque ab vllis aliis debetur. & num. 3.*

2 *Pœnitentia hac quomodo probetur.*

ID recte relictum debetur, nisi eũ qui reliquit pœniteat relicti. Nã reuocari fideicõmissum & legatũ semper potest, ex pœnitentia *leg. datum. s. de legatis.* Pœnitentia † eius probata, fideicommissum neque 1 ab heredibus neque ab aliis vllis, a quibus relictum, debetur. *vt hic.* Pœnitentia † probatur & ex volunta- 2 te defuncti, & ex re ipsa. Ex verbis, si aperte, ademit: ex re si inimicitiæ capitales inter defunctum & legatarium incidant, aut incidat aliqua indignitas fideicommissarii aduersus defunctum, vnde intelligi possit nolle defunctum in tam indignum quicquam con- 3 ferre *l. 3. §. vltim. l. sequent. de adimend. leg.* Sic † ex pœnitentia legatum reuocatum non debetur, vt alias non debeatur ipso iure, alias heres tutus sit exceptione. Ipso iure non debetur, si legitima voluntate ademtum est, puta testamẽto aut codicillis: alias exceptione tantum doli mali: quæ heredi competit. *dicta l. 3. §. vlt. de adimend. leg.*

Ad *L. XXIIX.*

Iidem A A. & C C. Tiberio.

*Ex fideicommisso sub conditione sine libertate seruis propriis inutiliter dato libertas peti non potest. &c.*

De hac lege dixi *ad leg. seruus, 4. supra. de legat.*

Ad L. XXIX.

Iidem A A. & C C. Achilleo.

*Ex testamento quod iure non valet nec fideicommissum quidẽ, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest. Dat. 8. Calen. Decemb. C C. Coss.*

DEfinitio est generalis cuius exemplum expositũ est *in leg. eam, quam. sup. hic.*

Ad L. XXX. Cum acutissimi.

Imperator Iustinianus A. Demostheni præfecto prætorio.

*Cum acutissimi ingenii vir, & merito ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videre disposuisse, nisi cum filius eius sine sobole vitam suam reliquerit: nos huius sensum merito mirati, plenissimum ei donamus euentum. vt si quis hæc disposuerit, non tantum filium heredem instituens sed etiam filiam, vel ab initio nepotem vel neptem, pronepotem vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum grauamini subiugauerit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii qui restitutione onerati sunt: sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. Recitata septimo in nouo consistorio Palatii Iustiniani. Dat. 3 Cal. Nouemb. Decio V. C. Coss. 529.*

SVMMARIVM.

1 *Heres, rogatus portionem hereditatis post mortem restituere fratri vel patruo, si susceptis liberis decedat, an fideicommissum debeatur.*

2 *Tria in responso Papiniani notanda.*

1 SI parens † filium vel nepotem heredem institutũ rogat, vt restituat portionem hereditatis cum morietur, vel post mortẽ suam, fratri vel patruo suo. Hic mortuo eo qui rogatus est, secundum verba, fideicõmissum debetur, siue filius is, aut nepos decesserit sine liberis, siue liberis susceptis. Nam mortuo eo conditio fideicommissi exstitit: cõditione impleta fideicõmissum debetur etiamsi liberos susceperit, quoniam fideicommissum nõ fuit relictũ sub hac conditione *si sine liberis decederet.* Et hæc ita sunt si verba sequimur: sed in hac specie Papinianus olim respondit: Si filius aut nepos liberis susceptis decesserit, fideicommissarium coniectura voluntatis defecisse videri, quanquam fideicommisso inesset hæc conditio ex voluntate defuncti, *si nepos decesserit, idque sine liberis.* Exstat eius responsum *in leg. cum auus. de condit. & demonst.* Cuius voluntatis coniecturam & rationem explicat Iustinianus *in hac. l.* cum ait, *in fin.* non esse verisimilẽ quenquam alienas successiones propriis anteponere. Hoc responsum, cum esset plenum æquitatis & certam rationem haberet, Iustinianus duabus constitutionibus confirmauit, & ita explicauit, vt ad alios multos vsus produceret. Constitutiones eius sunt hæ *l. cum acutissimi,* & *l. generaliter. §. vlt. s. de inst. & substit.* quarum sententia hæc est.

2 In † responso Papiniani tria notanda sunt. 1. de persona rogati. 2. de liberis ab eo susceptis, 3 de fideicommissis. Hæc capita Iustinianus ita tractauit: Papinianus de nepotibus loquitur *in d. leg. cum auus.* Iustinianus produxit hoc responsum ad pronepotẽ & omnẽ alium posterum. Hic Papinianus de nepote loquitur in sexu masculino: Iustinianus in hoc rescripto producit ad filias neptes, proneptes & alias in infininitũ. Papinianus de nepote loquitur, legitimoque filio patris: Iustinianus *in d. l. generaliter. §. vlt.* produxit ad liberos institutos, etiamsi naturales tantum sint. In liberis susceptis Papinianus de liberis generaliter & indistincte loquitur: Iustinianus hoc reuocauit ad liberos tantum legitime susceptos, & cauit, vt si filius rogatus post mortem suam hereditatem restituere, decedat liberis non ex iusto matrimonio susceptis, fideicommissum æque debeatur, ac si sine liberis decessisset. Hoc *in dict. l. generaliter. cir. fin.* significatur quoq; illis verbis, sine iusta prole, vt ibi locum exposuimus. Postremo, Papinianus de fideicõmisso hereditatis loquitur: Iustinianus hoc produxit etiam ad fideicommissa singula & legata, *d. l. generaliter, in fine.*

Ad L. penult.

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

*Quidã filium suũ a sacris paternis remisit, & postea testamento condito eũ præteriit, nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis. Ipsum autem, quem neque heredem neque exheredatum fecit, fideicommisso prægrauit. quærebatur si vtile esset huiusmodi fideicõmissum. Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa, nobis in hoc casu placuit, vt emancipatus (vtpote iniuria a patre adfectus) non compellatur fideicommissum a sua persona relictum præstare. Quod etiam in aliis personis quas exheredari necesse est, locum habere censemus. Dat. prid. Calen. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii. & Orestis. V V. C C. 531.*

SVMMARIVM.

1. *Fideicommissum an a filio emancipato & postea exheredato relinqui possit.*

AB exheredati substituto legari nihil potest, multo minus ab exheredato *l. cum quidam. s. de leg.* vbi hic locus apertius constitutus est a Iustiniano. Quæsitum est, si † pater filium emancipauerit, an possit eo exheredato nihilominus ab eo fideicommissum relinquere? De hac specie dubitatum fuit, propterea quod pater emancipatione libertatem in filium contulerit: hæc res inæstimabilis est. Regula autem iuris facit, vt cui aliquid dedimus, etiam ab eo relinquere possimus *leg. ab eo. s. h.* Iustinianus eam dubitationem omnẽ remouens hic constituit, ab exheredato filio, quamuis antea emancipato, relinqui nihil posse. Non obstat quod dicitur ab eo, cui dedimus, etiã relinqui posse. Hoc enim ita dictum est, si modo ei aliquid dederimus quod ad eũ peruenit voluntate nostra *leg. 1. §. sciendum. de leg. 3.* Libertas autem, quæ emãcipatione confertur, confertur inter viuos, nec suprema voluntate reuocari potest, vnde intelligitur eam libertatem morte nostra ad aliũ nõ peruenire. Hoc amplius, libertas hæc, quæ ex emancipatione ea nascitur, nullam æstimationem habet, vt sciri possit, quid pro ea relinqui possit. *l. si filiusfam. de leg. 1.* 1

Ad L. Vltimam.

Idem A. Iohanni præfecto prætorio.

*Quæstionem ex facto emergentem resecantes & voluntati mortuorum prospicientes sancimus, si sine scriptura & præsentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit: heredis iuramentum, vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, siue vniuersitatis, siue speciale: necesse habere heredem vel legatarium seu fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia præstito vel sacramentum subire, & omni inquietudine sese relaxare: vel si recusandum existimauerit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictã noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat:*

*expetat: omnimodo exactioni fideicommissi subiacere & eum ad satisfactionem compelli: cum ipse sibi iudex, & testis inueniatur, cuius religio & fides a fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis aduentitiis probationibus requisitis, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum non solemniter relictum an ab herede præstandum sit.*

2 *Heres, nihil a se relictum, iurare recusans: fideicommissum soluere cogitur: & cur?*

3 *Ratio huius constitutionis.*

SIc aliquot locis constitutum est, ex imperfecto testamento, item ex imperfectis codicillis, & generaliter ex omni suprema voluntate, nisi quinque cum minimum testes adhibiti sint, deberi nihil, & nihil peti posse. *l. si veritas. sup. h. l. vlti. §. vltim. sup. de codicil.* Iustinianus ex his responsis excepit, de quo hic cautum est. Est autem constitutionis hæc sententia. Si † defunctus sine scriptura, cum herede præsente egerit eiusque fideicommissario, vt aliquid ei præstaret, quãuis nulli omnino adhibiti sint testes, tamen placet fideicommissum ab herede præstandum duobus casibus. Vno qui solis verbis huius constitutionis expressus est, si videlicet heres neget, quicquam a se relictũ esse, & actus ad iusiurandum a fideicommissore, iurare nolit. Alter casus ex superiori colligitur, si videlicet heres vltro confiteatur fideicommissum a se relictum esse, sed dicat, se non teneri, quia solemniter relictum non sit. Hic casus ex priori colligitur, intellecta ratione huius constitutionis.

2 Cur. n. † heres iurare recusans, fideicõmissum soluere cogitur? Non alia ratio est, q̃ ꝙ recusatio iurisiurãdi, tacitã confessionẽ habet, ideo. n. nõ vult iurare, qa peierare nõ vult, sic a se relictũ esse, *l. manifesta, de iureiuran.* Si recte colligitur, propter quod vnumquodque tale est, illud magis tale esse, existimandũ est, quod probatur vulgo *ex auth. multo, sup. de episc. & clericis,* Proinde si recusatio iurisiurandi heredẽ obligat propter confessionem, quæ in hac recusatione inesse intelligitur, multo magis aperta eius confessio eum obligabit. Itaque quod scriptum est *in §. vlt. in fin. Instit.* heredem in hac specie confitentem obligari, si confiteatur postquam negauerit, non sic accipiendum est, quod confitens de fideicommisso, non alia conditione obligetur, quam si prius negauerit: sed simpliciter, quisquis confitebitur, obligabitur. Intelligendum est enim, quod hic constitutum est in hac obligatione, fideicommissum nõ esse constitutum pœnæ caussa, vt coerceatur inficiatio heredis, sed voluntatis testatoris tantum seruandæ caussa, vt diserte scriptum est in hac constitutione *in extremis verbis.*

Prior casus ex iis duobus, cum nihil iniquum & nouum habere videretur, ideo Iustinianus hanc constitutionem aduersus obiectionem tacitam muniuit, & præterea addidit rationem cur hoc ius constituerit. Primo diceret aliquis nõ recte exigi fideicommissum ab herede sine probatione, vbi heres negaret se scire quicquam relictum esse. Respondet Iustinianus in hac re iniquum non esse, vbi heres iureiurando sibi delato, in sua caussa constituitur testis & iudex, vt sit in eius potestate non teneri, iurando se nescire quicquam relictum esse. Præterea obiiceret etiam aliquis, videri hoc ius nouũ, & contra oẽs regulas iuris, secundũ quas solemnis numerus exigitur, & in testamentis, & in codicillis. Atq; adeo in omni volũtate, vt initio hic diximus. Respondet Iustinianus, requiri hũc numerum solemnem & iustum, cum res per testes probanda est. Ideo enim hic numerus exigitur, ne qd falsitatis admittatur, quod facile factu fuit, nisi hic numerus adhiberetur. Sed in hac specie nihil falsitatis metui potest, etiamsi nulli adhibiti sint testes, quia testimonium ab ipso herede, eodemq; debitore exigitur: qui si iurauerit fideicõmissum a se relictum nõ esse, liberatus discedit. Sin autem confiteatur, aut iurare nolit, ea recusatio confessionẽ tacitam habet. Hæc confessio omni suspicione falsitatis caret, cum ipse de se confiteatur.

Ad extremum autem vt dixi rationem reddit, qua motus ius superioris constituerit. Ait igitur, se motũ 3
primo legibus veteribus, quæ iubent, ratas esse supremas voluntates. Intelligit autem legem 12. tabularũ, de qua, *l. verbis leg. de verb. sig.* item *leg. 1. sup. de SS. eccles.* & similes. Deinde motus est idem & iis legibus, quæ exigunt, ita vt impleatur volũtas suprema, vt velint etiam eum, qui hereditatis lucrũ accepit, id amittere, nisi testatoribus suis paruerit. Quas leges hic intelligat, quæsitum est? Intelligere dicimus eas leges quibus legatum adimitur tutori, qui se a tutela excusauit. *l. post legatum. §. amittere, de his quæ vt indig. l. qui tutel. sup. de test. tutel.* Nec obstat; quod Iustiniani constitutio de lucro hereditatis amittendo loquitur: his enim verbis non hereditas accipienda est, sed legatũ aut fideicommissum. Nam legatum omne aut fideicommissum est lucrum delibatum ex hereditate, vt declaratur definitione legati, *l. legatum, de leg. 1.* Huic constitutioni opponitur *l. si veritas. s.* vbi scriptũ est, ex impfecta scriptura nihil deberi, nisi qs vltro agnouerit voluntatem defuncti. Respondeo, & hoc verissimum est, neque cõtrarium huic constitutioni. Proinde etiam post hanc constitutionem, id ius manere intelligitur. Quoties testator scriptura aliquid reliquit, fidem scripturæ seruari voluit, proinde si fides scripturæ non constabit ex iusto numero testium, ius antiquum erit. Iustiniani hæc constitutio loquitur, de eo, quod sine scriptura relictum est, vbi scilicet testator contemta omni alia probatione, vel scripturæ, vel testium, rem fidei solius heredis commisit, vt in pr. hic expressum est.

Rursum opponitur *l. vlt. §. vltim. sup. de codicil.* vbi cautum est, nisi quinque testibus adhibitis, nihil ex vlla suprema voluntate deberi. Respondeo, & hæc constitutio hodie manebit, si defunctus absente herede aliquid reliquerit. Nam in absente hæc constitutio locum non habet, quoniam heres, qui ignorauit quid testator dixerit, facile & liquido iurabit, se nescire quid ille dixerit, quo iuramento præstito liberatur hac constitutione. Solum ergo relinquitur locus huic constitutioni, cum defunctus sine alia scriptura, & aliis probationibus, rem quam præstari voluit, fidei heredis præsentis commisit.

Ad Auth. Hoc amplius.

*Hoc amplius qui defuncti iudicium lege non repræsentatũ monitus a iudice, intra annũ non implet, excluditur eo, quod præter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio: hoc autem cum onere suo, danda super hoc cautione, defertur primo substitutis, mox ordine seruato coheredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario, vel legatario soli, vel ex pluribus in parte potiori, vel speciali fideicõmissario, vel legatario maioris emolu-*

*menti, vel omnibus vel volentibus, vel libertate in testamento donatis, prout quisque eorum prior nominatus est: exheredatis ne hic quidem respectis: postremo defertur extraneo vel fisco.*

SVMMARIVM.

1 *Occasio huius fragmenti subiiciendi vnde nata.*
2 *Verba huius constitutionis explicantur.*

1 OCcasio † huius fragmenti subiiciendi nata est ex postremis verbis superioris legis, quibus Iustinianus scripserat, adeo supremam voluntatem ex legibus seruandam esse, vt placeat eos amittere lucrũ hereditatis, qui testatoribus suis non paruerint: vbi lucrum hereditatis dixi accipiendum legatum aut fideicommissum alicui relictum, in hoc, vt aliquid ex iussu testatoris faceret. Adiicitur igitur apte hæc Authẽtica, in qua superior sentẽtia amplificatur, vt hoc amplius, quam scilicet in legatis & fideicommissis relictis, etiam hereditas in tãtum amittatur ab eo herede, qui nõ præstet id, quod testator fieri iusserit. Id autem accidit ex constitutione Iustiniani. *Nouel. 1. §. si quis autem non implens*, in hac specie: Si heres aliquid facere aut præstare iussus, & idem a iudice admonitus intra
2 annum voluntati defuncti parere neglexerit. Si † erit admonitus, ait constitutio: quibus verbis plures admonitiones non exiguntur. Proinde vna admonitio iudicis sufficiet, quoniam singulari ratione hęc oratio contenta est, *argum in l. vbi. de testam.* Ait constitutio *intra annum.* Quæstio vnde annus numerandus sit. Apparet numerãdũ esse ex admonitione iudicis. Ait constitutio, *si præstare neglexerit*: quibus verbis significatur is, qui alioqui de fideicommisso confitens, tamen negligentia fideicommissum non soluit. Quod si heres fideicommissum negabit, & de eo vsq; ad sententiam litigauerit, eritque fideicommissum ad pias caussas relictum, dupli pœna aduersus heredem constituta est, §. *ex maleficiis. vers. item mixta. de act. §. vlt. de obligat. quæ ex quasi contractu &c.* Ait constitutio, *Si fideicommissum repræsentatum non soluatur.* His verbis significatur fideicommissum, quod lex repræsentare iubet, id est, quod iure valet. Pœna autem heredi iniuncta quæ sit, expressum est sequentib. verbis Auth. Sed multo explicatius dicitur in ipsa constitutione Nouella.

## AD TITVLVM XLIII COD.

### Communia de Legatis & fideicommissis.

CVm intellectum erit, an legatum & fideicõmissum relictũ valeat, de quo superioribus titulis de legatis & fideicommissis tractatum est; superest vt legatum & fideicommissum præstetur: ni præstetur, restat vt videatur, quę sit eius obtinẽdi ratio: ea ratio posita est in actionibus, de quibus maxime hoc titulo agitur, præcipue autem lege 1.

Ad Leg. 1.

*Cum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerunque habere noscantur: quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus vsa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudauit? quis in rem missionis scrupulosis vtatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: Omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis vnam naturam imponere: & non solum personalem actionẽ præstare, sed & in rẽ: quatenus eis liceat easdem res siue per quodcunque genus legati, siue per fideicommissum fuerint derelicta, vindicare in rem actione instituenda: & insuper vtilem Seruianam, id est, hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerũ suarum in testamento quibus voluerit dare, & iterum nouellæ constitutiones in multis casibus & tacitas hypothecas introduxerunt. Non ab re est etiam, nos in præsenti casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam, nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, vt omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant: apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, vt omnibus modis voluntati eius satisfiat: & præcipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quæ piis actibus sunt deputata. Et hæc disposuimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum: Sed et si a legatario vel fideicõmissario vel alia persona, quã grauare fideicommisso possumus, fideicõmissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictũ est: nihil est graue, etiam aduersus eũ, nõ tantũ personalem, sed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnib. autem huiusmodi casibus in tantum & hypothecaria vnumquemque conueniri volumus, in quantum personalis actio aduersus eum competit: & hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ, quæ grauata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quæ a testatore ad eum peruenerint. Data decimo quinto Calend. Octobris Chalcedone, Decio viro clarissimo consule. 529.*

SVMMARIVM.

1 *Legis huius tria constituta.*
2 *Legatorum omnium an eadem vis & natura.*
3 *Fideicommissorum eadem vis & natura est.*
*Lex hæc loquitur de fideicommissis particularibus.*
4 *Lex hæc quid differat a sequenti.*
5 *Actiones legatorum & fideicommissorum tres personalis, in rem, & hypothecaria.*
6 *Genera harum actionum quæ.*
7 *Actio legati & fideicommissi in personam quomodo aduersus heredem detur.*
8 *Actio legati & fideicommissi in personam quib. cõpetat, & aduersus quos.*
9 *An etiam competat de legato & fideicommisso.*
10 *Actio legati & fideicommissi in rem cui, & de quibus rebus competat, & aduersus quem.*
11 *Actio Seruiana seu hypothecaria quæ sit.*
12 *Actio Seruiana de quibus rebus & aduersus quem competat.*
13 *Actiones legatorum & fideicommissorum competunt etiam aduersus legatarios & fideicommissarios, a quibus quid altere relictum est.*
14 *Fideicommissum relictum legatario an valeat, si legatario nihil lucri accedat.*

TRia † hic constituuntur, vt breuiter cõprehensum est *in vers. rectius. inf.* scilicet omnium † legatorum eandem vim & naturam esse, quod constitutũ est a Iustiniano, propter veterum legatorum differentiam, quorum genera erant quatuor, & singulorum vis & natura distincta, vt indicatur §. *de lega.* quod plenius expositum est a Theod. *ibidem, & apud Vlpianum* 1 2

*de*

*de legat.* Sed hic occurritur & negatur omnium legatorum eandem vim esse, exemplo eius, quod ad pias caussas est relictum; Nam huius legati est hæc natura, vt si heres inficietur & perseueret in ea inficiatione, vsque ad sententiam dupli condemnetur, quod non ita seruatur in ceteris legatis. *§. ex maleficiis. vers. ne in ista, de actionibus. §. vltim. de oblig. quæ ex quasi cotract.* Respōdeo, nō id, quod Accursius & ceteri hoc loco, nempe genera legatorum esse exæquata, non autem singulas species generum, aio enim & singulas species esse exæquatas, hoc amplius singula indiuidua legata. Neque tamen superius exemplū aduersatur. Quod enim dicitur, omnia legata esse exæquata, hanc significationem habet, vt sint exæquata quatenus legata sunt, non autem amplius. Exempli gratia. Nemo dubitat aliud legatum esse, cum homo legatur, & aliud cum legatur pecunia, item aliud legatum esse centum aureorum, aliud 10. Sed hæc ideo contingunt, nō quia legata sunt, sed quia sunt res diuersæ: ceterum quatenus legata sunt, eandem vim omnino obtinent. Idem accidit in legato ad pias caussas, nam quatenus in eo legatum est, non differt a ceteris legatis. Quod autem heres inficians mulctatur dupli, nō propter legatum, sed propter rem, seu personam cui legatur, contingit, cui hoc fauoris gratia tributum est.

3 Secundum † hic statuitur, fideicommissa quoque esse exæquata legatis, & omnium eandem esse naturā, de quo initio tituli de fideicommissis dictum. Tantū hic notandum est, quod illic omisimus, sententiā hāc & constitutionem de exceptione fideicommissi & legati, accipiendam esse de fideicommissis singularibus seu particularibus, quemadmodum & legata intelliguntur legata singularum rerum, non vniuersi iuris. Nam quod ad vniuersa iura attinet, puta cū heres est rogatus legatum restituere, hic ius antiquum manet, quo iure ex hereditate nec quicquā trāsfertur in fideicommissarium, quam hereditas sit illi restituta, *l. facta in pr. ff. ad Treb.* Cum in legatis contra ita ius sit, vt rei legatæ dominium recta transferatur & transeat in heredem legatarium, quamuis re illi non tradita, dummodo legatum nō repudiauit, *l. seruum filii §. 1. l. si tibi. §. cum seruus. de leg. 1. l. legatum. de leg. 2.*

4 Sed † cum eadem sententia repetatur *in leg. 2. seq.* quid hæc lex differt a sequenti? Respond. plurimū et in parte. Nam de exæquatione legatorum & fideicōmissorū hic obiter dicitur, & veluti per consequentiā earam actionum, de quibus hic præcipue agitur. Statuitur *in l. 2.* hæc sententia ex professo. Ita *in l. 3.* hic dicitur eandē esse naturam fideicōmissi & legati. In *l. 2.* hoc amplius dicitur, quomodo & quando, & quibus in rebus eadē sit. Præterea in hac l. 4. dicitur, eandem naturā esse in rebus omnibus, idq; declaratur. Tertium caput & propriū huius loci est de actionibus le-
5 gatorū & fideicommissorū nomine constitutis. Has † actiones tres esse placet, personalem, in rem, & hypothecariam. In his actionibus cōstituendis primū illud occurrit, quod dubitatur, quod Iustinianus ait, se hoc primū constituere, vt hæ sint actiones, cū constet etiā iure veteri plures actiones de legatis competiisse, *l. cū filius. §. variis. de legat. 2.* Respondeo iure veteri quoq; fuerunt plures actiones, sed de legatis: nā de fideicōmissis vna fuit persecutio in personā extraordinaria, *leg. pecuniæ. § actiones. de verbo. significatiōe.* Hoc primo Iustinianus hac cōstitutione immutauit, q voluit. quæ actiones cōpetebant de legatis, easdē quoq; de fideicōmissis cōpetere. Præterea & de legatis duæ tantum fuerunt actiones, actio in personā & actio in rē. Hypothecariā aūt eo nomine non fuisse, ex eo intelligitur, q edicto ptoris cauebatur, vt de legatis caueretur legatariis & fideicōmissariis stipulatione, quod nisi caueretur, tum demum consequeretur legatarius & fideicommissarius, vt mitteretur in bonorum possessionem, & eadem promissione pignus prætorium nāsceretur, non ante *toto tit. vt legat. & fideicommissor. nomine caueat. & tit. seq. vt in poss. legat. lic. & c. d. l. non est mirum, de pignorat. actio.* Iustinianus primus statim ab initio legatariis & fideicommissariis hypothecam dedit, quod quoniam nouum constituebat, idcirco conatus est hic eius constitutionis rationem reddere, *in §. 1. & seq.* Genera † harū actionum consideremus, 6
quod ideo faciendum est, ne ex hac constitutione in errorē incidamus. Nā constitutio est ita scripta quasi videatur de iisdem rebus, aduersus easdem personas tres actiones baice constituere, quod non est ita. Idque solum intelligitur cognita singularum actionum natura, quæ ob id nobis singillatim est cognoscenda.

I. Legati † & fideicommissi actionem in personam competere constat, non tantum hac lege, sed iā olim. 7
Sed cum nulla sit actio in personam, nisi ex obligatione, nec vlla obligatio nisi aut ex contractu aut maleficio, quasi contractu aut quasi maleficio. *§ 1. Institutio. de action.* Vnde potest hic actio esse aduersus heredem, a quo quid relictum est, cum is neque contraxerit, cum legatariis aut fideicommissariis, neque quicquam aduersus eos deliquerit, vel quasi? Respondeo a veteribus etiā actionem esse in personā ex quasi contractu, quasi heres contraxerit cum legatariis & fideicommissariis. *§. heres autem, de obliga. quæ ex quasi contractu.* Sed vnde hic quasi cōtractus intellectus est? Id explicatur *l. 3. §. vlt. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eatur,* hoc modo vt heres adeundo, vel p herede se gerēdo videat hoc ipso suscipe necessitatē & soluēdi legata & soluēdi creditorib. legatariis, vt quoniā a defuncto hereditatē accipit, eodem facto declaret, se velle eius volūtati parere. Hinc illius obligatio, ex hac obligatiōe actio in personā eius. Hinc † intelligimus, 8
quib. de reb. actio hęc in personā cōpetat, & aduersus quos. Oēs res, nō tantū, q defuncti fuerunt, sed etiā alienæ, legatæ aut fideicōmissæ peti possunt ab herede, vt vel eas redimat, vel earū restitutionem pręstet, *§. nō solū. de legat.* Proinde hæc actio de omnib. reb. obligatis competit. Sed & si quid heres facere iussus sit, peti ab eo potest, vt faciat, proinde & in factis hęc actio locum habet. Cum autem omnis actio in personam, sit aduersus eum, qui obligatus est, *l. actionum. de oblig. & act. d. §. 1. de act.* Solus autē heres, & is a quo fideicommissum est relictum, obligatur ex quasi contractu, cōsequens est igitur actionem hanc in personam † de legato & fideicōmisso nō cōpetere, nisi aduersus here- 9
dē ipsum, q fideicōmisso obligatus est, aut eo mortuo aduersus heredem eius, quia actio in personam etiā aduersus heredes competit, *§. 1. de perpet. & temp. act.* Hæc actio veteribus dicta est actio ex testamento, vt ex his locis patet, *l. plane. 34. §. quod si rem emissem. leg. nā quocunque in principio. & §. 7. leg. etiam. de solution.* Quid ergo si fideicommissum sit codicillis relictum? Resp. Etiam de hoc fideicommisso actio olim in personam competebat, sed hæc dicebatur extraordinaria persecutio fideicōmissi. Solum ex testamēto actio de legatis competebat, vt quæ solum testamento relinqui possent, nā codicillis nō competebat, *§. præterea. Inst. de fid.* Hodie post cōstitutionē hāc Iustiniani,

*& post.l.seq.* omnium fideiussorum eadem natura sit, dicimus, si quid legatum aut fideicommissum sit codicillis, actionem in personam competere, non ex testamento, quia codicilli testamentum non sunt. *leg. si idem. supra. de codicillis.* sed ex suprema voluntate. Idque hac constitutione eam actionem inducente.

Secunda actio est legatorũ & fideicommissorũ nomine prodita, actio in rem. Ex quo primum intelligimus, quicquid legatum aut fideicommissum est alicui, eius rei dominium recta transire in legatariũ & fideicommissarium, si modo rem non repudiauerit; Idque ius erat olim in legatis, vt paulo ante dixi ex suis locis. Nunc idem hic in fideicommissis intelligimus cõstitutum. Intelligitur autem hoc ipso, vt actio in rem & de fideicommisso constituatur. Nam actio in rem iure ciuili nulli competit, quam domino, *l. in rem, de rei vindic.* Hic consequens est, actionem in rem legatorũ aut fideicommissorum nomine, non de iisdem rebus competere, de quibus in personam actio, quoniam non omnes res legatæ aut fideicommissæ sunt in ea caussa, vt efficiãtur legatarii aut fideicõmissarii. Primò igitur, si quid fieri testator iussit, hic locum habere nõ potest in rem actio, cum factum non sit res, quę dominio subiiciatur cuiusquam. Et ideo liberatione legata, id est, tunc cum iussus est heres debitorẽ liberare, non potest huius liberationis consequendæ caussa alia actio institui, quã in personam ex testamẽto, vt & olim fiebat. *l. 3. §. nunc. de effect. l. vn. l. 4. de lib. legat.* Sed etsi res quæ subsistat, legata erit, tamen de aliena legata actio in rem competere non potest. Idemque dicendũ si pecunia aut res aliqua sit generaliter legata, nam hæ res ideo non sunt legatarii, quia non prius fuerunt testatoris. Nemo autem plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. *l. nemo plus, de reg. iur.* Vt autẽ in rem actio competat legatario, prius est, vt legatarius sit eius rei dominus, vt supra dictum. Solum ergo in rem actio competere potest de rebus, quæ fuerunt testatoris, quorum ipse dominium transferre potuit. Idque adeo verum est, vt quamuis res heredis propria sit legata, tamen nihilomagis transferatur eius rei dominium in legatarium, eoque nec in rem actio. Vnde placet heredem, priusquam rem suam legatam pręstiterit, posse suo iure eam alienare, & quouis modo de ea statuere. *leg si inquilinus. §. 1. de legat. 1.* Nec ad rem pertinet, quod ille locus de iure veteri scriptus est, nam etiam nunc idem ius manere oportet, si rei, quæ heredis erat dominium non transfertur in legatarium. Nunc autem non potest transferri inuito herede, quoniam, vt dixi, semper verum est, testatorem eius rei non fuisse dominum: neminem autem plus iuris in alium potuisse transferre, quam ipse habuit.

Sed obstant verba huius constitutionis, *dicto. vers. rectius.* Quibus diserte scribitur, actionem in rem, de iisdem rebus competere, de quibus & actio in personam. Respondeo, Hoc interpretes sic recte acceperunt, vt in rem actio de iisdem rebus competat, si modo rerum natura patiatur, vel vt competat de iisdem rebus, vbi per actionis naturam id fieri potest. Natura autem actionis in rem exigit, vt is qui in rem agit, seu vindicat, eius rei dominus sit, quam vindicat. In superiores autem res, quas dixi, non cadit, vt iis legatis dominium a testatore in legatarium transferatur. Quod si res, testatoris legata erit, hic demum concurrẽt de ea re actio in personã & actio in rẽ, sic tamẽ nõ vt legatarius vtraq; actione possit experiri, sed possit alterutra, quam elegerit, *vt est in d. leg. cum filius. §. variis. de leg. 2. leg. huiusmodi. §. vltimo. de legat. 1.*

Sed hoc loco opponitur regula iuris, qua efficitur, neminem rem suam condicere posse, seu neminem posse de re sua agere actione in personam, vt intendat eam rem sibi dari oportere. *§. sic itaque. de actionibus. leg. vlt. de vsufr.* Id si verũ est, consequens esse videtur, legatarium, qui rei legatæ factus est dominus, & ob id in rem actionem habet, non posse de ea re habere actionem in personam, etiamsi hanc solam eligat. Respondeo, Nihil aduersatur superior regula. Nemo enim condicere potest rem suam si condicit vt suam, vel nemo de re sua agere potest actione in personam, si vt dixi intendat eam rem sibi dari oportere: sed rem suam, quãuis cõdicere põt, dummodo condicat nõ vt suam, sed tanquam sibi debitam, & de ea quiuis agere potest actione in personam, dummodo ne petat, vt sibi res detur, quod fieri nequit, nam iam est illius facta; sed petit eam rem sibi dari vel restitui, seu quod idem est, eius rei possessionem tradi. Nam hæc omnia de re nostra licere, tradit exemplis: vnusquisque enim potest rem suam stipulari sibi restitui, & erit ei ex stipulatu actio vt restituatur. *leg. nemo in rem suam. de verborum obligat.* Item constat, posse vnumquemque rem suam commodare, & apud alium deponere, ita vt sit illi cõmodati & depositi actio ad rem suã repetendam, quæ omnes actiones sunt actiones in personam, & de re nostra competunt: sed ideo de re nostra competunt, quia his actionibus agimus de re nostra, non vt nostra, sed vt nobis debita ex stipulatu, commodato vel deposito, nec petimus vt ea nobis detur, sed restituatur. Nihil autem prohibet quo minus res nostra sit, & tamen possessio sit apud alium.

Hoc idem in re legata fieri intelligitur, si res testamẽto legata fuerit: hęc efficitur legatarii, ex quo legatario actio statim in rẽ nascitur: sed nihilominus idẽ legatarius de ea re actione in personam experiri potest, si modo intendat eam rem sibi restitui debere. Nam si petit vt sibi detur, seipsum oppugnat, sic enim fatetur rem sibi legatam non esse: nam si ei legata esset, eius etiam facta esset, & si facta esset eius, inepte intenderet eius rei in se dominium transferri debere. Atqui de iisdem rebus legatis actio in rem non cõpetit aduersus easdem personas. Idq; natura actionis efficit: nam actio in personã, datur aduersus eum qui nobis est obligatus; actio in rem aduersus eũ qui rem nostrã possidet, aut dolo malo desiit possidere. *leg. actionem, de obligationibus & actionibus. leg. qui petitoris, in principio. de rei vindicat.* Proinde actio in personam de legato aut fideicommisso datur solum aduersus heredem, a quo legatum est, quoniam solus est obligatus: aduersus ceteros, quamuis rei legatæ possessores, non datur. Actio in rem contra aduersus heredem non datur, si non possideat rem legatam, neque dolo possidere desiit. Et rursus quicunque aliquam rem meam possidebunt, aut cum possiderent dolo desierunt possidere, tenebuntur legatario & fideicommissario.

Tertia † actio legatarii seu fideicommissarii, hic prodita est actio, quæ Seruiana seu hypothecaria dicitur *vers. c. Rectius.* Hæc actio est, quæ creditori de rebus illi pro debito pignori hypothecæue obligatis, est inquam in rem actio. *§. item Seruiana, de actionibus. l. pignus. infr. de pig.* Hæc rursus non competit de iisdem rebus, de quibus superiores neq; aduersus easdẽ psonas aduersus quas actio in psonã. De † quib⁹ rebus cõpetat, hac cõstitutione expressum est. Cõpetit 11 12

autem

autem de rebus testatoris solum his, quas heres consecutus est, siue quæ ad heredem peruenerunt. Extant hæc verba *in §. sed hæc*. Et rursum *in §. vltim. infr.* Ex his apparet hypothecariam actionem legatorum seu fideicommissorum nomine non competere de rebus alienis. Et recte: nam non potest res obligari, nisi quæ in bonis debitoris fuit, *leg. cum res, infr. si aliena res pignor. dat.* Sed nec competit de rebus heredis: nam hæ res neque sunt, neque fuerunt antea vnquam testatoris. Hæc autem constitutio solum testatoris res obligat. Sane si post sex mēses petatur ab herede, vt satis det fideicommissi nomine, neque satisdat, constitutum est, vt fideicommissarius si postulet, mittatur in bonorum possessionem etiam heredis, post quam missionem, vt supra dictum, incipiant res heredis pignori esse. Estque id genus pignorum prætorium, *l. certa, infr. vt in possess. legat.* Sed hoc nihil huic constitutioni aduersatur, vbi de de pign. & hypoth. agitur, quæ statim constituitur legati & fideicommissi nomine, & constituitur sine vlla missione in possessionem.

Sed nec de rebus testatoris omnibus actio hypothecaria legatario aut fideicommissario competit. Nam de rebus ipsis legatis nullo modo datur, propterea, quod vt supra est effectum, hæ res sunt legatarii & fideicommissarii: nulli autem res sua pignori esse potest, *leg. neque pignus, de regul. iur.* Neque hoc aduersatur definitioni huius constitutionis. Et potius maxime hanc definitionem confirmat: nam res testatoris legatæ nō perueniunt ad heredem, seu heres eas non consequitur, sunt enim legatarii & fideicommissarii, non heredis. Ex iisdem verbis definitionis superioris efficitur, quod Iustinianus *hac l. §. vltim.* constituit, nempe si plures erunt heredes testatoris & a quibusdam relictum sit in portionem singulorum, solum teneri hypothecaria eas res, quæ sunt singulorum, non autem res coheredis, quoniam coheredis ad alterum coheredem non perueniunt.

Nunc autem Iustinianus vult solum eas res teneri, quę ad heredem peruenerunt. Sit hoc exemplum: Duo sunt heredes instituti, ab his 100. legata sunt. Mortuo testatore singuli debent 50. Sic enim diuiduntur inter heredes ea, quæ sunt in nominibus, *l. ea quæ, supr. famil. erciscund.* Dicimus si vnus ex his portionem non soluat, posse res has testatoris, quæ ad eum peruenerunt, conueniri hypothecaria actione. Res autem quæ ad alterum peruenerunt heredem, conueniri eo nomine non possunt, neque earum rerum possessores.

Huic loco opponitur, *lex secunda, infr. si vnus ex pluribus hered.* vbi pro eo, quod vnus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conueniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio & pignus a defuncto inceperint, cum defunctus debere cœpit pecuniam, & in eam pecuniam res eius sunt obligatæ. Quemadmodum pro etiam minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatæ, *leg. si rem, §. omnis, de pignor. actio.* Sic debitæ mortuo, pro quacunque parte huius debiti, omnes res eius tenebuntur. Itaque pro debito vnius heredis, etiam res alterius coheredis conuenientur, si testatoris fuerunt, nam prius erant obligatæ. Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, *leg. secunda, §. ex his, de verborum obligation.* Et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris, *dict. leg. secunda, infr. si vnus ex pluribus hered.* At hic agitur de legato & fideicommisso, huius obligatio ab heredib. incipit, & propterea ab his quoque incipit pignus & hypotheca, cuius consequens est, non noua aut singulari ratione iuris, sed communi, vt in id, quod singuli heredes debent, non possint obligati esse, nisi res quæ sunt singulorum, quia pignus oportet esse cum constituitur in bonis debitoris, *leg. cum res, infr. si aliena res pignor. dat.*

Sed nec semper in omnibus legatis & fideicommissis hypothecaria actio locum habet, etiam aduersus res, quę testatoris fuerunt, & ad heredem peruenerunt, quoniam interdum non est necessaria. Id contingit liberatione rei legatæ, cuius consequendæ nomine nihil amplius habet debitor, quam exceptionem, si conueniatur, aut actionem in personam ex testamento, vt liberetur per acceptilationem. In rem agere non potest, quia liberatio non est rei, quæ sit in dominio nostro: hypothecaria etiam non potest agere, quia pignus tantum huc spectat, vt agenti cautum sit.

Liberatione autem legata satis debitori est consultum, quia propter exceptionem liberationem iam consecutus intelligitur. Id traditur *in leg. prima, §. si debitori, de vi in possess. legat.* Hypothecaria, vt dixi, in rem actio est, vnde intelligitur, hanc non competere, nisi aduersus eos, qui res testatoris, quæ ad heredem peruenerunt possident, aut dolo malo desierint possidere. Ceterum si possident, aut dolo desierunt possidere, omnes tenebuntur, & maxime extranei, a quibus nihil est relictum, *leg. si fundus, §. in vindicatione, de pignor. dict. leg. 2. infra. si vnus ex pluribus.*

Notandum est, non tantum has actiones tres legatorum aut fideicommissorum nomine proditas esse, aduersus heredem, a quo quid relictum est: sed etiam proditas esse aduersus legatarios & fideicommissarios singulares, a quibus rursum alteri quid legatum aut fideicommissum est, quod nominatim cauetur *in hac leg. §. sed hoc depofuimus.* Exempli gratia, Testator ita scripsit: *Fundum Tusculanum primo do lego, ab eo peto, vt ædes illas det secundo.* Dicimus secundo aduersus legatarium primum, item de eo, quod a primo est relictum heredibus, has actiones tres competere, in personam, in rem, & hypothecariam. Sed vnde in personam actio aduersus legatarium? Respondeo ex eo, quod legatum fundi agnoscendo, intelligitur tacite etiam se voluntati defuncti subiecisse, & ita quasi contraxisse cum fideicommissario secundo, *vt supra, de hered. ad. dictum.* Vnde autem actio in rem huic fideicommissario secundo? Respond. Ex eo, quod vbi primus fundum legatum agnouit, statim ædes in fideicommissarium sunt translatæ, si etiam testatoris fuerunt & primo legatario simul legatæ sunt, alioqui si ædes testatoris non fuissent, aut fuissent quidem, sed non primo essent legatæ, aut non potuissent a primo restitui, secundi fideicommissarii fieri non possent. Hypothecariam autem actionem fideicommissario secundo competere sic intelligendum est, si a primo legatario alia res sit relicta, quam quæ primo legata erat, vt in specie proposita fundus primo legatus erat, ædes secundo: hoc casu dabitur secundo hypothecaria aduersus fundum primo legatū. Quod si propo-

neremus fundum primo legatum, & ab eo petitum esse, vt fundum huic secundo restitueret, non posset actio hypothecaria secundo hoc casu competere. Non enim potest competere de aliis rebus, quia hæ testatoris fuerunt. Rursum non potest competere de fundo legato, quia hic incipit transire a primo ad secundum ipso iure, *leg. neque pignus, de regulis iuris.*

14 Notandum † præterea, quod in eodem §. *sed hæc, h.* dicitur, fideicōmissario & legatario relictum non valere, nisi aliquid lucri legatario accesserit. Hoc falsum prima fronte videri potest. Nam certi iuris est, quantum cuique testamento datum est, tantum ab eo fideicommitti posse, *Institut. de singul. rebus, & in princ. & §. primo.* Idque adeo verum est, vt si id, quod est legatum, iussus sit legatarius totum restituere, quartam ex lege Falcidia deducere non possit, quod tamen beneficium heredibus tribuitur, *l. lex Falcid. §. vlt. ad legem Falcidiam.*

Ideo veteres quidam moti sunt hoc loco. Existimauerunt enim his verbis huius legis, emendari legem l. Falcid. *§. vltim.* & rem hanc deduci, vt nunc etiam ex legatis & fideicommissis Falcidia detrahi possit a legatario & fideicommissario, a quibus supra dodrātem legati aut fideicommissi est relictum. Sed hoc aut imperite fit, aut veteratorie. Nam cum constet, quid Iustinianus hoc loco senserit, aut imperitia est non intelligere, aut veteratorium contemta sententia verba captare. Apparet vero, Iustinianum hic sentire, non valere fideicommissum relictum legatario, si legatario nihil lucri accedat, & cum ab illo fideicōmissum relinquitur, est præstandum. Ceterum si eo tempore aliquid lucri ad eum peruenit, Iustinianus sentit tantundem ab eodem relinqui posse. Id enim postea apud Iustinianum sequitur. Itaque, si quid in prioribus verbis ambiguum est, ex sequentibus interpretari debemus, ita manebit semper ius vetus, in legatariis & fideicommissariis legem Falcidiam locum non habere, id quod legis Falcidiæ verba diserte exprimunt.

*Ad L. 2. Omne verbum.*

Idem A. Iuliano præfecto prætorio.

*Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est, siue directis verbis, quale est,* iubeo, *forte: siue precariis vtatur testator, quale est,* rogo, volo, mando, fideicommitto: *siue iuramentum interposuerit: cum & hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente* ὀρέγω, *partib. autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus, &c.*

SVMMARIVM.

1 *Constitutionis huius capita duo.*

1 HVius † constitutionis duo sunt capita. Primum: *Quibuscunque verbis testamento quid relictum sit, relictum valere, dummodo intelligatur, quid senserit testator.* Secundum huiusmodi, *eandem naturam esse legatorum & fideicommissorum.* De priore capite etiam prioribus constitutionibus Imperatorum cautum erat, *leg. in legatis, de legat. leg. quoniam, supra, de testament.* quibus in locis diximus. Exæquatio fideicommissorum & legatorum, est Iustiniani propria, de quo attigimus supra l. 1. Dixi autem plenius tit. *de fideicom.*

*Ad L. 3. Si duobus.*

Idem Augustinus Ioanni præfecto prætorio.

*Si duobus vel tribus hominibus, vel pluribus forte optio serui vel alterius rei fuerit relicta, vel si vni quidem legatario optio serui vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes: dubitabatur inter veteres si inter legatarios, vel heredes legatarii fuerit certatum, & alter alterum seruum, vel alteram rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse & sortem inter altercantes adhibendam, vt quem sors pratulerit, is quidem habeat potestatem eligēdi: ceteris autem æstimationem præstet contingentium eius partium, id est, seruis quidem & ancillis maiorib. decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimandis: minoribus vero decem annis, non amplius quam decem solidos computandis. Sin autem artifices sint, vsque ad triginta solidos, æstimatione eorum procedente, siue masculi, siue fœminæ sint: exceptis notariis, & medicis vtriusque sexus: cum notarios quinquaginta solidis æstimari velimus, medicos autem & obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis, vsque ad triginta solidos valentibus: maioribus vero vsque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, vsque ad septuaginta.*

SVMMARIA.

1 *Vbi plures, quibus optio est relicta, discordant in eligendo, sorte dirimitur.*
2 *Incertum vbi est, cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet.*
3 *Duobus cum res legata est, inter legatarios scindetur legatum.*
4 *Optione secuta, perinde est, quasi sine optione legatum esset.*
5 *Constitutioni huic quando locus sit.*

TEstator ita scripsit: *Primo & Secundo, Stychi aut Pamphili optionem do.* Item, cum Titio Stychi aut Pamphili optio esset legata, Titius priusquam optaret, decessit, prioribus heredibus relictis, vt iam incipiat optio Stychi aut Pamphili ad duos quoq; pertinere. Si ambo legatarii in vnum aliquem ex his seruis consentiant quem optent, is debebitur, si alienus est siue testatoris, is legatariorum proprius esse incipit, *leg. apud, de optione legat.* Sin iam legatarii inter se dissentiant, atque ita se mutuo impediant, quo minus hic vel ille seruus eligatur, hic singulare & nouum ius est constitutum. Huiusmodi † nempe controuersiam tunc inter legatarios 1 dirimendam esse sorte, vt cui obtigerit sors, is solus electionem habeat. Hoc amplius, cum quis optauerit, rem, quæ electa est, solius eius in dominio esse, qui optauit, hac tamen lege, vt portionis alii collegatario debitæ æstimatio ei præstetur. Deinde addit, quanti seruus sit æstimandus.

Nouum autem non est & singulare, quod res in hac specie sorti committitur. Nam per sortem vni datur optio, cum secundum regulam iuris, vbi † incertum est, cui ex pluribus aliquid detur, nul- 2 li certo dare oportet, *l. si fuerit legatum, de rebus dub.* Sed hoc constitutum est a Iustiniano, ne voluntas defuncti intercidat, si dissentientibus legatariis nulla sit optio. Præterea & illud præcipue singulare est,

quod

quod ei, cui sors obtigit, Iustinianus totã rem optatam tribuit: nam duobus hæc res legata est secũdum
3 regulam iuris, cum duobus † res legata est, inter legatarios scindetur legatum, *l. cui fundus, de condit. & demonstr.* Nec ad rem pertinet, quod in hac specie v-
4 ni tribuitur optio: Nam optione † secuta, perinde habetur, quasi sine optione legatum esset, *l. apud, de opt. legat.* Sine optione autem res duobus legata ex æquo, ad vtrumque pertinebit, *vt dixi.* Sed tamen non est iniquum, quod hic Iustinianus constituit, propterea, quod in hac re æqualis est vtriusque legatarii conditio, nam sors a principio tam potuit vni, quam alteri contingere. Hæc æqualitas facit, vt neuter in hac re iniuria afficiatur, *argumen. l. de fideicommis. supr. de transactio.* Et si is qui non optat, putat sibi damnosum esse, quod partem rei non habeat, de se queri debet, quia per eum factum est, vt res ad sortem deduceretur, cum ipse non consentiret, qui seruus optaretur.

5 Notandum est autem † huic constitutioni tunc demum esse locum, cum res vna, ex duabus pluribusue, legata est duob. aut pluribus, nempe ea, quę optata erit. Diuersum est, si duobus res diuersæ sint legatæ, qui tamen mutuo dissensu se impediant, quod contingit in hac specie, cum duobus eiusdem fundi vsusfructus legatus est alternis annis. In hac specie placet si legatarii concurrerent in eundem annum, eos se impedire, neque res sorte dirimitur, *leg. 2. §. vlt. quibus modis vsusfruct. amittatur.* Hæc ratio est, quia in hac specie vtrique legatario suus vsusfructus diuersorum annorum alternorum legatus est, non debet sorte hæc controuersia dirimi, quia si sors vni dederit electionem primi anni, tamen alteri legatario suam electionem, & suum vsumfructũ adimere non debet. In specie autem huius loci, optio vni ex legatariis per sortem tributa, alteri legatario non adimit, vt mox dicemus.

Rursum animaduertendum est, tunc sorti locum esse in hac specie, cum duob. optio legata est rerum legatarum. Diuersum est, si optio actionum tributa est lege pluribus legatariis. Exempli caussa, is cui fundus erat legatus, priusquam constitueret de legato, decessit duobus heredibus relictis. Hi heredes duas actiones habẽt ad legatum persequendum, vindicationem & actionem ex testamento, sed sub electione vt eam ex his quam velint eligant, *l. cum filius, §. variis, de legat. 2.* Placet in hac specie, si hi heredes consentiant, qua actione agant, eos recte ea actione experiri, sin autem dissentiant & vnus velit rem vindicari, alter velit in personam agi aduersus heredem: placet eos se mutuo dissensu impedire, nec res sorte dirimitur, *l. huiusmodi, §. vltim, de legat. 1.* scilicet, quia alia caussa est actionum plurium, pluribus tributarum, & alia rerum legatarũ. Nam cum optio rerum legata est, & vni ex legatario optio ea tribuitur, nihil adimitur collegatario. Non optio, quia eam neuter prius habuit, quia ea ante optionem neutri debetur, & neutrius est, *dict. leg. opt. de opt. leg.* At plures actiones legati nomine competentes statim a principio loco heredum, etiam antequam eligant qua experiantur. Proinde vni electionem dabimus, ne ei electionem dando, alteri coheredi actionem ipsi quæsitam adimamus, quod est contra ius contraque æquum & bonum, *l. vltim. C. de pact. l. horreum, de euictionibus, leg. secunda, de his qui sunt sui, &c.* Exemplum, *leg. sancimus, §. sin autem in huiusmodi, infra, de donat.* ad hunc locum plane nihil pertinet, quia illic optio non duobus datur, sed vni.

*Ad §. Sed etsi quis optionem.*

*Sed etsi quis optionem serui vel alterius rei reliquerit, non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non potuerit, vel morte fuerit præuentus: & in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: vtrumne legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, vt viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: Ita tamen vt non optimum ex seruis vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediæ æstimationis: ne, dum legatarium satis esse fouendum existimamus, heredis commoda defraudentur.*

SVMMARIA.

1 *Optio quando & quibus casibus ad legatarium transeat.*

SI optio Stychi aut Pamphili alicui legata sit, quando non legatarius, sed Titius extraneus optarit secundum verba legatarii, optio non est. Si Titius extraneus vel non possit, vel nolit optare, Iustinianus constituit, duobus hisce casibus † optionem ad 1
legatarium transire: vno si mortuus erit Titius, quia iam certum sit, illum optare non posse: altero si viuus optare nolit aut non possit & vnus annus præterierit, ex quo optare debeat. Hic opponitur, *lex 1. de legat. 2.* vbi traditur, legatum in alterius extranei arbitrium collatum, videri in arbitrium boni viri collatum, ita vt nullam conditionem, nullamque moram recipiat, secundum quam sententiam in proposito dici debuit, vt videtur, Titio non arbitrante confestim optionem legatario dari debere, quia bonus vir ita arbitraretur, & quia non deberet exspectari longior mora.

Respond. Aliud est conferre in arbitrium extranei aliquid, aliud in optionem & electionem. Extranei arbitrium significat voluntatem cum iudicio & æquitate coniunctam, quod illis exprimitur verbis, si arbitratus fuerit, si existimauerit, si putauerit, si ei videbitur, *leg. 40. §. quanquam, de legatis tertio.* At electio & optio nudam & veram voluntatem eligentis continet, vt possit qui eligit eligere etiam deterius, prout ipsi libitum fuerit: cum in voluntatem interdum alterius aliquid confertur ab ea voluntate non receditur, *leg. si sit legatum, de legatis primo.* Proinde merito hic exspectatur, donec Titius moriatur, aut intra annum non possit aut nolit optare.

Sed ex hac solutione incidemus in contrariam difficultatem. Nam si optio in voluntatem meram collata est, non modo aliquod tempus exspectari debet dum optet, sed etiam illo non optante, optio erit nulla, nec ad alium recurret, *leg. vltim. supra, de contrahend. emtio. leg. si quis arbitratu, de verborum obligatione.*

Respondeo, secundum verba ita etiam dici debuit in proposito, sed Iustinianus defuncti spectauit sententiam: nam optionem in personam Titii cõtulit, nõ Titii sed legatarii caussa. Proinde æquum, hanc legationem ad legatarium suo tempore redire. Cur igitur non statim ad collegatarium transfertur, vt sic voluntas defuncti confirmetur? Respond.

Mediam viam est secutus Iustinianus in voluntate obscura, vt in rebus obscuris & perplexis fieri cōsueuit, *§. penult. quibus ex caus. manum. l. vlt. in fin. si pars hered. pet.*

*Ad §. Sed quia.*

*Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis, & fideicōmissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem & hypothecarias dedimus, & in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est: & ad hanc legem peruenimus. Nemo itaque heres ea, quæ per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda vel pignoris vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: Sed sciat hoc quod alienum est non ei licere, vtpote sui patrimonii exsistens, alieno iuri applicari: quia satis absurdum est, & irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisue nomine obligare vel manumittere, & alienam spem decipere.*

SVMMARIA.

1 *Actionis in rem de rebus legatis & fideicōmissis constitutæ effectus.*

2 *Res pure aut in diem legata fideicommissaue ab herede neque alienari neque pignori obligari, neque manumitti potest.*

1 IN his,† quæ sequuntur, cōstituitur effectus actionis in rem de rebus legatis & fideicommissis constitutæ. Ergo si rei legatæ aut fideicommissæ dominium in legatarium aut fideicommissarium transit, *ex leg. prima, supr. hic*. Consequens † est, quod hic dicitur, rem pure, aut in diem legatam fideicommissamue, ab herede neque alienari, neq; pignori obligari, neque manumitti posse. Consequens igitur, quia si legatarius & fideicommissarius domini sunt, heres non est dominus. Porro qui non est dominus, dominium transferre non potest, *leg. traditio, de pacto & acquirendo rerum dominio*, qui rem non habet, transferre non potest, *l. & quæ non dominum, §. 7. infr. de pignor.* nec potest quis manumittere seruum, qui seruum in sua manu & potestate non habet.

Et hæc ita dicit Iustinianus se constituere, quamuis secundum veterem dispositionem aliud obiectur. Quod ideo dicit, quia fideicommissi dominium non transibat in fideicommissarium olim, sed tantum dabatur fideicommissario in personam actio, eademque actio sola in legatis locum habebat, quæ relicta erant per donationem, *Theophil. § primo, de leg.* Nunc sublata & legatorum & fideicommissorum differentia, consequens fuit, vt de omnibus constitueret id, quod hic constituit. Iuris autem illius antiqui: quod dixi, licere etiam heredi res fideicommissas alienare, argumentum est certum, *l. si heres, §. 7. ad Trebell.*

Animaduertendum puto in fideicommisso hereditatis, si heres ignarus fideicommissam rem aliquam hereditariam bona fide vendiderit, dum putat expedire, & vendiderit ignoranti, hoc casu venditionem seruandam esse, vt & olim, *§. vltim. leg. 2. de legat. 2.* Neque obstat constitutio, quia cum fideicommissum hereditatis relinquitur, videntur singulæ res relictæ, aut pretium earum, & pretium tantum, vbi heres, vendidit eas res bona fide, ignarus fideicommissas esse.

*Ad §. Sin autem sub conditione.*

*Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum vniuersitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione: melius quidem faciet, si & in his casibus caueat ab omni venditione vel hypotheca, ne se grauioribus onerib. euictionis nomine supponat. Sin autem auaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem vel hypothecam prosiluerit: sciat quod conditione impleta ab initio caussa in irritum deuocetur, & sic intelligenda est: quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec vsucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, siue pure, siue sub die certo, siue sub conditione, siue sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

SVMMARIA.

1 *Res sub conditione legata aut fideicommissa, pendente conditione ipso iure est heredis: proinde eam ipsi distrahere licet.*

2 *Secus, si conditio legati aut fideicommissi exstiterit.*

3 *In emtorem si dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri possit.*

CONsequens etiam superioribus id, quod hic cauetur, si res † sub conditione legata aut fideicommissa sit, pendente conditione ipso iure est heredis, ac proinde interim omnia tribuuntur heredi, quæ domino, *leg. quæ post. §. primo, Dig. famil. herciscund. leg. prima. §. Serui, ad Trebell.* 1

Proinde heres pendente conditione rem legatam distrahet, & in emtorem transferet dominium, vtpote in dominum, *§. per traditionem, de rerum diuis.* Sed † si conditio legati aut fideicommissi exstiterit, eueniet contra, vt legatarius aut fideicommissarius rem vindicare possint, quasi prius nulla venditio præcessisset, scilicet, quia conditione exsistente legatarius & fideicommissarius domini esse incipiunt rei legatæ aut fideicommissæ. Idemque in rebus legatis olim ius fuit, ne quis putet ius per omnia hic nouum constitui, *l. seruo legato, §. primo, de legat. 1.* Sed non omnium rerum legatarum aut fideicommissarum dominium, transibat in legatarium aut fideicommissarium, *vt supra dixi:* Et circa has res Iustinianus hic ius nouum constituit. Sed † cum in emtorem dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri potest? 2 3

Respond. Soluto iure dantis, soluitur ius accipientis, *leg. l. vectig. de pignor.* Heredis ius in re sub conditione legata, soluitur impleta conditione, proinde, necesse est eadem conditione solui ius emtoris.

*Ad §. vltim. Emtor.*

*Emtor autem sciens rei grauamen aduersus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplæ stipulatione neque melioratione locum habente: cum*

*te, cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione aduersus debitorem competente: vt ex omni parte omnique studio id, quod semper properamus, ad effectũ perducatur, & vltima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emtoribus integra iura, & nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Datum Kalend. Septemb. Constant. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

S V M M A R I A.

1 *Re legata aut fideicommissa vendita, & emtori a legatario & fideicommissario euicta, quomodo consulatur emtori ob euictionem.*

SI heres rem legatam aut fideicommissam vendiderit, ea res emtori a legatario & fideicommissa-
1 rio euinci potest, vt supra dixi. Re † euicta quomodo consuletur emtori ob euictionem? Hic duo singularia cõstituuntur. Primũ, si emtor nominatim sibi cauerit de euictione, tunc hæc pœna aduersus eũ constituitur, ne agere possit ex stipulatione & cautione. Rursum, quamuis nihil cauerit de euictione, tamen constituitur, vt habeat regressum aduersus heredem venditorem saltem, vsque ad pretium quod dedit. Hoc quoq; singulare & contra ius, quia ei qui sciens rem alienam emit, actio de euictione non datur, *l. si fundum, infr. de euict.* Sed Iustinianus prius constituit recte, coercendi emtoris caussa. Posterius autem constituit per consequentiam prioris, quoniam qui in vna re oneratus est emtor, debuit alia parte subleuari, *l. eum, qui, de iureiurand.*

*Ad Authen. Res quæ.*

*Res quæ subiacent restitutioni, prohibentur alienari quidem, vel obligari. Sed si liberis portio legitima nõ sufficit ad dotis siue donationis propter nuptias obligationem: permittitur res prædictas in eam caussam alienare vel obligare pro modo honestati personarum congruo. Ea enim, quæ communiter omnibus prosunt, his quæ specialiter quibusdam vtilia sunt, præponimus.*

S V M M A R I A.

1 *Filii aut filiæ heredes instituti, rogati hereditatem restituere, ante omnia legitimam portionem habere debent.*

1 SI filii † aut filiæ heredes instituti, rogati sint hereditatem restituere, hi ante omnia legitimam portionem habere debẽt. Quod si aut dotem aut donationem propter nuptias dederit, prius ea soluere debent de legitima sua, si legitima non sufficit, possunt deducere de bonis paternis, aut aliter consequi id, quod ad donationem aut dotẽ præstandam sufficiat, vsque adeo, vt in eam caussam alienari possint & retineri res restitutioni subiectæ, quæ exceptio est superioris constitutionis. Hunc locum mihi videtur Accursius recte exposuisse *in Nouell. de restitut. & ea quæ ponit in Nouell. nempe, §. quam ob rem, ad verba, si non suffecerit.*

*Ad L. 14. Eam quam.*

Impp. Valerianus & Galienus AA.
Falconi.

*Eam quam frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hereditate decesserit: cum tamen simpliciter antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos: nihil prohibet fideicommissum petere, vel ab ipsius heredibus, vel ab his qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere: cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cum illa ipsa sic data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam quasi scripta heres non fuerit iure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit: & consequenter ipsius heredes petitione fideicommissi respondere coguntur. PP. XIIII. Cal. Decemb. Valeriano III. & Galieno II. Coss. 256.*

S V M M A R I A.

1 *Facti species ex verbis rescripti sigillatim demõstrata.*
2 *Dubitandi in proposito caussæ, & ex his quæstio.*
3 *Hereditate simpliciter iussa restitui quibusdã, omnes heredes rogatos videri de ea restituenda; scriptos, si hereditatem adierint; & his non adeuntibus heredes legitimos. & num.* 8.
4 *Generalem & indefinitam orationem de restituenda hereditate id efficere, & quo exemplo.*
5 *Directam substitutionem non adita hereditate euanescere, fideicommissariam manere, si testator hoc animo sit, vt hereditas sua restituatur a quibuslibet heredibus: differentiæ ratio exposita.*
6 *A legitimis heredibus qui quid præstari iubet testamento, satis declarat, se velle, vt ea scriptura in eum casum habeatur pro codicillis.*
7 *Adoptata puella si a patre instituta esset, futurum fuisse vt viua omnimodo patri demortuo, heres exsisteret. quo casu fideicommisso obligari quam recte hic dicatur.*
8 *Summa rescripti.*
9 *Regula iuris, ea quæ testamento relinquntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere, quam rationem habeat.*
10 *Hactenus iure communi veram esse, nisi testator velit scripturam testamenti pro codicillis valere, aut quod idem est, velit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab heredibus legitimis præstari.*
11 *Hinc exceptiones variæ ex eodem fonte natæ iure cõmuni? & quæ sint.*
12 *Eiusdem regulæ & iure singulari quasdam exceptiones esse, tum quæ in hoc numero habendæ sint, aut non sint.*
13 *Lectio vulgaris vitiosa, Eam quam, & non aliter recte legi posse, quam Ea quam.*

TEstator puellam adoptauerat, sed non iure, vt postea compertum est. sic enim Falco consultor 1
asseuerabat, vt indicat extremum rescripti. Finge testatorem absentem arrogasse, vel testatorem gessisse tutelam puellæ? quibus casibus arrogatio non valet. *l. neque ei l. neque absens. & l. seq. D. de adop.* Is testator siue ꝙ puellam haberet pro iusta filia, siue quod putaret filiam non esse, eam heredem testamento instituit, non vt filiam, id est, non ita, vt filiam nominaret; sed solum illam heredem instituit suo nomine, vt patet ex his verbis, quæ sunt in principio. *Ea quam frater tuus heredem instituerat.* Quod dicimus, vt sciamus eam puellam potuisse hereditatem adire, si vellet: quæ alioqui non potuisset, si vt filia fuisset instituta. *l. 5. supra de test. l. nec apud supr. de hered. inst.* Hoc amplius testator voluit eodem testamento ei puellæ quosdam esse substitutos, puta Primũ & Secundum. Ei, subintellige *mortuæ*, quod intelligitur ex his ver-

bis rescripti; peti fideicommissum potest vel ab eius puellæ heredibus. Non sunt heredes, nisi demortui. Item dicitur in extremo, si heres factus decesserit. Sed testator voluit ei substitutos quosdã verbis precariis, vt adiicitur in rescripto, id est, verbis fideicommissi, quæ verba quæ sint, traditur *in §. vlt. Inst. de sing. reb. per fidei. relict.* Itaque hic sensus est: testator voluit quibusdam hereditatem suam restitui. Adiicitur in rescripto, testatorem voluisse quosdam esse puellæ substitutos, antequam intra duodecimum annũ decederet. Nam diximus hos esse substitutos non viuenti, sed mortuæ. Adiicitur amplius, esse substitutos simpliciter. Quod habet hanc sententiam? testatorem ita voluisse hereditatem restitui, si puella intra duodecimum annum decessisset, vt cum id dixisset, nihil amplius adiiceret, sed solum diceret se velle hereditatem illis & illis restitui. Ita in summa institutio & fideicommissum testamento relictum sunt eiusmodi: *Sempronia puella mihi heres esto: si Sempronia intra duodecimum ætatis annum decesserit, volo hereditatem meam restitui Primo & Secundo:* vt intelligamus hic non fuisse substitutionem directam, sed fideicõmissum, quod testator voluerit relinquere non ab hoc, vel illo herede, sed simpliciter restitui, quisquis heres eam hereditatem obtineret. Dicitur autem hoc fideicommissum substitutio, & fideicommissarii dicuntur hic substituti, quia etiam fideicommissum substitutionis nomine continetur, diciturque vsitate substitutio fideicommissaria. *l. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. subst.* Mortuo testatore, post etiam puella intra duodecimum annum decessit non adita hereditate, vnde quæstio maxime huius loci, vt declarant ea verba rescripti: *Nam quod traditur.* Hinc enim euenit, vt cum puella non esset sua heres defuncti, vt pote non legitime adoptata, & extranea hereditatem non adierit: euenit, *inquam*, vt non quæsita hereditate decesserit: & simul vt testator decesserit intestatus, vt pote, testamento eius, nemine herede exsistente, irrito facto. vt est definitio intestati *in Inst. de hered. quæ ab intest. def. in pr. l. 1. in fi. D. de ini. rup.* Intestati hereditas post filios & parentes ad proximos agnatos & cognatos pertinet. *Inst. de succes. agnat.* in quo numero est defuncti testatoris frater Falco, qui eo nomine etiam fratris intestati hereditatem adiuit, & intestati iure eam hic obtinet. Fideicommissarii Primus & Secundus petunt ab eo, vt sibi restituat hereditatem ex caussa fideicommissi superioris, cuius conditio exstiterit.

2 Falco † negat fideicommissum se debere, & ita se tuetur. Fatetur fideicommissum peti potuisse, si puella hereditate quæsita decessisset, siue quod exstitisset ipso iure heres, siue quod extranea hereditatem adiuisset. Nam hoc modo confirmatum esset testamentum, & per testamentum ea omnia, quæ testamento cauta essent; sic deinde puella hereditatem quæsitam transmitteret ad heredes suos, *leg. 1. supr. de iur. deliber.* Ab his fideicommissum recte peti potuit, quia videtur puella rogata esse, aut heredes eius. Nunc autem puella decessit non quæsita hereditate. Non enim exstitit ipso iure heres, quoniam non fuit filia defuncti, multoque minus in defuncti potestate, vtpote quæ non fuerit iure adoptata, vt intelligitur ex definitione suorum *in §. 1. Instit. de here. quæ ab intest. & §. sui. eodem titul.* Sed nec extranea hereditatem adiuit, de quo constabat. Hoc concesso, defendit se fideicommisso non teneri duabus rationibus. Vna est, quod etsi fideicommissum valeret, tamen relictum non est a legitimis heredibus, cui consequens est fideicommissum tantum deberi vel a puella, vel a puellæ heredibus. Ipse autem puellæ heres non est, sed defuncti fratris, qui intestatus decessit. Altera, quod etsi fideicommissum hoc nominatim relictum esset ab heredibus legitimis, tamẽ frustra relictum esset, quia non esset adita ex testamento hereditas. Efficiturque id regula iuris, qua traditur, ea quæ in testamento relicta sunt, non valere, si ex eo non adeatur hereditas. Quæ regula hanc rationem habet, quod nõ potest ex testamẽto quidquam valere, nisi aut tanquã ex testamento, aut tanquã ex codicillis. Sunt enim hæ tantũ duæ species supremarum voluntatum *l. fidem, l. vlt. §. vlt. supr. de cod.* Testamẽtum irritum factum, vt testamentũ valere non potest. nec potest valere vt codicilli, cum testator nominatim non cauit, vt tanquam codicilli valeret, *l. coherede. §. cum filiæ. D. de vulgar. substit. leg. prima, D. de iur. codicill.* Quæstio, an fideicommissum debeatur, & an a Falcone legitimo herede fratris peti possit?

3 Respondent † Imperatores, fideicommissum deberi, siue ea puella, quam testator instituit, decesserit quæsita hereditate, siue hereditate non quæsita: atque ita fideicommissum peti posse, vel ab eius puellæ heredibus, vel ab iis, qui intestati hereditatem possident, qualis est Falco consultor: non tamen vt ab his, vel illis peti possit eodem tempore, sed diuersis, prout puella quæsita hereditate decesserit, aut non quæsita hereditate. Peti ab eius heredibus poterit, si ipsa heres exstitit. sic enim hereditatem quæsitam transmittit ad heredes suos: quam deinde illi possunt restituere. Peti autem potest ab heredibus legitimis defuncti, cum puella non quæsita hereditate decesserit. sic enim fit testator intestatus, vt proinde eius hereditas ad legitimos eius heredes pertineat. Neque vero tenentur restitutione fideicommissi seu hereditatis, nisi heredes, qui hereditatem possident. Vtut autem ab his aut illis petitio futura est, illud manet, fideicommissum in proposito peti posse ab heredibus legitimis, si puella non quæsita hereditate decessit.

Ad primam defensionem Falconis respondetur in illis verbis; *cum tamen simpliciter.*

4 Est enim † hic sensus: non obstat quod fideicommissum relictum non est ab heredibus legitimis. Sane enim expressim ab his relictum non est: sed generaliter satis relictum intelligitur. Nam testator simpliciter voluit, hereditatem suam restitui Primo & Secundo, simpliciter, id est, generaliter & indefinite; sine expressione personæ, a qua hereditatẽ restitui vellet. Generali oratione omnes heredes continentur, ad quos ea hereditas peruenire potest, *argumento in l. si seruitus. D. de seru. vrb. præd.* Proinde continẽtur heredes tam puellæ, quam heredes legitimi defuncti. Idque simpliciter respondetur in hac specie, vt veteres responderunt in edicto: *Quod metus caussa* Edictum ita scriptum est, *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. leg. prima, D. quod metus caussa.* Non dixit prætor, *quod gestum est ab hoc vel illo:* non dixit *ratum non habebo aduersus eum, qui vim fecit*, sed simpliciter & generaliter, *ratum non habebo.* Inde veteres edictum sic acceperunt, quasi polliceretur prætor, se ratum non habiturum aduersus omnes, qui commodum ex vi sensissent, quia

edictum

edictum non esset in personam, sed generaliter conceptum, & in rem, *leg. metum autem. §. vltim. ff. quod metus caussa.* Sic in proposito, quia testator voluit simpliciter hereditatem suam restitui, nec adiecit ab hoc aut illo, intelligere debemus voluisse cum hereditatem suam restitui ab omnibus heredibus, ad quos ea hereditas peruenisset.

Secundam rationem & defensionem Falconis remouent Imperatores in illis verbis, *Tunc enim locum habet.* Est enim hæc sententia: quod diximus, etiam hoc fideicommissum peti posse ab heredibus, qui intestati bona possident; non est in eo metuendum, quod dicitur de viribus fideicommissi. Nam etiam tunc, cum puella non quæsita hereditate decessit, fideicommissum valet, quia testator ab intestato restitui voluit.

5 Non † obstat, quod regulariter traditur, ea quæ in testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere. Nam id tunc locum habet, cum hereditas verbis directis relicta potuit adiri, supple *ex substitutione:* de quo genere hic agitur; id est, tunc locum habet cum substitutio fuit directa, hoc modo: *si puella intra duodecimum annum decesserit, primus & secundus heredes sunto.* Idque hanc rationem habet, quod testator ex hac substitutione vult hereditatem suam capi ex testamento; quoniam institutio omnis nisi ex testamento non valet. Quod si ex testamento; non vult hereditatem ab intestato capi. Pugnant enim ex testamento, & ab intestato, & si vni caussæ locus est, alteri locus esse non potest. *l. quamdiu potest. l. illud. ff. de adquirend. heredit. l. ius nostrum. de regulis iur.* Diuersum est, cum hereditas ex substitutione fideicommissaria ita data est, vt esset ab intestato a successoribus postulanda, aiunt Imperatores, id est, cum ita data est, vt præstari deberet ex voluntate defuncti etiam ab heredibus ab intestato succedentibus. quod hic factum est, *vt supra demonstrauimus.* Et habet hæc sententia hanc rationem, quod cum testator voluit hereditatem deberi etiam ab intestato, hoc ipso probauit, se velle tunc eam præstari, cum testamentum non valeret. Nam si valeret, vtique ab intestato hereditas non deferretur. *l. illud. ff. de adquiren. heredit.*

6 Sed hæret † adhuc hic scrupulus, quem Imperatores attingere non videntur: quod fideicommissum hoc non potest deberi ab intestato, nisi ex codicillis. Sunt enim tantum hæ duæ species supremarum voluntatum, *vt supra dixi.* Iam vero non potest tanquam ex codicillis deberi, vbi testator non expressit, vt tanquam codicilli valerent. *d. l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vulg. subst.* Verum satis hoc significasse intelligitur testator, cum voluit hereditatem etiam ab intestato restitui: non enim potest restitui ab intestato, nisi ex codicillis. Proinde hoc prius voluisse intelligitur, vt ea scriptura testamenti pro codicillis valeret. Nam quoties aliquid volumus, ea etiam omnia velle intelligimur, sine quibus ad illud prius perueniri non potest, *l. 2. ff. de iurisd. d. l. illud. ff. de adq. hered.*

Sequitur in rescripto; *Quod rescripsimus.* Hæc verba subiecta sunt vitandæ reprehensionis caussa, quæ ex proximo responso oriri poterat. Est enim hic sensus: quod proxime diximus, in eum casum, quo puella hereditate non quæsita decessit; ne videatur inepte dictum in puella, vt nunc proponitur, adoptata, quasi potius videatur dici debuisse, decessisse eam quæsita hereditate, quia si fuit iure adoptata, & manserit in potestate defuncti, etiam defuncto exstiterit sua heres, neque in eo desideret aditionem. *§. sui. Inst. de her. quæ ab intestat. defer. l. in suis. ff. de suis & leg. her.* Hoc enim rescripsimus, inquiunt, sequentes asseuerationem tuam, qui proposuisti puellam non fuisse iure adoptatam. Quod si verum est, & non adita hereditate puella decessit, consequens est, eam non quæsita hereditate decessisse. Ad hanc consultationem tuam, rescriptum nostrum accommodauimus. Ceterum si puella fuit iure adoptata, & in familia defuncti relicta est; hæc defuncto patri adoptiuo heres exstitit, ac propterea quæsita hereditate decessit: quo casu multo magis valebit fideicommissum; sed quod ab heredibus puellæ peti debeat, non a te, qui eius puellæ heres non es.

Quod † dicunt Imperatores, puellam hanc heredem factam decessisse, si in familia relicta fuit, sic iure plenius colligitur, quod paulo ante obiter attigi. Si puella iure adoptata est a defuncto, fuit olim in defuncti potestate. Vt enim natura iusti liberi fiunt nuptiis; sic iure ciuili adoptione: & vtroque modo liberi subiiciuntur patris potestati. *l. 1. ff. de adoption. Instit. eod. in pr.* vtque adoptiui dicuntur esse in patris adoptiui potestate: sic dicuntur esse in patris familia eodem sensu. Nam familia significat omnes personas, quæ sunt in alicuius potestate. *l. pronuntiatio. §. 1. ff. de verborum signific.* vnde dicuntur arrogati transire in ius & familiam patris arrogatoris. *l. penult. §. vltim. ff. de bon. poss. sec. tab.* Si puella semel potestati patris per adoptionem subiecta, in potestate & familia retenta est, apparet eam in potestate morientis patris fuisse. Retinetur autem in familia, si aperte non emancipatur a patre viuo, & in ciuitate manente. *§. præterea. Instit. quibus modis ius patriæ potestat. solu.* Qui liberi sunt in potestate morientis patris, hi sunt patri sui heredes, siue sint naturales, siue adoptiui *§. 1. Instit. de her. quæ ab intest.* Porro ius certum est, suos heredes statim heredes defuncto patri existere etiam inuitos, multo magis ignorantes, vnde non solum impuberes, sed etiam furiosi statim sui heredes exsistunt. *§. sui. Inst. de her. quæ ab intest.* Recte igitur dicunt Imperatores, puellam hoc casu heredem factam decessisse. quæ ipso iure & statim heres facta est. Quod secundo loco significant, puella ita herede facta fideicommissum deberi, manifestã rationẽ habet. Nam cum suus heres exstitit, testamẽtum confirmatur; vtpote quod heredẽ habere cœpit. *l. cum quasi. § sed etsi quis. ff. de fidei. lib.* Confirmato testamento nihil dubii est, quin omnia valeant, quæ testamento relicta sunt. Quod dicunt tertio loco, hoc casu fideicommisso respondere debere heredes puellæ, id est, fideicõmisso obligari, non Falconem consultorem; hoc quoque certa ratione iuris defenditur. Non enim possunt teneri ad hereditatem restituendam, nisi qui iure hereditatem obtinent. Cum autem puella semel heres exstitit, hereditatem sibi quæsitam ad heredes suos transmittit. *l. 3. §. de iur. delib.* Quapropter non alii heredes obligari possunt, vt eam hereditatem restituant, quã heredes puellæ, ad quos hæc hereditas rediit.

His † cognitis statuatur iam rescripti summa, duabus his sententiis velut capitibus comprehensa. Vna est, cum testator post mortem heredis instituti vult hereditatem suam quibusdam restitui, & ita vult vt simpliciter dicat se velle eam restitui, id est, generaliter & indefinite, non expressa persona heredum, a quibus fideicommissum restitui vellet; his verbis

videri eum compendio sermonis rogasse omnes heredes, ad quos ea hereditas peruentura est; etiamsi sint heredes legitimi. Altera est, quoties testator fideicommissum præstari voluit, etiam ab intestato ab heredibus legitimis, toties etiam non adita ex testamento hereditate fideicommissum deberi, neque huc pertinere regulam iuris qua traditur, ea quæ testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas non valere. Quorum ratio est exposita.

Sed quoniam prius extra speciem huius loci statuitur superior regula, cuius velut quædam exceptio est, quod hic traditur; locus flagitat, vt in eam ipsam regulam hic inquiramus, videamusq;, num extra hunc locum: sit perpetua si non est, quas habeat exceptiones, & quam cum definitione generali iuris consentientes. Idque eo visum est faciendum diligentius, quod si vera sunt ea, quæ excipiuntur ab Accursio, & si recte ad hanc regulam accommodantur, innumeris in caussis hæc regula falsa est. Quod longe aliter se habet. quin ex illis exceptionibus quædam falsę sunt, bona pars non modo a regula non recedit, sed etiam eam maxime confirmat. Sed & in illis, quæ veræ sunt, tradendis explicandisque, ne iuris ratio secum pugnare videatur, dexteritas quædam est: quæ bonis illis veteribus iniuria temporum sæpe defuit. hic maxime. Quare quæ ad rem pertineant, hic præcipue videndum puto.

9 Principio † regula hanc rationem habet, quam dixi. Si quid testamento relictum valet, necesse est aut testamento valere, aut codicillis. Non enim pluribus modis supremæ voluntates valent. *l. vlt. §. vlt. C. de cod.* Hereditate non adita, atque hoc modo testamento irrito facto, ea quæ testamento relicta sunt, certum est ex testamento, quod nullum esse cœpit, deberi non posse. Atqui nec possunt deberi ex codicillis; quia testator testamentum facere voluit, non codicillos. *l. 1. ff. de iur. codicil. l. ex ea scriptura. in pr. ff. qui testament. facere poss.*

10 Hoc † tamen posterius ita, nisi testator eam scripturam, quam pro testamento instituebat, voluerit etiam pro codicillis valere, idque testamento declarauerit. Tum enim commutata ratione superiore, fit iure communi, vt quæ ea scriptura relicta sunt, valeant tanquam ex codicillis, voluntate testatoris id postulante. quæ iam proprie non exceptio est regulæ, sed interpretatio. Exceptio est, si ad verba referas: interpretatio, si ad sententiam. quoniam sententia regulæ ad hunc casum non pertinet. Traditur autem hæc sententia multis locis. *l. vlt. §. 1. s. de cod. d. l. ex ea scriptura. § 1. ff. qui test. fac. poss. l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vulg. substit.* Ergo idem iuris est, vbi testator voluit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab intestato ab heredibus legitimis præstari: quoniam hoc idem valet, atque si de codicillis expressisset. Neque enim relicta deberi possunt ab intestato, nisi testamento irrito constituto, & id tanquam ex codicillis. expressa est rursum hæc sententia *in l. ex testamento. j. hoc tit.* significatur *in d. l. ex ea scriptura. in fi. item & in hac l. ea quam.*

11 Solum † hic videndum est, quando testator id, quod testamento reliquit, velit etiam ab intestato præstari. Nam quibus rebus id constabit, in his omnibus dicemus, id, quod relictum est, etiam non adita hereditate deberi; nempe ab intestato ex voluntate testatoris. Hæc autem voluntas testatoris intelligitur ex eo, si testator voluerit post mortem heredis instituti hereditatem restitui quibusdam, idque simpliciter dixerit se velle, nulla expressa persona heredum, a quibus restitui vellet. Nam his verbis indefinitis & generalibus intelligitur comprehendisse de omnibus heredibus, ad quos eius hereditas peruenisset. hæc est propria species huius rescripti. Idem de voluntate testatoris colligitur, cum testator testamento obnixe rogauit heredem suum, & per Deum, vt aliquid Titio præstaret. obnixæ voluntatis preces, inquit Papinianus, ad omnem successionis speciem porrectæ videntur. Ideo ex voluntate testatoris heres præstabit, non tantum si hereditatem adierit ex testamento, sed etiam si testamentum imperfectum sit, & adierit ab intestato. *l. cum pater. §. cum filius. ff. de leg. 2.* Eadem voluntas testatoris collecta est ex persona eius, cui testamento quid præstari voluit, si hæc duo concurrant; nempe si testator eam personam dilexerit vnice, & in legando eam dilectionem verbis significauerit. Quod placuit in persona eius testatoris, qui testamento alumnæ suæ libertatem dedit, & præterea quædam præstari voluit. in qua specie scriptum est *in l. in testamento. ff. de fid. liber.* non solum alumnæ libertatem constitutam esse, sed etiam ea, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse: reddita hac ratione, quia filius pius debuerit patris voluntatem sequi in ea, quam pater vnice dilexit, & alumnam nominauit. Probatur argumento *l. Antoninus. in fi. ff. de fidei. liber.* vbi si testator paganus iusserit seruum suum testamento liberum esse, & ei voluerit aliquid amplius præstari, placet hereditate ex testamento non adita solam libertatem fauore libertatis ei seruari; fideicommissum autem ex testamento irrito non deberi. Cur hæc tam varie? quia testator neque hunc seruum dilexit, neque si dilexisset, de hac caussa dilectionis quidquam significauit verbis, vt tunc fecit, cum aliquid puellæ legauit, & addidit alumnæ meæ. In quibus omnibus caussis apparet, non nouas exceptiones regulę nasci; sed declarari tantum, quando testator videatur voluisse a se relicta etiam ab intestato præstari. Itaque summa huc redit; iure communi hereditate ex testamento non adita, nihil in eo testamento scriptum valere; nisi testator vt valeret, voluerit. quod duobus casibus velle intelligitur. vno, si nominatim voluit scripturam testamenti quouis iure valere. altero, si voluit quod testamento relictum erat, etiam ab intestato præstari. quanquam vterque casus idem efficit. Nam qui vult scripturam etiam iure codicillorum valere, vult eam valere ab intestato; quia sublata caussa testamenti sola caussa intestati relinquitur: & vice versa, qui vult relictum ab intestato præstari, hoc ipso vult præstari ex codicillis; quia ex suprema voluntate nihil possit deberi, nisi aut testamento, aut codicillis, *vt ante dixi.*

Et † hæc iure communi ita sunt. ceterum singulari quodam & proprio iure receptum est, quibusdam in caussis, vt hereditate non adita nihilominus valeant, quæ testamento relicta sunt, etiam præter voluntatem testatoris, qui non voluit aliud facere quã testamentum. In quibus vere dixerimus consistere superioris regulæ exceptiones. Primum id receptum est in eo herede, qui testamento scriptus, ab intestato possidet hereditatem: si modo in fraudem omissa caussa testamenti possideat. quod edicto prætoris effectum est aduersus calliditatem heredum. *l. 1. ff. si quis om. caus. test.* Deinde generaliter constitutionibus Iustiniani receptum id est, quoties certis ex caussis re- 12

sis rescinditur institutio, vt ea rescissa, hereditas ad alios quam heredes scriptos pertineat. Rescinditur institutio constitutionibus Iustiniani, præteritis aut immerito exheredatis liberis, vel parentibus. Rescissa institutione ex caussa præteritionis vel exheredationis, nihilominus cetera testamento relicta firma manent. *auth. ex caussa. ꝟ. de lib. præt. vel exh.* Hęc exceptio continet speciem. *l. cum mater. ff. de inoff. test. & l. vlt. ff. de her. inst.* vbi mater filiam præteriit aliis heredibus institutis; sed ideo, quia falso rumore allato audierat filiam decessisse. Placuit Principibus illius temporis, filiam heredem esse ex tacita voluntate testatricis; sed nihilominus legata debituram hac ratione, quod si mater sciuisset filiam viuere, eam instituisset. Iustinianus autem multo plus complexus est constitutione sua. Voluit enim institutione ex caussa præteritionis vel exheredationis rescissa omnino legata deberi, etiamsi parens consulto filiam præterierit aut exheredauerit. Proinde hac constitutione multo magis superior species continebitur: vt valde ineptum sit propter eam speciem nouam exceptionem fingere. Eadem constitutione continentur legata, quę petita bonorum possessione contra tabulas ex edicto præstanda sunt certis personis, nempe parentibus & liberis. de quo *in l. 1. ff. de leg. præst.* Ea enim constitutione efficitur, vt petita bonorum possessione contra tabulas ex caussa præteritionis legata præstentur omnibus, non tantum parentibus & liberis, sed etiam maxime extraneis. Quare ne in his quidem legatis, quæ ex edicto præstanda sunt parentibus & liberis, nouam exceptionem introducere oportuit. Rescinditur præterea institutio, si liberi vel cognati captiuum testatorem non redemerint, aut redimendum curauerint, ita vt ex hac caussa exheredari possint. Hoc amplius etsi sint heredes instituti, placet eos, qui in suprascripta caussa sint, ad hereditatem non admitti: vt necesse sit hereditatem ab his adiri non posse. Et tamen hoc placuit cum hac exceptione, vt legata eo testamento relicta præstentur. *auth. si captiui. ꝟ. de sacrosanct. eccles.* Rescinditur etiam institutio alia constitutione Iustiniani ex hac caussa, si liberi parentem furiosum neglexerint, aut contra. Itaque quamuis ante furorem filius institutus esset a patre; tamen ob hanc caussam heres non erit patri. Sed ita, vt placeat nihilominus cetera firma manere. *auth. liberi furiosi. ꝟ. de epis. aud.* quæ tria ad vnam illam exceptionem generalem pertinent, quam secundo loco posui, & iure singulari constituta esse apparet. Postremo singulari iure receptum est in libertate, quæ testamento perfecto relicta est, vt hæc debeatur, quamuis ex testamento adita non sit hereditas. *l. Antoninus. in fi. ff. de fideicom. liber.* Quo exemplo recte defendetur etiam, hereditate ex testamento non adita deberi ea, quæ ad pias caussas relicta sunt, puta in pauperes, aut in institutionem iuuentutis. Pietatis enim caussa non minus fauorabilis est, quam libertatis. Ad superiorem regulam non pertinent eæ caussæ, ex quibus hereditas heredi tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur. Nam in his caussis omnibus heres, quamuis indignus, nihilominus heres est, & hereditatem recte adit ex testamento, licet ei tanquam indigno postea auferatur hereditas. *l. ex facto. §. vlt. ff. de vulg. subst.* Et quamuis heres scriptus non adierit, tamen fiscus in eius locum succedit, & tanquam si heres institutus esset, sic hereditatem potest adire, vt iure priuati heredis in eo vtatur. *l. fiscus. ff. de iur. fis.*

Ita etiam secundum suprascriptam regulam, cum hereditas ab indigno fisco vindicata est, nihilominus legata debebuntur a fisco quia hereditas adita est. *l. 3. §. cum ex caussa. ff. de iur. fis.* Quocirca male ex superiore regula excipitur species. *l. 3. ff. de his quæ in test. del.* vbi si testator nomen heredis induxerit consulto, placet sic institutiones in eo herede non valere, vt nihilominus legata debeantur. Etenim in hac specie hereditas heredi, cuius nomen inductum est, tanquam indigno aufertur, & vindicatur fisco; nempe quia ex testamento prius adita est. *l. cum quidam. ff. de his quæ vt indig. auf.* Nihilo rectius excipitur species, *l. 1. § sed si legatum. ff. si quis aliquem test. prohib.* vbi placet si quis prohibuerit aliquem libere testari, & heres sit institutus, & ab eo relicta legata, hereditatem ei tanquam indigno auferri, & nihilominus legatum præstari debere. Eadem ratio est *l. cum fisco. ff. de sena. Syllan.* vbi ideo heredi hereditas tanquam indigno aufertur, & adiicitur fisco, quia non est vltus mortem eius, cui successit. Regula superior concepta est de eo testamento, ex quo non est adita hereditas. In suprascriptis autem caussis hereditas aditur, vel ab herede scripto, vel a fisco: vt appareat, quod diximus, has caussas ad regulam non pertinere. Neque vero nisi ineptissime a regula excipi potest, quod regula non continetur: vt, ridiculus sit omnino, si quis dicat se legare libros suos omnes exceptis lapidibus, qui sunt in cœnaculo.

Expendenda † est lectio, quæ est in principio rescripti. Vulgaris lectio est, *Eam quam.* Alii legunt, *Ea quam.* Prior lectio defendi nullo modo potest neque recto ordine sermonis, neque figurato. Nam si recto sermone ita legimus: *Nihil prohibet eam fideicommissum petere, quam frater tuus instituerat heredem*; sententia aperte falsa est. Non enim ea puella fideicommissum petit, cui fideicommissum relictum non est, sed fideicommissarii ab ea petunt. Quod si legimus, *Nihil prohibet fideicommissum peti eam*, pro *ab ea quam frater tuus heredem instituit*: hic quoque sententia manifeste falsa est, & aliena. Nam proponitur in rescripto puella iam decessisse. a puella mortua fideicommissum peti non potest, etiamsi proponeremus eam adhuc viuentem rogatam restituere hereditatem fideicommissariis. Deinde repugnat contextus & structura orationis, quo minus ita interpretemur. Sequitur enim continenter nihil prohibet fideicommissum peti vel a puellæ heredibus. Dicendum igitur prius fuisset, *nihil prohibet fideicommissum peti vel ab ea puella, vel ab eius heredibus*, vt sic oratio cohæreret casibus. Sunt, qui lectionem defendant figura orationis Græca, vt sit, *eam quam*, pro, *quam eam*, vt in illo loco Virgilii: 13

*Vrbem quam statuo, vestra est.*

quod defenditur conuersis verbis, vt sit, *quam vrbem statuo, vestra est* Sed in verbis huius rescripti nihil est simile. Recte enim & naturaliter dicimus *quam vrbem*, vbi adiectiuum & substantiuum naturaliter coniunguntur. At *quam eam*, nullo sensu nulla ratione sermonis recte dicere possumus, vbi vtrumque est adiectiuum. Restat igitur, vt legamus, *ea quam frater tuus.* Estque hæc structura orationis: *Siue ea, quam frater tuus instituit, quæsita, siue non quæsita hereditate decessit; nihil prohibet fideicommissum petere substitutos vel ab eius puellæ heredibus, vel ab iis qui bona intestati tenent; dum testator voluit ei quosdam substitutos, idque verbis precariis, & simpliciter.*

## AD TITVLVM XLVIII. COD. Ad Senatusconsultum Trebellian.

### SVMMARIA.

1 *Fideicommissa hereditas quid?*
2 *Ratio inscriptionis siue rubricæ.*
3 *Ordinis & methodi ratio late explicatur.*
4 *Differentiæ duæ inter fideicommissum hereditatis, & fideicommissum rerum singularum.*
5 *Summa huius loci quinque quæstionibus proposita.*
6 *Heres an fideicommissum restituere debeat.*
7 *Fideicommissum quando recte relictum dicatur.*
8 *Si heres institutus, rogatus restituere, hereditatem adire nolit, vt ita fideicommissum intercidat, quid constitutum sit.*
9 *Fideicommissum quando restitui debeat.*
10 *Quid & quantum veniat in restitutionem fideicommissi.*
11 *Fructus rerum hereditariarum an fideicommissario restituendi sint.*
12 *Heres quando moram in restitutione facere dicatur.*
13 *Hereditas quomodo restituatur.*
14 *Quis restitutionis effectus.*

HOc titulo agitur de fideicommissis hereditati-
1 bus. Est † autem fideicommissa hereditas, de qua restituenda aliquis rogatus est: nam fideicommittere vt restituat, & rogare vt restituat idem valent. Sunt enim omnia verb. fideicom. *Instit. de fidei-*
2 *com.* Quod autem † inscribitur ad Senatusconsultum Trebell. eo fit, quia hoc Senatusconsulto de restitutione fideicommisso hereditatis cautum est. Inde inscriptio eiusdem tit. *Instit. de fideicommissis hered. & ad Senatusconsultum Treb.* vbi & res, de qua agitur, & ius,
3 quo de ea re cautum est, coniuncta sunt. Sed † cum fideicom. hereditas sit species fideicommissi, cur de hac ipsa tractatum non est supra tit. *de fideicom. rerum singularum?* Resp. Quia fideicommissi heredit. proprium quoddam ius est, separatum a iure fideicom-
4 missi singularum rerum. Sunt † enim duæ hic differentiæ: nam si cui singulæ res aut legatæ aut fideicõmisso relictæ sunt, is cogere non potest heredem, a quo relictæ sunt, vt hereditatem adeat & legata præstet: at quisquis est, qui heres rogatus est restituere hereditatẽ vniuersorum bonorum, is heredẽ cogere potest, vt hereditatẽ adeat & restituat, *l. nam quod. §. vlt. & seq. ff. eod.* Altera est, quod omne legatũ & fideicommissum singularũ rerum ad legatarium pertinet sine vllo onere æris alieni. Contra is, cui hereditas ex fideicommisso restituitur, obligatur omnibus oneribus hereditariis vt heres, *l. vlt. ȝ. de hered. act. l. si hered. ff. de vend. l. 1. ff. eod.* Sed cur non prius de fideicõmissis hereditatibus actum est, quã de fideicommissis rerum singularũ, cum in Institutionibus id sit factum. Prior enim est titulus de fideicõ. hereditatib. sequitur alter de singulis rebus per fideicommissum relictis. Et vere p̃stantior est hereditas, quã singulæ res, vt videatur de hereditate restituenda prius agi debuisse? Respond. Si res relictas tantum inspiceremus, prius de hereditate fideicom. restituenda agi oportuit: res enim maior est & præstantior rebus singulis, vniuersitas his rebus, quæ vniuersitate continentur. Sed sub hoc titulo non agitur tantum de fideicommissa hereditate restituenda, sed fideicommissi imminutione, quæ constituta est Senatusconsulto Peg. *§. sed quia heres. Inst. de fideic. hered.* Hanc imminutionem non spectamus; naturæ ordo postulat, vt priori loco de rebus testamento relictis agatur, quam de relictis minuẽdis. Qua ratione factum est, vt post tractationem hereditatum testamentariarum, item agnatarum & fideicommissarum, ad extremum sit subiecta tractatio ad l. Falcid. qua lege de minuendis legatis cauebatur. Sed cur ob hanc caussam non præponitur titulus ad l. Falcid. vt in Instit. & ff. est factum? Respond. Vterque ordo, & qui hic seruatur, & qui seruatur illic, rectus est, & suam rationem habet, prout diuersas res spectamus. Lex Falcid. de legatis minuendis prius lata est, quam SC. Trebell. constitutum. Hoc amplius, quod SC. Peg. cautum est, vt heres rogatus hereditatem restituere, possit retinere quartam ad exemplum l. Falcid. *cautum est d. §. sed quia. Instit. h.* Proinde cum & tempus spectamus, quo hæc l. constituta fuit, & similitudinem, quam legislatores hic secuti sunt, prius est, vt de l. Falcidia cognoscatur, quam de Senatusconsulto vel Treb. vel Peg. Prius enim est id, ex quo exemplum deducitur, quam exemplum quod inde ducitur.

Rursum quoniam sub hoc titulo ad Senatusconsultum Trebell. non tantum de imminutione fideicommissi, sed etiam hereditatis restitutione agitur, non male fit, si habita rei, de qua agitur, ratione, prius de fideicommissi hereditate agitur, hac lege, quam de sing. legat. & fideicom. quæ lege Falcidia minuũtur. In summa † de fideicommissis hereditatibus re- 5
stituendis his locis breuiter continetur. Nam cum constabit aliquem heredẽ rogatum esse a defuncto, vt hereditatem restituat, primo quærendum est, an fideicommissum restituere debeat, secundo loco, si restituere debet, quando debeat, tertio, quid & quãtum veniat in eam restitutionem: quarto, quomodo hereditas restituatur: postremo, restituta hereditate, quid inde apud heredem maneat, quid in fideicommissarium transferatur, & in summa restitutionis effectus quis sit.

Prima quæstio † est, an fideicõmissum heres resti- 6
tuere debeat? Dicimus fideicõmissum omne, quatenus fideicõmissum est, iure valere, sed non continuo fideicõmissario hereditas restitui debet, sed his cõditionibus, si & fideicõmissum recte relictum est, & is qui rogatus est adierit, vel quo alio modo acquisierit hereditatem. Recte † fideicom. hereditatẽ relinquit, 7
si rite relinquitur & ab his a quibus oportet, & quando oportet. Rite relinquitur citra controuersiam testamẽto. *§ inprimis. Inst. eod.* sed & rite relinquitur codicillis. Quod n. dicitur hereditatẽ codicillis dari nõ posse, tunc locum habet, cum hereditas directo datur, quod fit herede instituto aut substituto, nõ etiam cum hereditas relinquitur verbis precariis seu fideicõmissariis, *l. 2. ȝ. de codicill.* Quisquis autẽ est, ad quẽ hereditas nostra peruentura est, recte rogatur, vt eam restituat, vt sunt primo scripti a nobis. *d. §. inprimis*, deinde etiã heredes legitimi, nam & ab intestato fideicommissum relinqui potest. Hoc amplius & hi omnes, quibus ex fideicõmisso hereditas nostra restituta est, quoniã & hi heredũ loco habentur, vt postea dicetur. *Hæc in §. præterea. vers. tum autẽ. Inst. h.* Porro hic autẽ fideicõmissa hereditas recte relinquitur, vt & pure & sub conditione, & in diem seu ex certo die recte relinquatur, *d. §. inprimis. vers. potest autẽ.* in quo ꝓprium ius fideicõmissarum hereditatum constituitur. Nam hereditas directe ex certo die & ad certum diem dari nequit: sed si dies adiectus fuerit vitio tẽporis sublato, pro pura habetur, *§. heres. de hered. inst.*

*l. hereditas 34. ff. eod.* Quod, vt dixi, in fideicommiſſa
hereditate danda contra obſeruatur, & merito: quia
vbi quis heres directe ad diem inſtitutus eſt, nemo
ante diem eſt heres, qui ſoluat creditoribus heredi-
tariis, quod contra fit, cum quis heres inſtitutus rogatus
eſt, poſt annũ hereditatẽ reſtituere: nam interim he-
res inſtitutus eſt heres, & idẽ qui creditoribus here-
ditariis reſpõdeat. Non eſt ſatis fideicõmiſſum recte
relinqui, vt is, qui rogatus eſt, reſtituere debeat, niſi
prius & ipſe hereditatẽ adeũdo acquiſierit. Natura e-
nim nemo reſtituere poteſt, quod non habet, nec vnquã
habuit: hereditas autẽ heredi non niſi adeundo aut pro
herede gerendo acquiritur, *§. vlt. de her. qual.* Quid i-
8 gitur † fiet ſi heres inſtitutus rogatus reſtituere here-
ditatem, eam adire nolit, vt ita fideicõmiſſum inter-
cidat? Aduerſus hoc periculũ proſpectum eſt SCto
Treb. & Peg. Nam quoniã ita iuſſerat, vt nemo inuit[9]
hereditatẽ adire cogeretur, quoniã aditio voluntate
conſtat, *l. nec emere. ff. de iur. delib.* Ideo placuit initio
heredes inſtitutos & rogatos hereditatẽ reſtituere,
adeoq; ceteros heredes eodẽ modo inuitare ad here-
ditatẽ adeundã: primo, periculi aditionis metu amo-
to: ſecundo, premio [illegible] adeunti cõſtituto. Metus o-
nerũ hereditariorũ iuſtus eſt in herede, qui heredita-
tem adit: nam hereditas adita heredẽ obligat ære ali-
eno, etiãſi ſoluendo non ſit, *l. mora. de acq. her.* Nec ad
rem prodeſt heredi, ſi eam hereditatẽ poſtea reſtituat:
nam qui ſemel heres exſtitit, iure ciuili heres eſſe nõ
deſinit. *l. ait prætor. §. ſed quod Pap. de minor. & l. ei qui,
de heredib. inſt. §. reſtituta hereditate.* Itaq; non dubiũ eſt,
quin hoc metu territi heredes, qui rogati erant here-
ditatẽ reſtituere, non facile adire hereditatẽ vellent.
Proinde hoc metu primũ liberati ſunt SCto Treb.
quo effectũ eſt, vt quæ actiones iure ciuili heredi &
in heredẽ competunt, hæ ei & in eum dentur, cui ex
fideicõmiſſo reſtituta eſt hereditas, *l. 1. h.* Sed reſtabat
adhuc hoc incommodum, quod obſtabat heredi-
bus, quo minus hereditatem adirent, quã rogati erãt
reſtituere, quia nollent hereditatẽ adire ſine vllo aut
peexiguo lucro. Quare & huic incõmodo proſpectũ
eſt SC. Peg. quo cautum eſt, vt heredib. rogatis here-
ditatẽ reſtituere, non minus quartam partẽ retinere
liceat, quam per l. Falcidiam de ſingulis legatis reti-
nere conceditur. *§. ſed quia heredes. h.* His rebus fiebat,
vt inuitati heredes ad adeundam hereditatem facili-
us adire vellent hereditatem: ſed nondum tamen his
rebus perficiebatur, vt hereditatem adirent. Nam fi-
eri poterat, vt vel non neceſſario metu mouerentur,
vel conſulto hereditatem adire nollent, quo noce-
rent fideicommiſſario, vel quo voluntas ſuprema in-
terciderer. Idcirco viſum eſt eodẽ SCto Peg. heredi-
bus adire recuſantibus neceſſitatẽ imponere. Placuit
igitur, vt deſiderante fideicommiſſario, cui hereditas
reſtituenda eſt, & poſtulante ſuo periculo heredita-
tem adiri, cogatur heres per prætorem hereditatem
adire & reſtituere, ſine vlla exceptione, *l. 4. l. nam
quod. §. vlt. de codicill. §. ſed ſi recuſabit. h.* Idque vſque
adeo, vt quamuis heres vltro hereditatem repudiaſ-
ſet, nihilominus tamen deſiderante fideicommiſſa-
rio adire cogeretur. *l. nam quod. in pr. ff. eod.*

Hereditate hoc modo adita, cũ & fideicõmiſſum
valeret, nihil aliud relinquitur heredi rogato, niſi vt
9 hereditatem reſtituat. Sed † quãdo reſtituere debet,
ſtatimne an poſtea? quod ſecundo quærebatur. Res
poſita eſt in volũtate defuncti: ſi ſub cõditione fidei-
cõmiſſum relictũ eſt, tunc debebitur, cum conditio
exſtiterit; ſi pure, ſtatim & præſenti die debebitur. Hæc
vis eſt & cõditioni & aditioni adiecta. *l. 1. de cõd. & de-
monſtr. §. omnis. de verb. oblig. l. cedere diem, de verb. ſig.*

Tertiũ ſequitur, † vt videndum ſit, cum hereditas 10
reſtitui debeat, quid & quantũ reſtituat? Et quid re-
ſtitui debeat poſitũ eſt in verbi ſignificatione: here-
ditatẽ iuſſus eſt reſtituere, proinde id venit in reſtitu-
tionem, quod hereditate cõtinetur, id eſt, quod defuncti
fuit cum moreretur, *l. in fideicom. §. quoties eod. l. here-
ditas. de reg. iur. l. nihil aliud. de verb. ſig.* Hereditatis
verbo eadẽ continentur, quæ verbo bonorũ, *l. 1. 2. 3.
de bon. poſ.* Bonorũ a. appellatione non tantũ res cor-
porales continentur, ſed iura & actiones, quæ defuncto
cõpetebant, *l. bonorũ. de ver. ſig.* Proinde quæcunq; a-
ctiones defuncti fuerint, hæ in fideicõmiſſariũ ſunt
trãsferendæ, *l. poſthumos. §. vlt. ff. eo.* Quæſitum † eſt de 11
rerũ hereditariarũ fructibus, an & hi reſtituendi ſint
fideicõmiſſario? Et placet, ſi hi poſt hereditatẽ aditã
ab herede percepti ſint ante reſtitutionẽ hereditatis,
eos duob. tantum caſib. reſtitui debere. Vno, ſi teſta-
tor voluerit reſtitui, *l. in fideicom. pr. ff. eo.* Altero, ſi mo-
ra facta ab herede percepti ſint, *l. eod.* In quo ius pro-
priũ legatorum & fideicõmiſſorum notãdum eſt. Nã
in ceteris actionib. omnib. in perſonam, quib. nõ pe-
timus quod antea noſtrum fuit, fructus etiã poſt moram
non præſtantur, *l. videamus. §. actionẽ. de vſur.* præterquã
in bonæ fidei iudiciis, *l. mora §. in bonæ fid. ff. eod.* Sed
placuit in hanc rem legata & fideicõmiſſa bonæ fidei
iudicio comparari. *l. 3. ff. eod.* Moram † autem facit 12
heres in reſtitutione hereditatis, cum a fideicommiſ-
ſario interpellatus opportuno loco & tempore, non
reſtituit, *l. mora. de vſur.* Quod ſi fructus ante moram
ab herede percepti ſint, neque de his reſtituendis ro-
gatus ſit, hi in reſtitutionem non veniunt. *d. l. in fidei-
com. in pr. & §. quoties. eod.* Quia, vt ibi ſcriptum eſt, ii
magis rebus accepto ferendi ſunt. Senſus eſt, quia ni-
hil ab herede reſtitui debet, niſi quod eſt hereditari-
um, ſeu quod iure hereditario receptum eſt. Fructus
enim ex rebus hereditariis non tam iure heredi-
tario ſeu ex hereditate percipere heres intelligitur, quam
ex rebus ipſis, quæ poſt aditam hereditatem deſie-
runt eſſe hereditariæ & cœperunt eſſe heredis, *l. heres
in rem, de acq. hered. l. cum heredes. de acquir. poſſeſ.*

Sed diligenter notandũ eſt, hoc dici de fructibus
ab herede perceptis: proinde ſi vſuræ & penſiones ex
cauſſa hereditaria debitæ nondum ab herede exactæ
ſunt, nõ ſiunt heredis, ſed actio ad eas petẽdas tota in
fideicõmiſſarium trãsfertur, *l. poſtulãte. §. vlt. ff. h.* Hoc
amplius exigimus, vt fructus percepti ſint poſt aditã
hereditatẽ, vt ſic fiant heredis. Nã ſi ante hereditatẽ
aditã percepti erunt, hi in reſtitutionẽ venient, quẽ-
admodum qui viuo adhuc teſtatore ſunt percepti. *l.
[illegible]amen. verſ. 1. in fin. ff. eo.* Et merito. Nam fructus vi-
uo teſtatore percepti facti ſunt teſtatoris, proinde in
hereditate eius reperiuntur. Porro fructus mortuo
teſtatore ante aditã hereditatem percepti a defuncto
intelliguntur, quia hereditas iam adita defuncti ſu-
ſtinet perſonam, *l. hereditas. de acq. rer. dom.* Hæc ſunt,
quæ in reſtitutionẽ hereditatis veniunt, ſed ita veniunt,
vt debeant reſtitui tota, niſi quando ex SC. quarta
pars apud heredem manere debet. Intereſt igitur, v-
trum heres volens adierit hereditatem an coactus. Si
volens adiit, quartam retinere poteſt ex Senatuſcon-
ſulto: Quod ſi coactus adiit, totam reſtituere cogi-
tur, quod retinere non potueſt, ita vt nullum com-
modum ex hereditate ſentiat, *l. 4. ff. eod.*

13 Quartum † sequitur, quomodo hereditas restituatur. Restitutio hereditatis non continetur cassatione rerum, vt fit in rebus corporalibus, quæ non nisi traditione transferuntur, *l. tradend. ꝟ. de pact.* Sed sola voluntate hereditas restituitur, siue verbis hanc voluntaté declaret heres, siue re aliqua & facto. Verbis, vt si aperte dicat fideicommissario, se illi hereditatem restituere. Re & facto, si vel rem vnam minimam hereditariam restituat fideicommissario, vt velit hereditatem illi restitutam esse. *l. restituta. ff. eod.* Ita restitutio hereditatis, quemadmodum & aditio hereditatis, sola voluntate perficitur, dum tantum restituatur fideicommissario, qui restitutionem admittit, quod facere potest præsens vel absens per nuntium, *l. epistolam. d. l. restituta. ff. eod.*

14 Restituta † hereditate extremo loco de effectu restitutionis quæritur. Hic comprehensus est SCto Treb. quo, vt supra dixi, effectum est, vt omnia commoda hereditaria, & item incommoda, in fideicommissarium transferantur, *d. l. restituta.* Quo SCto effectum est, vt fideicommissarii, quibus hereditas restituta est, heredum loco adeant omnia, *l. postulante. §. vlt. ff. eod.* Et hoc fit in totum, quoties tota hereditas fideicommissario restituta est. Quod si heres voluntate testatoris, aut beneficio SCti huius, quartam retinuerit & dodrantem fideicommissario restituerit, euenit, vt diuidantur inter eos actiones hereditariæ, item commoda & incommoda, pro portionibus vnicuiq; competentibus, ita vt heres pro quarta parte teneatur creditoribus hereditariis ipso iure, item & legat. & fideicom. his rebus omnibus teneatur vtili actione ex SCto sublato iure veterum, quo obseruabatur, vt fideicommissarius tantum teneretur stipulationibus interpositis inter eum & heredem, de quo videndum est, quid Iustinianus iubeat in *d. §. restituta. §. quia hereditate. §. sed quia stip.* Vtriusq; diuisionis exempla & confirmatio petenda sunt *ex l. 12. h.* Altera verba inscriptionis huius tituli, de incertis personis, non sunt ferenda. Non enim agitur hic de incertis personis.

*Ad L. 1. Si ex.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Probo.

*Si ex Senatusconsulto quartam partem hereditatis retinuisti, & dodrantem fideicommissario restituisti: quod creditoribus hereditariis pro nouem vnciis præstiteris, a fideicommissario petere potes. PP. 15. Kal. Apr. Laterano & Rufino Coss. 195.*

S V M M A R I A.

1 *Restituta hereditate fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis iisdem actionibus, quibus heres.*
2 *Heres si quarta parte retenta ex SC. dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, & creditoribus hereditariis, quod debebatur, soluit, solutum pro dodrante a fideicommissario repetere potest.*
3 *Quid si soluerit nondum restituta hereditate, nec retento eo quod soluit, restituat hereditatem, an solutum itidem pro dodrante repetere possit.*
4 *Qua actione id repetere possit.*
5 *Notanda hic quæ sint.*

SI actiones quæ iure ciuili in heredem competunt, transeunt in fideicommissarium restituta hereditate, vt transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano, *l. 1. ff. h. Senatusconsult. d. l. h.* consequens est, † restituta 1
hereditate, fideicommissarium teneri creditoribus hereditariis iisdem actionibus, quibus heres teneretur: nam onus æris alieni heredis est, *l. vlt. ꝟ. de hered. act.* Si fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis, consequens est, quod hic dicitur, si heres † quarta parte retenta ex Senatusconsulto dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, & is heres creditoribus hereditariis soluerit, quod debebatur, eum pro dodrante repetere posse a fideicommissario, quod soluit: consequens ideo, quia ea solutione fideicommissarium liberauit, quod facere potuit, etiam pro inuito soluendo, *l. soluendo. de neg. gest.* eum liberando, negotium eius gessit: negotiorum alterius gestio, est negotiorum gestorum eius, qui gessit, aduersus eum, cuius negotium gestum est. *l. 1. 2. de neg. gest. l. 3. ꝟ. de neg. gest.* Et hoc expeditum est, vbi heres restituta hereditate iam soluit creditoribus: sic enim, vt dixi, soluendo, vere fideicommissarium liberauit, qui iam teneri cœperat. 2

At quid si heres † nondum restituta hereditate 3
soluerit creditoribus, deinde non retento eo, quod soluit, restituat hereditatẽ, an quod soluit poterit itidem repetere pro dodrante a fideicõmissario? Mouet dubitationem, quod heres ante restitutam hereditatem soluendo, negotium suum gessit, non fideicommissarii, seu vere se liberat, non fideicommissarium. Nam fideicommissarius nondum restituta hereditate non obligatur actionibus hereditariis, quæ tunc solum transferuntur, cum restituta est hereditas, *d. l. 1. h.* Ita solus heres actionibus hereditariis tenebatur, & quia solus tenebatur, soluendo se solum liberat, eoque & solius negotium suum gerere videtur, atque ita efficitur, vt nullam negotiorum gestorum actionem habeat aduersus fideicommissarium. Hic rescriptum est, etiam hoc casu heredem, qui creditoribus soluit, repetere posse a fideicommissario, quamuis soluerit non restituta hereditate.

Sed qua † actione? Ait Accursius, negotiorum gestorum, quod aliis displicet. Rectissime Accursius. 4
Nam nisi sit actio negotiorum gestorum aduersus fideicommissarium, nulla esse poterit aduersus eum actio. Et vero negotium fideicommissarii hac solutione aperte gestum est. Non obstat, quod heres ante restitutionem hereditatis se liberat, non fideicommissarium. Subtilitate enim iuris & præsente tempore respecto fideicommissarium non liberat: at effectu liberat: quia futurum erat, vt restituta hereditate fideicommissarius teneretur: quo minus autem teneatur, conficitur heredis solutione.

Præterea certius dici potest, heredẽ dum ante restitutã hereditatẽ soluit creditoribus, gerere negotiũ fideicõmissarii, non quia eum liberat, sed quia soluẽdo locupletioré faciat hereditatẽ, sublatis nimirum oneribus hereditariis. Quapropter cum eandẽ hereditatẽ fideicõmissario restituit locupletiorẽ, huius rei vtilitas ad fideicõmissarium pertinet, facere enim ad rem & vtilitatem alterius, est negotium eius gerere, *l. 2. de neg. gest.* Notandum est † autem, quod hic dicitur, heredem qui soluit creditoribus hereditariis, 5
non repetere a fideicommissario totum quod soluit, sed tantum pro dodrãte, id est, nouem vncias. Ex quo colligitur pro quarta parte, quã heres retinuit, onus æris alieni ad heredem pertinere, vnde rursus intelligitur, quod supra ad hunc titulum dictum, cum heres retenta quarta parte hereditatem restituit ex fideicommisso, scindendum inter heredem & fideicommissariũ actiones hereditarias esse pro portionibus hereditariis cõpetentibus, quod & scriptum est *in d. §. sed. §. vna. Inst. eod.* & apertius comprehensum *l. seq. h.*

*Ad*

*Ad L. 2. ad eum.*

Imp. Philippus A. & Philippus C. Iuliano.

*Ad eum, cui ex Trebelliano ſenatuſconſulto pars hereditatis reſtituitur, ſucceſſionis onera ſeu legatorum præſtationem pro competenti portione ſpectare, indubitati iuris eſt. PP. 18. Cal. Nouemb. Peregrino & Æmiliano Coſſ. 245.*

SVMMARIVM.

1 *Definitio ſeu ſumma legis.*
2 *Onus hereditarium quid, & quatenus in fideicommiſſarium tranſeat. num 3.*
4 *An quemadmodum fideicommiſſarius legata pro dodrante præſtare debet, ita & heres pro quarta parte retenta eadem præſtare teneatur.*
5 *Verbum* partis *quid ſignificet.*
6 *Heres, quarta parte retenta, dodrantem ſolum reſtituẽs, pro quarta parte & nomine & reipſa heres eſt.*
7 *Quoties iubetur heres reſtituere hereditatem non quarta parte, ſed vna ſumma, aut re aliqua ſingulari deducta, toties omnes actiones in fideicommiſſarium tranſeunt, & ea pars, qua apud heredem manet, ſine vllo onere remanet.*

DEfinitio legis hæc eſt: Cum hereditas fideicommiſſario pro dodrante reſtituta eſt, quarta parte
1 ab herede retenta, onus æris alieni, & item legata ad fideicommiſſarium ſpectare: ſed dixi, pro competente portione, quę illi reſtituta eſt. Onus † hereditarium
2 eſt onus æris alieni, quod debetur creditoribus defuncti. Hoc onus, vt dictum eſt, onus heredis eſt, quia hic ſolus ex lege 12. tabularum creditoribus hereditariis tenetur, *leg. vlt. §. de her. act.* Id † ex ſenatuſconſulto
3 Treb. tranſit in fideicommiſſarium, reſtituta hereditate. Sed tranſit quatenus ius & fructus hereditatis ad fideicommiſſarium transfertur, vt ſunt verba ſenatuſconſulti *d. l. 1. D. hic.* Proinde pro hac ſolum parte onus hoc ad fideicommiſſarium pertinet, pro parte te autem ab herede retenta heres tenetur creditorib. *d. § ſi quis vna. Inſt. h.* Hoc ius in ære alieno nullã dubitationem habet. Quæritur † de legatis, an quéadmo-
4 dum fideicõmiſſarius pro dodrãte ea præſtare debet, ita & heres pro quarta parte retenta ea pręſtare debeat? Non dubitaremus, niſi Accurſius & alii hunc ſecuti ſtatuerent, legata ſolũ a fideicommiſſario deberi, ab herede autem, qui ſolam quartam hereditatis retinuerit, non deberi, quod ſtatuerunt *in l. 1. §. vlt. ff. eod. & l. vltim. ℑ eod.* Qua ſententia nihil magis falſum eſt, proinde aduerſus eam confirmandi ſumus.

Sic igitur ſtatuamus, legata teſtamento relicta, aut codicillis, reſtituta hereditate ſcindi inter heredem & fideicommiſſarium, itidem vt onus æris alieni, vt ea ab vtroque præſtentur, pro portionibus hereditariis, quæ illic obtigerunt. De fideicommiſſario non dubitatur, de herede nõ minus ius certum eſt. Id probatur verbis huius legis, vbi dicitur, legata ad fideicõmiſſarium ſpectare ſolũ pro cõpetente portione, ex quo intelligimus pro alia parte, quæ heredi cõpetit, id onus ad heredẽ ſpectare, quemadmodũ & de actionibus idẽ fieret. Nec cauillari verba oportet, vt facit Accurſius: nam in principio huius reſcripti agitur de eo, cui pars hereditatis reſtituta eſt. Accurſius ait, hoc intelligi debere, de eo fideicommiſſario, cui heres rogatus eſt reſtituere dimidiã tantũ partẽ hereditatis, quo caſu fatentur, legata diuidi inter hereredem & fideicõmiſſarium pro æquis partib. *l. 1. §. pen. D. eo.* Et mouẽtur eo, quia † verbum *partis* dimidium ſignificat, vt tradi- 5
tur diſerte *in leg. nomen. §. 1. de verb. ſignifi.* Sed additur ibidem *partis* nomen non ſemper ſignificare dimidiam, & generaliter non ſignificare tunc, cũ additum eſt aliquod verbum quod aliam partem quam dimidiam demonſtrat, vt ſi quis dixerit, partem dimidiam, quartam, tertiã. Id hoc loco factum eſt: nã quæ initio huius legis dicitur pars, ea poſtea dicitur pars fideicommiſſario competens. Scimus autem partem fideicommiſſario competentem eſſe dodrantem, non autem dimidiam. Omiſſis huius legis verbis ratione minime dubia efficitur heredem pro quarta parte hereditatis retenta teneri ad præſtandum legata. Nam certi iuris eſt, onus legatorum eſſe onus heredis, non minus, quam onus æris alieni. Id probat definitio legati. Dicitur enim legatum donatio teſtamẽto relicta ab herede præſtanda. *§. 1. de leg.* At cũ † heres 6
quarta parte retenta dodrantem ſolum reſtituit, pro quarta parte, & nomine & reipſa heres eſt. Nomine, quia heres ſemel factus, nunquam iure heres eſſe deſinit, quamuis hereditatem reſtituit, *§. reſtituta. Inſt. h. leg. ait prætor. § ſed quod Papinian. de min.* Re quoque heres eſt, quoniam eatenus hereditatis partem & emolumentũ retinet, proinde iure eatenus onus legatorum & æris alieni ad eum pertinere debet. Idem euidenter colligitur ex Scto: nã verbis ſenatuſconſulti ante reſtitutam hereditatẽ, declaratur, oẽs actiones in heredẽ cõpetere, quæ intelliguntur actiones æris alieni & legatorũ, neq; hę actiones ab eo diſcedũt, niſi in fideicõmiſſariũ tranſeant: at quoties reſtituitur hereditas pro dodrante, ſolum actiones pro ea parte in fideicommiſſarium transferuntur, vt intelligitur ex verbis eius ſenatuſconſulti: nam eo cautum eſt, ideo transferri actiones in fideicommiſſarium, quia ius & fructus ad eũ tranſeunt: ex qua ratione intelligimus, quatenus fructus hereditatis in fideicommiſſarium tranſeunt, eatenus actiones in eũ trãſire, quatenus vero nõ tranſeũt, eatenus nec tranſire actiones, qa ratione legis ceſſante, legi locus non eſt *leg. quod. dict. de pact.*

Eodem pertinet, quod generaliter definitur *in d. §. ſi quis vna. Inſtit. eodem.* quoties heres, retenta quarta parte hereditatis, dodrantem reſtituit, ſcindentur inter heredem & fideicommiſſarium actiones, quibus heredes tenentur. Generaliter dictum eſt *actiones.* Hę autem non ſunt tantum æris alieni, ſed & legatorum, quibus pariter heres tenetur. Nihil ad rem pertinet *l. 5. §. vltimo, D. eodem.* Nam in exemplo eius loci heres quartam hereditatis non retinet, ſed totam hereditatem reſtituit fideicommiſſario. Quo caſu ſolus fideicommiſſarius tenetur, vt æri alieno ſit obligatus, quod ſenatuſconſulto efficitur. Id autem vt intelligatur ita eſſe, obſeruandum eſt, in ſpecie illius loci heredem inſtitutum rogatum eſſe, reſtituere hereditatem, deductis centum. Scire autem oportet, quoties † iubetur heres hereditatem reſtituere non 7
deducta quarta parte hereditatis, ſed vna ſumma deducta, aut aliqua certa re ſingulari, toties omnes actiones in fideicommiſſarium tranſire, & eam partem, quę apud heredem manet, ſine vllo onere remanere, vt diſerte *in d. §. ſi quis. Inſtitutio. h.* dictũ eſt. Et redditur alia ratio manifeſta, qa hoc caſu iure ſingulari nõ heredi, ſed legatario locus eſt; certi aũt iuris eſt, heredes omnibus legatariis nõ premi. *l. vlt. ſup. de her. action. leg. ſi hereditati. D. mandati.* Idẽ reſponſum eſſe volum⁹ *ad l. vlt. h.* Vbi fideicõmiſſari⁹ ſolũ legatũ pẽtit, ſed ideo qa ꝓponit tota hereditas illi reſtituta eſſe.

Ad extremum sciadi legata inter heredem & fideicommissarium, diserte scriptum est *l.1.§.pen.ff.eodem.* Id quidem scriptum est in ea specie, cum heres iussus est dimidiã tantũ hereditatis restituere. Sed quemadmodum heres dimidiam hereditatis retinens, dimidium legatorum præstare debet: sic quartam retinens legata præstare debet pro portione.

*Ad L.III.Si per.*

Impp. Carus, Carin. & Numeria AAA. Zotico & aliis.

*Si per fideicommissum hereditas reipublicæ relicta est: ex Trebelliano senatusconsulto (quod ab intestato quoque locum habet) quartæ partis & fructus eius vobis restitutio competit. Sine die & consule.*

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum hereditatis etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui potest.*

2 *Cuicunque hereditas ex fideicommisso restituenda est, aduersus eum quarta ex senatusconsulto retineri potest.*

3 *Fideicommissarius, hereditate tota sibi restituta, heredi quartam, vna cum fructibus restituere tenetur. & num.6.*

4 *Discrimen inter partem hereditatis, quam heres fideicommissario restituere debet, & eam quam fideicommissarius heredi restituit. Eiusdem ratio, sub.num. 5.*

1 HIc tria statuuntur, 1. Fideicommissum † hereditatis, etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui p. sse, *§.præterea Instit.eod.leg.eam quam.supra. de fideicomis.* 2. Cuicunque † hereditas ex fideicommisso restituenda est, non facere fideicommissarii vllam auctoritatem, prærogatiuam, aut fauorem, quo minus aduersus eũ quarta retineri possit ex senatuscõsulto, quod eodem modo constituitur, quo e cõuerso placet, qsquis est heres, q rogatus sit hereditatẽ restituere, nulla habita persona heredis, eum ex senatuscõsulto teneri, vt hereditatem restituat, siue erit priuatus siue fiscus, siue respub. *leg.recusari.§.si fiscus.D.eod.* Hoc ideo, quia senatusconsultum, quo de restitutione hereditatis, item quartæ retentione cautum est, de re scriptum est, non de personis, vt dicendum sit, in quibuscunque caussis eadem res sit, id est restitutio hereditatis & quartæ retentio, in his idem ius statui debere ex senatusconsulto, neglecta personarum ratione, a quibus, aut quibus restituitur hereditas.

3 3. Hic † statuitur notandum præcipue, si hereditas restituta fideicommissario tota sit, eum heredi restituere oportere quartam hereditatis, vna cum quartæ fructibus, vt generaliter hoc statuendum sit, sic heredem quartam hereditatis habere debere, vt eã heres habeat cum fructibus. In qua † parte notandũ est discrimen inter eam partem hereditatis, quam heres restituere fideicommissario debet, puta dodrantẽ hereditatis, & inter eam partẽ, quam fideicommissarius hereditatem possidens heredi restituere debet, nempe quartã partẽ hereditatis ex Sctõ. Nam heres sic dodrantẽ hereditatis ex senatuscõsulto restituere debet fideicõmissario, vt in hãc restitutionẽ solæ res hereditariæ veniãt, fructus nõ veniãt, sed heredis fiant, cũ ab illo pcepti sint post aditã hereditatẽ, & ante restitutionẽ fideicõmmissi, nisi aut fecerit morã in restituenda hereditate, aut nominatim fructus restituere rogatus sit *l.in fideic.in pr.§ quoties.ad Treb.* Contra vero si quo modo cœperit hereditatem totam possidere, quemadmodum ex senatusconsulto restituere debet heredi, sic debet & fructus eius quartæ, vt hic. Cur hæc tam varie? Differentiæ † ratio est, quia heres semel 5 adita hereditate, statim efficitur dominus rerum hereditariarũ *l. heres in omne. de acquir her. l.cum heredes. in pr. de acquir.pos.* Proinde & quartę partis hereditatis dominus est, citra controuersiam, & quamuis hereditas peruenerit ad fideicommissarium, tamen heres semp domin⁹ manet, vt fuerat. Certi aũt iuris est fruct⁹ ex re nostra pceptos, nostros esse, itaq; cũ fideicõmissari⁹ fruct⁹ hereditarios pcipiat, quãuis ex re cõmuni, in qua ipse dodrantẽ habet, heres quartam partem recipiat, tamen non pro maiore parte fructus suos facere potest, quam pro qua res ad eum pertinet, *leg. qui scit.leg. Herenn. de vsuris.* At idem heres ante restitutam hereditatem non solum quartæ partis dominus est, sed etiam dodrantis, qui restitui debet, nec prius dominus esse desinit, quam transtulerit hereditatem in fideicõmissariũ, ꝙ solũ post restitutã hereditatem contingit ex senatusconsulto *l.1.h.* Proinde qua ratione quartæ fructus semper sunt heredis, quia heres semper eius dominus est, eadem ratione fructus dodrantis ante restitutam hereditatẽ ab herede percepti, fuerunt heredis, quia pro eo toto tempore heres dominus est totius hereditatis, dodrans quidem etiam ante fideicommissario debetur, sed fructus ex re debita percepti, non sunt eius, cui res debetur. Et hoc amplius, nec restitui debẽt, nisi pcepti sint post litem contestatam in strictis iudiciis, aut post moram in in bonę fidei iudiciis, item in legatis & fideicommissis *l.3.in pr.l.videamus.§.si actionẽ.de vsur.l.si rẽ, de ver.obl.*

Sed videri † potest falsum esse quod dicitur quartam partem heredi restituendam esse cum fructibus: 6 nam hic proponitur heres restituisse fideicommissario reipsa. Quoties heres totam hereditatẽ restituit fideicommissario, quarta non retenta, nõ modo fructuum repetitionem, sed etiam quartæ repetitionem amittit. Nã si sciens se rogatum esse restituere, & quartam retinere posse, nihilomiuus totam hereditatem restituit, quartam donat: sin in iure errans, putauit quartam se retinerere non posse, iuris error ei non pdest ad repetendam quartam quam soluit. *leg. error. proxim.titulo.ad leg. Falcidiam.* Dicendum est, hæc ita esse, si heres totam restituat hereditatem, sed fieri põt, vt restituerit hereditatem ita, vt diceret fideicommissario, se restituere pro dodrante, qui illi competit, quartam aũt ad se velle pertinere, post quam restitutionem factum sit, vt fideicommissarius nihilominus totam hereditatem occuparit, non dolo, aut præda, sed vt res communes facilius administraret, cum res adhuc essent indiuisæ, et ipse pro maiore parte dominus esset rerum hereditariarũ, quod cum fit, heredi quarta salua est, quam sua voluntate non remisit.

*Ad L.IV. Non iustam.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Quintianæ.

*Non iustam te gerere solicitudinem per fideicommissum relictæ portionis hereditatis perspicimus, verentem ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam auia testatoris ex parte heres scripta, & tibi rogata restituere, calliditate ac fraude repudiauit, vt ad alium nepotem, eundemq; coheredẽ deuoluatur portio, a quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hereditatem adire, priusquam pro herede gereret, rebus sit humanis exemta: cũ diuo Antonino parẽti nostro deberi ẽt a substitutis fideicommissum cõtemplatione*

*iudicii testatoris, quasi tacite ab his repetitum, iam dudum placuerit. Neque enim quartæ retentionem, quam illa, quæ repudiauit, hereditatem adire coacta, vt suspectam retinere non potuit, timere debes. S. 6. Id. Iul. Philippop. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Species huius legis.*
2 *Fideicomissaria, an, cum, quæ rogata erat restituere, decedat non adita hereditate, & vel heredem habeat neminem, vel non locupletem, fideicommissum amittat.*
3 *Fideicommissaria si partem ab auia sibi fideicommisso relictam a nepote & coherede auiæ petere potest, an totam petere possit, coherede vltro eam restituere parato.*

1 AViæ † cum essent duo nepotes, vnus ex his testamento facto, auiam & fratrem suum alterū auiæ nepotē instituit, & si nō heres esset auia, fratrē suum ei substituit, præterea auiam rogauit, vt portionē hereditatis restitueret Quintianæ Felicitæ. Quintiana fideicommissum ab auia defuncti petit. Illa adire non vult, sed repudiat hereditatem. Id eo consilio faciebat auia, vt ea portio hereditatis ad nepotem eius, qui illi substitutus erat, ex substitutione perueniret fraudata fideicommissaria. Nam si hereditatem adiisset auia, substitutio vulgaris euanuisset, neq; ea pars vnquam ad nepotem peruenire potuisset ex testamento. *leg. post aditam. supra. de impub. substitutio.* Cum auia perseuerauit in ea remissione, vocata est in ius ad prætorē a Quintiana fideicōmissaria, ibi per prætorē coacta est hereditatem adire, vt verba sunt huius rescripti, quæ bene Accursius accepit, coactam esse verbis prætoris, vt adiret, id est, iussam esse adire: nam reuera non adiuit, vt postea in rescripto narratur. Ergo cum iussa esset adire, priusquam adiret, aut pro herede gereret, decessit: ita hereditas ex substitutione peruenit ad alterum coheredem nepotē eius, & quidem necessario, cum prius ex portione sua nepos heres exstitisset.

2 Hic duo quæsita sunt. Primo † quærit Quintiana quid se facere oporteat, & num fideicommissum amiserit, cum, quæ rogata erat restituere, decesserit non adita hereditate, & aut heredem habeat neminē, aut habeat heredem non locupletem. Hic respondent Imperatores, non debere Quintianam sollicitam esse de fideicommisso, quasi non possit ea adire, quæ defuncta sit: nam omissa auia & nepotibus eius, posse Quintianam ab altero nepote auiæ, eodemque coherede auiæ: posse, quia ita ius constitutū sit, vt legata & fideicommissa ab herede defuncti relicta, etiam a substituto debeatur, quæ portio instituti ad substitutū cū suo onere pertinere debeat *l. licet. de leg. 1.* Idem dicendum esset, etiamsi nepos coheres auię substitutus non esset: nam portio auiæ deficientis, accresceret nepoti coheredi eius, qui suam partem adiisset, & quidem inuito, *l. testamenta. de impub. substit. l. qui ex duobus. §. vlt. de acquir. her.* Accresceret autē aut cū onere fideicōmissi ex eadem constitutione, aut quia coheres coniunctus in deficiente portione coheredis, quodammodo substitutus est, & iam etiā olim Iustinianus hoc probauit aduersus Iuliani sententiam, vt exstat relatū *in l. Titium & Meuium. §. 1. de leg. 2.* Quę sentētia confirmata est lege Iustiniani, *l. vnica. §. his ita. j. de cad. toll.* Cum Iuliano consensisse videtur Celsus: huius sentētia refertur *l. alias. l. Celsus de leg. 2.* vbi hæc sunt verba, si vni ex heredibus nominatim fideicommissum sit, videri potest fideicommissum non deberi, si is heres nō exstiterit. Sed non idcirco hæc lex pugnat *cum. d. l. Tit. & Meu. §. 1. de leg. 2.* Nā verum est, videri id posse, quod Celsus dicebat, sed subiiciendū est, quod Vlpianus *in d. l. Tit. & Meu.* subiicit, nempe videri id posse: sed post decretum Imperatorum existimari debere, accrescentem portionem debere accrescere cum suo onere, quasi coheres, cui accrescit portio, sit substitutus. Et ita est, vt fideicommissum ab auia relictum peti possit ab herede & coherede eius, cui portio auię accreuit.

Quæritur cur in proposito, Quintiana fideicommissaria, adeo laborauerit, vt auia hereditatem adire cogeretur, cum ea repudiante nihilominus fideicommissaria saluum fideicommissum haberet? Respondeo: Non potest dici Quintianæ hic quicquam interesse, si nepos coheres portionē suam adierit. Nec simile est exemplum quod affertur ab Accursio *ex leg. recusare. §. Titius. ff. eod.* Nam ibi substitutus, in totum non erat institutus. Sed vt Quintiana ita laborarit, multæ sunt caussæ. Primo ignorabat hoc ius, de quo hic rescribitur: nam si etiam mortua auia id ignorauit, multo magis ignorabat, dum auia adhuc viueret: vnde hæc sollicitudo ex ignorantia huius iuris est nata. Deinde etiamsi Quintiana hoc ius tenuisset, tamen eius intererat auiam cogi adire, quia non erat certa nepotem coheredem partem suam aditurum. Postremo etsi is quoque suam partem adiret, tamen permittebat fideicommissariæ potius rem habere cum auia, quam cum nepote coherede, vel quod nepos litigiosus homo erat, vel quod nimium posset, vel quod inimicus esset.

Sequens † quæstio est, si fideicommissaria partem ab auia sibi fideicommisso relictam potest petere a nepote & coherede auiæ, an possit totam petere, si nepos vltro paratus sit eam restituere? Mouet quæstionem Senatusconsultum, quo permissum est heredi rogato restituere hereditatem, retinere quartam, si volens hereditatem adeat, vt initio huius tituli dictum est. Respondent Imperatores, Ne hac quidem in parte Quintianam sollicitam esse debere de fideicommisso, quia non solum fideicommissum petere possit a nepote, sed etiam totum possit petere, hac ratione, quia metui non debet, ne auia, quæ coacta est hereditatem adire, possit quartam retinere. *leg. quarta. ff. eod. § sed si recusabat. Institutio. eodem.* Sed videtur hæc sententia falsa esse, & oratio minime cohærens. Nam certi iuris est, heredem rogatum restituere hereditatem, si volens hereditatem adierit, quartam retinere posse, *§. sed quia. Institutio. eodem.* At nepos in proposito volens adierat hereditatem, ratio autem adiecta, est aliena. Nam de nepote quæritur, an fideicommissum totum restituere debeat? Imperatores rationem reddunt de auia, quæ ratio ad rem nihil pertinet. Nam auia coacta est, sed nepos non est coactus. Respondeo, nihil rectius dici potest, neque magis ex sententia Senatusconsulti, quam quod hic rescriptum est. Verum enim est, nepotem hic volentem adiisse, sed fideicommissum ab eo nō petitur ex psona eius, sed ex persona auiæ, & in eo restituēdo ex persona auiæ iudicandum est: nam portio auiæ, deficiens, accreuit huic nepoti cum suo onere, vt supra dixi. *leg. vnica. §. hic ita. de cad. tollend. & leg. si Titius & Meuius. §. primo. de legatis secundo.* At onus auiæ fuit non solum, vt fideicommissum restitueret; sed etiam vt totum

quia coacta erat adire, proinde & hoc onus ad nepotē coheredē transiit: vnde intelligitur Impp. recte reddidisse rationem ex persona auiæ, cum ex eius persona de hoc fideicommisso iudicaretur.

Huic §. aduersari videtur *lex. illa a qua. §. 1. in fi. ff. eod.* vbi significatur, si rogatus heres restituere, decedat antequam coactus sit hereditatem adire, fideicōmissum non deberi, & in eo fraudari fideicommissarium. Resp. Quod dicitur illic de herede coacto adire, intelligitur ex illius legis interpretatione de eo, qui iussus est a prætore adire, & ita verbis prætoris coactus. Estque hic sensus; Si heres rogatus hereditatem restituere, neque hereditatem adiisset, nec verbis iussus est a prætore hereditatem adire, & interim decessit, sine dubio fideicommissum non deberi. Sed si heres iussus sit a prætore hereditatem adire, statim heres fideicommissario obligatur, & fideicommissum peti poterit ab eo, ad quemcunque heredem peruenerit ex hac lege.

## *Ad L. V. Et sine.*

### Iidem A A. & C C. Verissimo.

*Et sine scriptura per fideicōmissum hereditas recte relinquitur. Igitur si vxor tua te & priuignum suum in discrimine mortis constituta designauit velle successionem obtinere vsque ad dodrantem: eius voluntatem ratam seruari conueniit: cum ab intestato ei succedentes, de restituendo fideicommisso conuentos vltra quartam, ære alieno deducto quantum penes eos sententia senatusconsulti relinqui precepit, tantum obtinere posse prastiterit. S, 5. Cal. Maii. Sirmii. Coss. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Quatuor in hoc rescripto notanda. & numero. 2. 3. 4.*
5 *Interpunctio falsa huius loci emendatur.*
6 *Heredes legitimi rogati restituere hereditatem, etiam quartam retinere possunt, non ex verbis senatusconsulti. sed ex sententia.*
7 *Legitimi heredes retinent quartam & restituunt dodrantem, ære alieno vltra quartam deducto: Declaratur num. 8.*

1 IN hoc † rescripto hæc notanda sunt, quæ totidem cōstituuntur: Fideicommissum & sine scriptura relinqui potest. Hoc apertius *in l. & in epistola. §. de fideicommissis.*

2 Item † fideicommissum non tantum testamento ab heredibus, sed etiā ab intestato ab heredibus quibuslibet relinqui potest, codicillis, vel scripto, vel sine
3 scripto, testatur *lex 3. Codic. h. §. preterea. eodem.* Item † vt fideicommissum ab intestato ab heredibus legitimis debeatur, non est necesse heredes legitimos nominatim rogare, vt restituant, satis est si testator indefinite ita dicat, se velle hereditatem ad illos vel ad illas
4 pertinere *l. eam quam. §. de fideic.* Postremo † cum heredes legitimi rogati sunt hereditatem totam restituere, non minus & ipsi quam scripti heredes quartam retinere possunt, ex sententia senatusconsulti, ita vt reliquum dodrantem restituāt deducto ęre alieno, quod est vltra quartam. Hæc est sententia postremorum verborum.

5 Quo loco † diligenter animaduertendum est, locum vulgo vitiose interpunctum esse, & ita, vt interpunctio falsas sententias efficiat, proinde interpungendum ita esse: post verbum, obtineri, debet interponi comma; post verba, conuentus, esse debet virgula. Est aūt hæc sentētia huius loci: Proponitur vxor, quæ voluit hereditatem obtinere a suo marito & priuigno. Respondent Impp. Etsi heredes legitimi rogati sint hereditatem totam restituere, tamen voluntas eius seruari non debet, nisi ad dodrantem, & rationem reddunt, cur vltra seruari non debeat, quia inquiunt, constitit heredes legitimos de fideicommisso restituendo conuentos, tantū obtinere debere, quantum apud eos relinquit sententia senatusconsulti, precipue autem relinqui quartam, proinde quartam legitimi retinere possunt, idque perfacile ære alieno vltra quartam deducto. Vulgaris interpunctio facit, vt proponatur, defunctum voluisse hereditatem a fideicommissariis suis retineri vsque ad dodrantem, quæ sententia euidenter falsa est. Nam hoc casu quarta nō retineretur ex sententia senatusconsulti sed ex legib. 12. tabularum, nempe aperto iudicio testatoris. Deinde eadem interpunctio vulgaris facit, vt dicantur heredes legitimi conuenti esse vltra quartam, quod & ipsum falsum est. Nam si dicuntur vltra quartam conueniri, quid conuenietur de quarta & amplius. Nunc autem Impp. volunt eos conueniri tantum posse vsq; ad dodrantem. Interim ex his verbis notāda sunt duo ex hac posteriore sententia. I. heredes † legitimos rogatos restituere hereditatem, etiam quartam retinere posse, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia. Cur ex sententia dumtaxat? Quia senatusconsultum scriptum est de heredibus institutis, non ēt de legitimis: sed placuit propter eandem rationem etiam ius idem transferri ad legitimos. *l. recusare. §. 1. D. eo.* 6

Alterum est, legitimos heredes retinere quartam & restituere dodrantē, ære alieno vltra quartā deducto. Hoc si ita accipimus, vt cum dicitur in lege Falcidia, exquiri quantitatem patrimonii deducto prius ære alieno, *vt est in lege imponenda. infra. proxim. titul §. vltimo. de leg. Falcidia.* sententia aperte falsa est & minime recipienda. Nam cum dicimus in leg. Falcidia ponenda, ex quo legata præstantur ante deduci æs alienum, hoc significatur, heredem ante omnia deducere tantum, quantum sufficiet ad æs alienum creditoribus, & præterea id ita deducere, vt ipse retineat, quia heres solus est is, qui obligatur creditoribus. At cum de hereditate ex fideicommisso restituenda agitur, nihil tale facere heres potest, duabus de caussis: nam heres qui legata præstat etiam legatis dissolutis, solus est heres, vt merito æs alienum suo iure deductum habeat, & præterea solus tenetur creditoribus hereditariis *leg. vlt. Codic. de hered. act.* Vt sit æquissimum eum retinere de hereditate, vnde soluat creditoribus, ne cogatur dependere de suo, atque ita fraudetur quarta parte hereditatis. At cum agitur de hereditate ex fideicommisso restituenda, ideo heres retinere æs alienum non potest, quia non est solus heres, sed fideicommissarius vsque ad dodrantē heredis loco habetur *leg. postulante. vers. & quo damno. h.* Deinde esset iniquissimū, heredē rogatū restituere hereditatem, deducere & retinere totū ęs alienū, cum ipse ęre alieno non obligetur. Nam in fideicommissarium actiones omnes transeunt ex senatusconsulto. *leg. 1. D. h.* Denique ideo heres rogatus restituere hereditatem, æs alienum non deducit, quia scindi debet æs alienum inter heredem & fideicommissarium. Hoc non dici intelligimus, cum dicuntur inter eos scindi actiones. *§. quod si quis. v...m. h.* Quod † igitur hic dicitur, heredes legitimos conuentos retinere quartam ære alieno vltra quartam deducto, sic intelligere debemus, eum 8

retinere

retinere quartam ære alieno deducto, id est non retento, sed deducto de quarta, quam retinet, quoniam hoc æs alienum quod vltra quartam est, transit in fideicommissarium, & æris alieni actiones.

*Ad L. VI. Iubemus.*

Imp. Zeno. A. Dioscorio præfecto prætorio.

*Iubemus quotiens pater vel mater, filio seu filia, filiis vel filiabus, ex æquis vel inæquis partib. heredibus institutis, inuicem seu simpliciter quosdam ex his aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere: vt omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani senatusconsulti, non per imputationẽ redituum (licet hoc testator rogauerit vel iusserit) sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur. Idemque in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere iubemus, & si pater vel mater filio, seu filia institutis (sicut supra dictum est) heredibus rogauerit, eos easve nepotibus vel neptibus pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hereditatem.*

SVMMARIVM.

1. *Species huius legis.*
2. *In quartam Falcidiam imputantur omnia, quæ iure fideicommissario capiuntur.*
3. *Fructus pendente conditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicommissi cedentem iure fideicommissario percipiuntur.*
4. *Fructus hi an in falcidiam imputentur.*

Hic ius costituitur de certa specie heredum rogatorum, & fideicommissorum, & in hac specie singularia duo hic constituuntur circa fideicommissarias hereditates, ex quibus prius constituitur *in pr.* alterum *in §. 1.* Ceterũ ad pleniorẽ interpretationem iuris propositam, pertinet species, de qua hic ius constitui-
1 tur, quæ hæc est; Cum † pater aut mater filium vel filiã heredem instituit, & rogat, vt si sine liberis decesserit filius, restituat hereditatem fratri suo superstiti, ac vt restituat filio suo, eidemque nepoti testatoris, & aliis deinceps liberis. Hęc species proponitur initio. In hac, vt dixi, duo singularia constituuntur, prius pertinet ad quartæ retentionem, deque eo ita constituitur *in principio.* filium rogatum eodem modo restituere hereditatem vel potius heredem filii mortui restituere hereditatem, ita vt quartam retinere possit: hoc cõmune cũ ceteris heredibus rogatis hereditatem restituere: præterea fructus viuo filio apud heredem filii manere, nec venire in fideicommissi restitutionem. Hoc quoque ius cum ceteris commune, quoniam hi fructus qui pendente cõditione fideicõmissi, aut ante fideicommissi diem ab herede percipiuntur, iudicio testatoris percipiũtur, id est, ideo, quia testator voluit eos heredis esse, *leg. mulier. §. si heres. D. h.* Sed quod sequitur, singulare est & nouum: nam heres filii rogati, ita hos fructus a filio viuo perceptos retinet, vt etiam præcipuos sibi habeat, id est, in quartam non imputet, sed ex iis bonis, quæ fuerunt mortui testatoris, quartã amplius retinere nõ potest; id vero est, quod hic constituitur, ius, vt dixi, nouum & singulare.

2 Nam hoc ius commune est & exploratũ, in † quartam Falcid. multoque magis in quartam hereditatis, quæ ex senatusconsulto retinetur, imputari omnia, q̃ iure fideicommissario capiuntur, ita vt si ea tantum efficiant, quanta est quarta, quæ retineri debet, nihil
3 amplius deducat *l. in quartam ad l. Falcid.* Fructus † enim pendente conditione fideicommissi percepti, item percepti ante diem fideicommissi cedentem, iure fideicommissario percipiuntur *d. l. mulier. §. si heres.* Vnde generaliter traditur *in l. Papin. §. vnde si quis. de inof.* huiusmodi † fructus sine exceptione in Falcidiam imputari. Ob hanc caussam huic loco opponitur. *l. Papin. §. vnde si quis.* Nam nõ tantũ in hoc loco superiori, definitio generaliter traditur, sed traditur in persona filiorũ & heredum institutorum & rogatorum hereditatem post certum tempus restituere, quæ species est contra *l. iubemus.* Nam *in d. §. vnde si quis,* agitur de his heredibus rogatis, qui de inofficioso potuerunt queri, hi enim sunt liberi, quibus quarta nõ relinquitur testamento. Si hæc *lex iubemus* esset Iustiniani vna ex 50. eius decisionibus, sine hæsitatione diceremus, hac constitutione Iustiniani *dict. leg. Papin.* emendari: Nunc autem hæc lex Neronis, non Iustiniani est, & in his legibus quæ sunt in Digest. & Codic. cum Iustinianus vetat quicquam sic accipi vt sit contrarium *leg. 2. §. contrarium, Cod. de vet. iur. enucleand.* hinc difficultas nata ab interpretibus. 4

Ad hanc quæstionem dissoluendam dicendum est, ius generale & commune esse, fructus pendente conditione perceptos ab herede rogato restituere hereditatem imputari in quartam, quam ex senatusconsulto retinere debet, sed ex hoc iure speciem hic propositam cum filius institutus est & rogatus restituere fratri vel liberis suis. Neq; ideo est contraria *l. Papin. §. vnde si quis, de inoffic. testam.* alioqui etiam contrarium dicere oporteret *leg. in quartam. infra. ad legem Falcidiam. d. l. mulier. §. si heres D. eod.* Nõ sunt vero hi loci contrarii, quia generaliter scripti sunt de his fructibus in quartam imputandis, sine exceptione heredis & fideicommissi, quibus hereditas restitui debet. Sic ius est, priores leges ad posteriores trahi debere, *leg. non est nouum. & leg. sequent. de legib.* Sensus est, quod in prioribus legibus generaliter scriptũ est, si quid in posterioribus excipitur in aliqua specie cuius generis sit, priores accipi debent quasi de ceteris tantum speciebus sentirent, non de ea specie, quæ postea est excepta, quasi posteriores sese ad priores retulissent, & hoc est, quod aliis verbis dicitur: In toto iure generi per speciem derogatur *l. in toto. de reg. iur.* Quod ait lex, si pater rogatus sit restituere hereditatem filio suo post mortem suam, ex leg. Falcidia videri possit contrarium *l. cum filiusfam. vers. denique de lega. 1.* Vbi dicitur, pater si rogatus sit post mortẽ restituere hereditatem filio suo, hereditatẽ restituet totam, nec quartam ex leg. falcidia retinebit. Sed dissimiles species vtroque loco proponuntur: nam illic filiusfamilias institutus erat heres, & quia per filiumfamilias hereditas patri eius quærebatur iure veteri, ideo rogatus est pater eam hereditatem restituere filio, cum pater moreretur. In hac autem lege pater ipse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem filio.

Differentiæ ratio inter has species hæc est, quia cũ pater ipse heres est institutus, quartam retinet ex persona sua, quod facere potest ex senatusconsulto. At in specie *d. l. cum filiusfam.* vbi pater institutus non est, quartã retinet ex persona filii qui heres institut⁹ erat: Non potest autem idem filius & hereditatem ex fideicommisso consequi; & quartam retinere, proinde nec pater aut patris heres, quia quarta ex persona filii retinetur.

Notandum est *in pr. leg.* portionem l. Falcidiæ quã in extremo dicitur, eandẽ esse portionem, quã prius

appellauerat quartam, quæ retinetur ex auctoritate Trebellian. vt intelligimus, cum heres rogatus est restituere hereditatem, quartam quæ ab eo ex hereditate fideicommissaria retinetur, dici retineri ex senatusconsulto, & nihilominus recte ex leg. Falcidia. Et ita est vsus iuris auctorum, vt hanc ipsam quartam quæ vulgo Trebellian. vocatur, vocent quartam legis Falcidiæ, siue quæ ex leg. Falcidia retinetur. Id liquet *ex §. vltim. huius leg.* idem tum ex aliis locis innumeris, tum ex his præcipue, *dicta leg. mulier. §. heres. leg. ita tamen. §. Trebell. ff. eodem. leg. Titia. ad leg. Falcid. leg. coheredi. §. cum filia. ff. de vulgar.* Vtriusque appellationis hæc ratio est. Dicitur hæc quarta retineri ex senatusconsulto, quia hæc senatusconsulto primum introducta est in hereditatibus fideicommissariis, & tamen nihilominus esse dicitur ex leg. Falcidia, quia hæc ex senatusconsulto ita introducta est, vt sit nominatim introducta ex sententia eius legis, *vt est in §. Quia heredes*

### Ad §. In supradictis.

*In supradictis autem casibus, fideicommissorum seruandorum satisdationem cessare iubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, & cum pater vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, id est cum testator specialiter satisdari voluerit, vel cum secundis se pater vel mater matrimoniis iunxerit, necesse est, vt eadem satisdatio pro legum ordine præbeatur.*

SVMMARIVM.

1 *Satisdare quid.*
2 *Satisdatio an ab herede legatorum & fideicommissorum nomine exigatur.*

Hic alterum singulare & nouum constituitur in specie suprascripta, circa satisdationem fideicommissi: nam in ea specie, quæ initio est posita, vetatur fideicommissarius, siue is sit frater filii restituti, siue sint liberi heredis instituti, exigere satisdationem ab herede restituto & rogato instituere hereditatem. Singulare inquam hoc ius est: nam ius commune id est, vt heres legatorum & fideicommissorum nomine satisdet legatariis & fideicommissariis postulantibus satisdari, id est, stipulantibus legatariis & fideicommissariis promittere, se quibus diebus legata aut fideicommissa relicta sunt, iisdem diebus legata & fideicommissa restituturum, & in hereditate tuenda a se dolum abfuturum malum, cui cautioni etiam heres fideiussores adiicere
1 debuit. Id enim satisdare † significat cauere stipulanti fideiussorib. datis, *leg. 1. qui satisdar. cog.* De hac enim satisdatione scriptum est *leg. 1. ff. vt leg.* Huic cautioni locus etiam fuit in fideicommissis hereditatibus, neque iis tantum, quæ pure essent relictæ, sed iis etiam, quæ in diem aut sub conditione relictæ essent, *l. hac stipulatio. ff. vt leg.*

2 Quomodo † ergo id ius non potest huic legi videri contrarium, cum hic constituatur in specie proposita eiusmodi satisdationem ab herede non exigi? Respondeo, quod supra dixi a principio, ideo ius cõmune huius partis contrariũ non videri debere, quia generaliter scriptũ est de satisdatione exigenda. Hoc enim loco species vna ex genere excipitur, qua exceptione fit, vt quod in lege generaliter est scriptum, videatur cum hac ipsa exceptione esse scriptum, quia priores leges ad posteriores ita sint trahendæ. Sed excipiuntur hoc loco duo casus, quibus fideicommissarius, satisdationẽ ab herede filio instituto possit exigere in specie proposita: si videlicet testator nominatim iusserit, vt filius nominatus satisdaret: itẽ si filius rogatus secundas nuptias contraxerit: ergo his casibus & frater a fratre rogato, & liberi a patre instituto, satisdationẽ huius fideicõmissi nomine exigere possunt: quæ sententia in totũ videri falsa potest, hac ratione, quia nemo audiendus sit, qui sollicitus est de hereditate viuentis, quod is facit qui de ea hereditate sibi caueri postulat, *leg. 2. §. interdum. de vulg.* Respondeo fideicommissarium cum de ea hereditate, quæ ei restitui debet ex fideicommisso, sibi postulat caueri, ab herede qui rogatus est restituere, non sollicitus est de hereditate viuentis, sed de mortui testatoris hereditate agit, quam hereditatem heres rogatus est restituere.

Rursum si minus falsa hæc sententia est in aliis fideicommissariis, at saltem falsa est in liberis filii heredis instituti, quibus filius rogatus est restituere hereditatem. Nam si hi liberi sunt in potestate patris rogati, frustra postulant a patre stipulationem, cum inter patrem & filium, qui in potestate est, obligatio nulla possit subsistere, *§. hi qui in parentum. Institutio. de obligationibus, quæ ex delict.* Vnde in hac ipsa quæstione de satisdatione fideicommissaria exigenda, diserte scriptum, *leg. Imperator. ad Trebellianum.* huiusmodi constitutionem frustra postulari a patre, manente patria potestate. Facilis & expedita res esset, si hæc constitutio lata esset post constitutionem Iustiniani; nempe post *leg. cum oportet. & leg. vltimã. Cod. de bon. quæ lib.* quibus ll. proprietas aduentitiorum bonorum filiifamilias attributa est, post quas constitutiones inter patrem & filium obligatio & actio consistere potest de proprietate aduentitiorum, quemadmodum olim poterat consistere de bonis castrensibus, *leg. his nulla. de iudiciis.* Sed ad eas constitutiones confugere non possumus, quia hæc constitutio Zenonis eo tempore est lata, quo etiam aduentitia patri in totum acquirebantur, præterquam & certis quibusdam casibus, & paucis, vt apparet ex legibus, quæ sunt *vsque ad leg. cum oportet. infra. de bon. quæ lib.* Itaq; ẽt obiectio adhuc manet. Respõdeo, secundum constitutiones Iustiniani nouas rem esse expeditam, vt filius a patre satisdationem recte exigat de aduentitiis, cum ea filio acquirantur. Quod vero ad tempora Zenonis attinuit, dicendum est, hanc conditionem hic debuisse accipi, vt nepos a patre rogato satisdationem possit exigere, quo casu sui iuris esset: nam si esset in eius potestate, iure communi vti debuit *ex d. l. Impp. ad Trebell.*

### Ad §. Si autem.

*Sin autem is, qui fideicommissaria restitutione grauatus est, vno filio superstite, vel nepote ex filio seu filia nato vel pronepote vel posthumo relicto decesserit: non videtur exstitisse conditio: & ideo deficit fideicommissi petitio.*

SVMMARIVM.

1 *Quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem.*
2 *An videatur liberis relictis decessisse qui decessit non vno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia.*

Cvm in proposita specie filius rogatus sit restituere hereditatẽ, si sine liberis decesserit, si sine liberis nõ decederet, deficere institutionẽ, proinde & fideicõmissum intercidere, quod & eueniret etiamsi de

de liberis nihil dictum esset, sed simpliciter iussus esset restituere post mortem suam, quia placet semper eandem conditionem intelligi, si sine liberis decesserit, *l. cum apertiss. sup. de fideicom. l. cum onus, de cond. & demonst.* Hinc quæritur, † quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem. Et primum an videatur decessisse liberis relictis, qui decessit vno filio relicto? Et placet videri hoc loco. Idque est quod dicitur *in l. non est sine liberis, de verb. sig.* non esse sine liberis, cui vnus filius aut vna filia est. Obiicitur pluralis numerus, cum dicitur liberis, qui numerus cũ minimum duos exigat. *l. vbi. de testib.* Respond. hoc ita est, nisi aliud vsus linguæ obseruet. Nam vti linguæ cuiusque est vsus, ita testator sensisse intelligitur, *l. si seruus. §. vlt. de leg. 1.* Nunc autem Latini liberos plurali numero dicunt, non vt plures significarent, sed quia necesse habent plurali numero, vti cum singuli careant. Idem fieri videmus in his verbis, pugillares & codicilli, in quibus pugillares dicimus etiamsi sit vnus libellus; codicillos, etiamsi sit vnicum exemplum scripturæ, idque est, quod significatur, *in d. l. non est, de verb. signif.*

2 Deinde quæsitum est, an videatur † decessisse libeberis relictis, qui decessit non vno filio superstite, sed nepote, q natus sit ex filia? Cuius dubii causa est, quia qui ex filiabus nascuntur, non sunt in potestate auorum, sed in alienam familiam transeunt. Et placet liberorum appellatione omnes contineri, qui descendunt ex nobis, siue ex masculini sexus personis, seu ex fœminini, *l. liberorum. l. cognoscere. §. vltim. de verb. sig.* Hinc est, quod hic dicitur & aliis locis, non videri decessisse sine liberis, qui etiam nepotem, quamuis ex filia natum habeat. *Idem in l. 2. est const. Iust.*

Ad §. vltimum.

*Illud etiam admonemus, ea, quæ de Falcidiæ portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinenda & de satisdatione fideicommissorum (sicut supradictum est) concedenda diximus, non vlterius, quam in his personis & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci. PP. Kalend. Septemb. Constantinop. Probino & Eusebio coss. 489.*

Svmmarivm.

1 *An a nepote satisdatio fideicõmissi nomine exigi possit, & interim fructus ab eodem percepti in quartam imputari debeant?*

QVod de fructibus pendente conditione ab herede perceptis in quartam non imputandis, itẽ quod de satisdatione ab herede rogato non exigenda, supra constitutum est, Zeno hoc loco nolle se locum habere dicit in aliis personis heredum, aut fideicõmissariorum, item in aliis casibus seu conditionibus locum habere, quam in suprascriptis. Quod ideo cauet, ne quod de vna dicitur persona, aut in vno genere conditionis, ad alias personas, aliasve conditiones transferamus, in quibus eadem sit ratio, quod secundum regulam iuris alioqui fieri oportebat, *l. non possunt. & l. sequ. de legib. l. illud, ad l. Aquil.* Hinc colligimus, si testator quamuis alium ex liberis heredem instituat, quem filium, puta si auus nepotem instituat 1 heredem, quamuis roget nepotem, hereditatem fratri suo restituere, aut alicui ex liberis suis, tamen † & a nepote satisdationem fideicommissi nomine exigi posse, & interim fructus ab eodem perceptos in quartam debere computari, vti ius fuit antiquum.

Huic loco de fructuum imputatione opponitur, *l. quod bonis. §. auus, ad l. Falcid.* vbi nepos ab auo institutus & rogatus, post mortem suam restituere hereditatem, nõ imputat in quartam fructus medio tempore perceptos. Respond. id fit in ea specie, quia nepos fructus illos imputabat in debitum, quod ei ab auo debebatur, vt ibi nominatim scriptum est. Non potest eosdem fructus in duas res diuersas simul imputare. Nã cum in vnam prius imputabit, deinde habetur, quasi fructus non percepisset. Idem dicemus, si filius heres institutus rogatus sit, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem aliis quam liberis, aut fratribus suis. Quin imo etsi filius heres institutus rogatus sit restituere hereditatem fratri suo, vel liberis suis, sub alia quauis conditione, quam si sine liberis decederet, dicemus ex hoc loco, & satisdationem ab eo exigi posse, & fructus ab eo perceptos in quartam imputatum non iri. Quo loco opponetur nobis superior regula, de qua dixi, nempe in quibus caussis eadem est ratio, ibidem idem ius statui debere. Responsio facilis est, hoc enim ita intelligendum est, nisi legislatori aliud placuisse nominatim constet: nam in voluntate certa non est opus coniecturis. Et quamuis nihil hic nominatim a Zenone cautũ est, nec ius ab eo constitutum ad alias caussas, aut conditiones transferatur, tamen intelligere debemus, id non transferri debere, quamuis eadem sit ratio, quia quod supra cõstitutum est, ius est singulare, & contra regulam iuris: quod ius eiusmodi est, ad consequentias deduci non debet. *l. quod vero, & l. seq. de legib.*

Ad Auth. Nisi rogati.

*Nisi rogati restituere datum dotis caussa, vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum vel liberorum, monasterium vel alium locum venerabilem ingrediãtur: siue restitutio, aut substitutio fiat sub prædictis conditionibus, siue in redemtionem captiuorum, seu in egentium alimenta.*

Svmmarivm.

*Quidquid rogatus quis est restituere [illegible] conditione, non suscepturum, non con[illegible] ties licet rogato contemta conditione [illegible] rium ingredi, & datum sine [illegible] secum retinere.*

*[illegible] dotis caussa conditionem habet, si nuptiæ [illegible] quantur.*

*[illegible] Conditiones in testamentis quæ contra bonos mores sunt, pro non adiectis habentur.*

SVpra constitutum est, [illegible] lius rogatus sit heredita[illegible] si sine liberis decederet, exsistente condi[illegible] missum deberi, sic tamen, vt quarta retineri possit: hic in hoc fragmento adiicitur exceptio, nisi is, qui sub ea conditione restituere rogatus est, monasterium, aut cœnobium ingrediatur, & ibi cœlibem vitam agat, & † generaliter constituitur quicquid rogatus, aut iussus est quis restituere sub conditione supple, *non suscepturum*, vel sub conditione, rursus supple, *non contracturum*, toties licere rogato, contemta conditione monasterium ingredi, idque si fecerit, posse datum & relictum, sine fraude secum retinere. Intelligitur enim quis rogatus 1

esse sub hac conditione, alias aperte, alias tacite, quomodo aperte verbum est: id enim continet in specie, de qua quæritur *in l. iubemus supra.* Tacite enim id agi intelligitur, cum quid datur dotis caussa. Nam hæc
2 † datio conditionem habet si nuptiæ sequatur, *l. plerunque. §. si. ante l. stipulat. ff. de iur. dot.* Idq; ideo, quia dos sua natura sine matrimonio esse non potest. *l. 1. 2. 3. de iur. dot.* Proinde cum eiusmodi datum detur ob caussam, vt nuptiæ sequantur, consequens est, caussa non secuta, condictioné non competere ob caussam dati, *l. cum non secuta.* Eiusdem generis est, quod donatur propter nuptias: nam & hoc eandem conditioné habet, si nuptiæ sequantur, *§. est & aliud, de donat.* Idcirco & id ob caussam datum intelligitur, qua non secuta eadem conditio est, vt datum restituatur, si videlicet nuptiæ non sequantur.

Sed huic constitutioni opponitur voluntas testatoris: nam ex verbis manifestum est, testatoré voluisse restitui hereditaté, si heres rogatus sine liberis decesserit. Hac conditione exsistente, omnia iura clamant voluntatem testatoris esse seruandam. Sic in l. 12. tabul. *l. verbis legis, de verb. sig.* confirmatur nominatim ab eodem Iustiniano, *in nouel. de nupt. §. disponat,* vbi his verbis vtitur; *statuat testator & erit lex.* Huius enim iuris ratio & æquitas ostenditur supra *in l. 1. de sacrosanct. ecclesi.* Ad hoc diluēdum Accursius & pleriq; alii hac vsi sunt exceptione, quod dicerent, heredem rogatum, qui monasterium ingressus est, videri filium genuisse, nempe monasterium, vt sic iure dici possit conditionem fideicommissi defecisse, quod bene a Bartol. notatum est, & est absurdum. Nemo enim dicitur gignere eum locum in quo est, & in quo alitur, sed potius ab eo gigni, quomodo patriam nostram, parentem omnium nostrum dicimus. Ratio huius conditionis ea est, quam Iustin. in Nouel. vnde hoc fragmentum sumtum est, reddidit. Voluit enim fideicommissum restitui non debere, quasi irrita conditione facta, vt intelligamus hoc casu reiici conditioné si sine liberis decesserit.

Sed tamen amplius quærimus hic, cur hanc conditionem reiecit contra voluntatem testatoris. Hic enim eadem dubitatio relinquitur. [redacted] Ceterū hac opinione posita quā sup. dixi, consequens fuit, vt reiiceretur hæc conditio, si heres sine liberis, aut nuptiis decesserit, tanquā quæ esset contra bonos mores, quatenus præmio hereditatis proposito inuitabatur heres ad repudiandū propositum tam sanctum vitæ monasticæ suscipiendum. Perinde est igitur, quasi ita diceretur a Iustiniano, quod iubetur restitui sub conditione, si is qui accepit sine liberis aut nuptiis decessit, sub contraria conditione ei datum intelligitur, si nuptias contraxerit, si liberos susceperit, *l. aliquando, de cond. & demon.* Hæc enim conditio dati, si quis nuptias contraxerit, aut si liberos susceperit, est contra bonos mores in eo, qui vitam monasticam elegerit, ob eam, quam sup. dixi, caussam.

Placet igitur eam hoc casu reiici debere. Certi iuris est enim † conditiones in testamentis, quæ contra 3
bonos mores sunt, pro non adiectis haberi, *l. conditiones contra, de cond. instit.* In contractibus autem eodē numero habentur caussæ impossibiles, propter quas aliquid datum est, veluti si pecunia sit data, vt nuptię sequantur. Si quid donatum sit propter nuptias *l. dicta C. de condict. ob ca. dat.* Caussa enim quæ cōtra bonos mores est, impossibilis est. *l. filius, de cond. inst.* Sed hic Iustinianus adiecit exceptionem. Quod enim dicitur, *quod quis rogatus esset restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, aut sine nuptiis, fideicommissum non deberi, si is, q rogatus est, monasteriū ingrediatur:* hoc ita esse placet, nisi rogatus sit sub ea conditione restituere, in redemtionem captiuorum, aut in alimēta pauperum. Nam hæc caussa, quæ pietatis caussam habet, coniuncta cum voluntate defuncti, prępualet. Hæc exceptio est *in nouel. de sanctiß. epis. §. sed & hoc præsenti in fin.* Vnde monendi sumus, in hac Authentica *nisi,* vitiose legi hæc verba extrema, *siue in redemtione captiuorum,* nam pro *siue,* legēdum est *nisi.* Hic enim nō continetur definitio præsens, sed eius definitionis exceptio subiicitur, nempe ea quam modo diximus.

Ad Authen. Contra.

*Contra cum rogatus fuerit quis, vt sine liberis decedens, quod tunc ex hereditate superest, restituat, vel aliis huiusmodi fideicommissi verbis grauatus: quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super hoc igitur & cautionem, nisi a defuncto remissa sit, exponet. Quod si contingat eam deminui: aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiente, in rem actione & hypothecaria fideicommissario vti permittitur aduersus rerum acceptores. Ex caussa tamen dotis, seu propter nuptias donationis seu captiuorum redemtionis, vel si non habeat, vnde faciat expensas, huius quartæ permittitur deminutio.*

SVMMARIVM.

1 *Heres an possit ex iudicio defuncti alienare, & consumere quodlibet ex hereditate.*
2 *Quid iuris, si heres non tantum dodrantem, sed etiam quartam consumat.*
3 *Quid si nihil alienauerit, nihilque consumserit ex hereditate, vtrum eo mortuo heres eius dodrantē retinere, & suo arbitrio consumere possit, vt tantum quartam consumere cogatur.*

HAc authētica nihil plane corrigitur in l. *iubemus,* cui hæc authentica subiecta est, sed declarat quid intersit vtrum heres institutus rogetur simpliciter hereditatem restituere, an vero rogetur restituere, quod ex hereditate superesit, cū decedet. Et hoc est quod significatur hoc verbo, *contra,* quod sic accipiēdum est, quasi diceretur, cum heres rogatus est restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, de hereditate suo arbitrio nihil imminueré potest, sed restituens cogitur dodrantem restituere, quartam retinere potest. Contra diuersum erit, cum rogatus sit restituere decedens id quod ex hereditate superest. De quo quid hic constituatur, vt possit intelligi, sciendū est, fuisse veterem quæstionem in hoc genere fideicommissi, an heres † his verbis rogatus posit ex iudicio defuncti, alienare & consumere quidlibet ex he- 1
reditate, vt si quid ex ea supersit, id restituat, si nihil, nihil

nihil debeatur, id quod verbis fideicommissi videtur effici, cum ita dicitur: restituat quod ex hereditate supererit. Hæc verba, si quid supererit, conditionem habent. *l. 5. de leg. 1.* Hæc autem conditio, si quid superfit, restituat, contrariam conditionem tacitam habet, sin nihil supererit, neutiquam restituat. *l. si quis. §. 2. de cond. & dem. l. 1. §. huius quæst. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Et hoc non aliter esse a fideicom. & M. Ant. & Papin. visum est, in hac fideicommissi specie bonã fidẽ heredis contineri, & ita constituerũt heredi licere hereditatem imminuere prout liberet, nisi intervertendi fideicõmissi caussa id probaretur factum. *l. Titius. D. eod.* Sed hocius incertius visum est Iustiniano contra idipsum, de quo quærebatur, & ideo visum est illi cõsultum esse, hac de re, id est, de potestate imminuendi res hereditarias certi aliquid constituere, quod fecit Nouell. de restit. cuius summa descripta est in Auth. *contra.*

Sic vero de eo cõstituit. Qui rogatus est constituere decedens, quod ex hereditate supererit, iure suo de dodrante hereditatis statuere pro arbitrio potest, vt vel alienet, vel consumat, prout volet, vt omnibus iustis dominis iure sua agere licet: quartam reliquam attingere non potest, sed integram fideicommissario seruare cogitur, quamobrem etiã huius quartæ nomine satisdatio ab herede viuo exigi potest, nisi testator vetuerit nominatim exigi. Quid si filius heres nominatim a patre institutus rogatus sit restituere, si sine liberis decedat, id quod ex hereditate supererit, sed restituat fratri, aut liberis suis, an etiam hoc casu, huius quartæ nomine satisdare debebit? Verba constitutionis generalia sunt, nullas enim personas heredum excepit, vt videri possit in specie hac corrigere *l. iubemus. §. 1. sup. hic.* vbi satisdatio a filio herede instituto & rogato restituere hereditatem fratri, per liberos exigi prohibetur. Sed dicendum est hanc Authenticam, & const. Iustiniani ad eam speciem l. *iubemus* non pertinere. Quamuis enim hæc constitutio Iustiniani generalis sit *l. iubemus*, tamẽ semp hãc regulam tenere oportet, posteriores leges ad priores trahi, nisi nominatim sint contrariæ. *l. sed & posteriores, de legib.* Sensus est: posteriores leges, nisi nominatim prioribus derogent, non videri prioribus derogari, sed cum exceptione priorum intell gẽdas esse, de qua re supra *ad l. iubemus dictum.*

2 Quod si heres † in specie proposita non tantũ dodrantem, sed etiam quartam consumat? Placet eũ de suis bonis sarcire debere, si habet: si non habet, datur fideicõmissario, ad huius quartæ persecutionẽ, & rei vindicatio, & hypothecaria actio, quas actiões diuersis de rebus dari intelligendum est. Datur vindicatio de rebus hereditariis, quia conditione fideicommissi existente, & restituta hereditate fideicommissarius rerum hereditariarũ dominus est effectus. At hypothecaria iisdẽ de rebus non competit: nam hypothecaria pignora persequitur. *§. item seruiana, Inst. de act.* Nulli autem res sua pignori teneri potest. l. *neque pignora, de reg. iur.* Sed datur hæc actio de rebus heredis, quæ sunt alienæ, de quo diximus sup. *ad l. 1. 2. com. de legat.* Sic tamen prohibetur hic quarta ab herede imminui, vt quatuor in caussis etiam eius imminutio concedatur. Nam primum, si heres dotem filiæ constituere velit, & nihil habeat in bonis, vnde dotẽ hãc constituere, aut restituere possit, licet quarta etiã reliqua hereditatis in hac constitutione & restitutione dotis vti. Idem ei licet facere, si donationem propter nuptias caussa mortis velit constituere filiæ nomine, aut cũ mulier esset rogata, vt soluto eo matrimonio donationẽ propter nuptias restituere debeat, & non habeat, vnde hæc præstet. Sed horũ vtrumq; conceditur sub conditione, si heres non habeat in suis facultatib. vt de dotẽ hanc, aut donationẽ propter nuptias præstet: q si habebit, de suo præstabit, non de quarta, vt nominatim in his duob. casib. cautũ est Nouel. Iustin. Põt & hanc quartã consumere in redemtione captiuorum, q illi facere conceditur, sine vlla exceptione, siue habeat quid in bonis, siue non habeat, vt apparet legenti nouel. Iust. Si nihil horũ est, etiam permittitur heredi quartam consumere, si nihil habeat aliud vnde viuat. Ceterum his caussis exceptis non permittitur ei quartam hereditatis attingere, dodrantem autem pro arbitrio consumere conceditur.

Quod si heres bonã fidẽ secutus, nihil alienauerit, nihil consumserit ex hereditate, vtrũ eo mortuo heres eius, dodrantem retinere põt, & suo arbitrio consumere, vt tantũ quartam cõsumere cogatur? Nos ita tenebimus, vbi de hereditate nihil est imminutũ, heredẽ heredis rogati nihil amplius ex hereditate retinere posse preter quartã, dodrantẽ aũt restituere cogendũ esse. Itq; Senatusconsulto efficitur, *§. sed quia, Inst. eod. l. iubemus. s. h.* Hoc amplius ita statuemus; si heres rogatus dũ viueret tantũ ex fructib. hereditariis percepit, quantũ ad quartã hereditatis sufficeret, eos fructus in quartã imputari, & ita totã hereditatẽ restitui debere, quarta exclusa, vti ius antiquũ fuit. *l. Papinian. §. vnde si quis ff. h. l. mulier. 1. resp. § si heres ff. eod. l. iniquam caussam. ff. ad l. Falcid.* Hæc ita sunt ex voluntate defuncti, qui hereditatẽ restitui volet, vt mutari non possit, nisi aduersus voluntatem testatoris aperte faciemus. Nã verba fideicõmissi sunt manifesta; iubet testator heredem suũ restituere, quod ex hereditate supererit: omnia supersunt ex hereditate, quia nihil cõsumtum est, vt fingimus, necesse est igitur secundum voluntatẽ hanc omnia restitui. Et quoniam Senatusconsultũ potestatẽ facit quartę retinẽdę, ideo heres rogatus, aut, eo mortuo, heres eius quartã retinere ex Senatuscõsulto poterit, sed nihil amplius. Hęc ex iure veteri sunt rata, necesse est igitur eadẽ nũc manere ẽt, nisi posterioribus constitutionib. Iustiniani, vel aliorũ imperatorũ mutata sint, & aperte mutata. Tenenda .n. semper est hæc regula: quicquid ex iure veteri correctũ non est, id veteris iuris regulis esse relinquendũ. *l. præcip. in fin. inf. de appell.* At superiori iuri posteriores nullę leges aduersantur. Inprimis non obstat Iustin. nouell. de restit. vnde hæc Authentica est desumta, qa Iustinianus lata ea nouella, permittit heredi, qui ita, vt supra scriptum est, rogatus est restituere, consumere ex hereditate quantum velit, dũmodo quartã non attingat, & in ea potestatem ei facit dodrantis restituendi, sed ita si dodrantem consumserit. Nihil autẽ addidit, quod retinere heres deberet aut posset, vbi nihil consumsit. Proinde vbi nihil consumtum est, ius erit antiquum iuxta regulam suprascriptam.

Non obstat hæc authentica, vbi dicitur: eum heredẽ de quo agatur, vel successorẽ cogi restituere quartam. Hoc enim non ita dicitur, quasi solam quartam restituere semper debeat, sed quia interdum non cogitur amplius restituere, videlicet si cetera hereditatis consumserit: quod auctor huius authenticæ aliter sensit, quia ex nouell. Iustiniani non colligitur ita:

præterquam vero, quod ex verbis Iustiniani id non colligitur, etiam minime colligitur omnium ex sententia Iustiniani. Nam multis locis Iustinianus est testatus in supremis testantium voluntatibus, sibi hoc vnum curæ esse, vt seruentur supremæ voluntates. *l.1. 2. in fin. sup. com. de leg.* & aliis locis innumeris. Idem ipse in specie proposita *in dict. nouel. de restit. §. penult. in fin. §.* testatur, se id agere, vt in hac quoque specie volũtas testatoris seruetur. Ait enim si testator vetuit satisdationem quartæ exigi, se non pati vt ea exigatur: quin si exigatur, non sit eius, qui conseruat voluntatẽ testatori: quasi hoc absurdum putet non conseruare. Atqui iam dixi & manifestum est, cum nihil ex hereditate consumtum est, voluntatem testatoris esse, vt quicquid ex hereditate supererit restituat. Ergo & secundum sententiam Iustiniani restitui debet, quo defuncti volũtas conseruetur. Nõ obstat *l. quãquam. J. ad leg. Falcid.* vbi scribitur, quemadmodum heres, a quo legata supra dodrantẽ relicta sunt, retinere quartam potest ex l. Falcid. Ita etsi decesserit, heredẽ eius, quamuis legitimum, eodem beneficio vti posse, ex quo Accursius peruerse colligit, sententiam hanc generalem: quod heredi rogato aliquid præstare conceditur in eo, quod rogatus est, id etiã successori eius concedi. Quæ definitio, neque ex eo loco colligitur, & per se aperte est falsa, ita vt nihil magis.

Nã ne longius abeamus, id liquet ex exẽplo proposito. Heres institutus rogatus est, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem Titio. Certum est heredem dum viuit, retinere posse hereditatem. At eo mortuo heres eius statim restituere iubetur, *l. iubemus. sup. h.* Similiter in proposito est dicendum; heres restituere rogatus est, quicquid eo mortuo ex hereditate supererit: poterit is heres dodrantem restituere, si volet, ex constitut. Iustin. Sed si non consumserit heres eius, restituere cogetur, quia ex hereditate defuncti id superest. Quid igitur ad speciẽ *l. quãquam,* dicimus? Respondeo, res expedita est: quicquid heredi rogato conceditur, id & successori eius concedendũ est, nisi voluntas testatoris refragetur, & eiusmodi sit voluntas, quam leges tueantur, vt dixi in persona eius heredis, qui moriens est rogatus. Nam viuus retinere potest, secundum voluntatem defuncti: ipso mortuo heres eius non potest, quia testatoris voluntas refragatur iubentis, tunc restitui hereditatem. Idẽ fit cum heres rogatur restituere, quod ex hereditate supererit. Nam voluntas defuncti viuenti potestatem facit consumendi pro arbitrio vsque ad dodrantem, vt Iustin. voluntatem est interpretatus: at heres eius non potest idem facere, quia voluntas testatoris iubet eum heredem restituere, quod ex hereditate supererit.

*Ad L. sancimus. penult.*

Imp. Iustinianus A. Iuliano præfecto prætorio.

*Sancimus licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine vniuersitatis restitutionẽ, quod pupillo relictum est, & sine onere fideiussionis: vbi tamen pupillus fari non possit, vel abesse noscitur: ne dum nimia subtilitate vtimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum reuertatur. Idemque iuris esse oportet, & si furioso fideicommissoria debeatur hereditas: vt restitutio curatori eius soli nomine scilicet furiosi celebretur. Quis enim ferat, quæ vox certa furioso esse intelligitur, cum in vtroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem: hoc eodem obseruãdo, & si ipsi pupilli, vel furiosi restitutione grauati sunt.*

SVMMARIVM.

1 *Pupillo & furioso quomodo recte restituatur hereditas, vt in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto.*

2 *An soli tutori hereditas possit restitui, vt iis casibus pupillo acquiratur, & an in pupillum actiones transeant.*

3 *Heres cum restituit hereditatem tutori, an ea restitutione liberetur, an vero caueri ei debeat cum fideiussoribus datis a tutore, hereditatem indemnẽ esse futuram.*

4 *Pupillus heres institutus, & restituere hereditatem rogatus, quis & quomodo restituat.*

Rogatus est heres restituere hereditatem pupillo, rogat⁹ est † restituere furioso, in his psonis quæritur, quomodo hic recte restituatur hereditas, vt in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto? 1 Mouet quæstionem personarum conditio, quia non restituitur hereditas, nisi consensu fideicommissarii. *l. restituta D. eod.* Et præterea valde iniquum est, quenquam inuitum aut ignorantem restituere obligari. *l. qui in aliena, in pr. de acquir. hered.* Porro infans pupillus, consentire non potest: furiosus nullo modo: per tutores autem & curatores solos obligari hos, nihil continetur hic. Hinc quæritur, quid in his personis sit facto opus ad restitutionẽ hereditatis, & trãslationem actionis? De pupillo primum dicemus. Ipsi pupillo si maior est 7. annis, recte hereditas restituitur, nam ea ætate sentire aliquid & velle existimatur, sed tutoris oportet accedat auctoritas, *l. restitut. §. 1. D. h.* Ratio huius rei redditur *in Institutionib. de auctor. titu.* Sed fieri põt, vt pupillus sit infans, cuius nulla voluntas: fieri põt, vt pupillus maior infante adsit. Hic duo quæsita sunt, de quibus ius nouum constituitur hic. I. Quæritur, † an soli tutori hereditas possit restitui, vt iis casib. pupillo acquiratur, & an in pupillũ actiones transeant? 2 Et placet soli tutori his casibus recte restitui, in quo intelligimus recedi a iure veteri, quo etiã continetur factum infantis, *l. serui, §. si pupillo, D. h.* Hoc ideo constitutum est, quia necessitas & vtilitas pupillorum, hoc exigit: nam reuera infans consentire non potest, vt valde ineptum sit, ei tanquam consentienti adhiberi tutoris auctoritatem. Huc regula pertinet, etsi nihil facile ex solemnibus est mutandum, id est, ex solemni communi vsitato iure; tamen vbi euidens ratio postulat, subueniendũ est, *l. pen. ff. de in integ. rest. l. etsi, de regu. iur.* Deinde quæritur, quid pertineat ad liberationem heredis, restituentis fideicõmissum, an † is, cum restituerit hereditatem tutori, ea restitutione plene liberetur? 3 an vero, quia non plene liberatur, debeat ei caueri cum fideiussoribus datis a tutore hereditatem indemnem esse futuram? Et cõstituitur hoc loco restitutionem hãc sine vllo damno & periculo heredis processuram, & ob id nullam satisdationem eo nomine a tutore exigi posse, in quo rursum ius nouum a Iustiniano est constitutum. Recessit enim ab eo iure, quod prius ipse constituit *l. sancimus. C. de restit. & l. constitutionem, sup. de administr. tutor.* Quibus constitutionibus cautum est, quod pupillo datur, id neque tutori, neque pupillo tutore auctore recte solui, vt debitor plene, & sine vllo metu liberetur, nisi auctoritate iudicis id debitor fecerit, qui passus sit se in ius vocari, & vocatur iussu iudicis

solius

fessus vel tutoris, vel pupilli. Iustinianus quosdam excepit casus, quib. adiicere debemus casum loci huius, nempe cum de restituenda pupillo fideicommissaria hereditate agitur. Eadem dicenda sunt, inquit Iustinianus, in curatore furiosi. Hoc sic est intelligendum, vt sint eadem, quod attinet ad facultatem restituendæ hereditatis curatoris, & ad liberationem heredis restituentis. Ceterum multum interest ad vim acquisitæ hereditatis. Nam cum tutori pupilli restituta est hereditas, sic hereditas acquiritur pupillo, vt etiam eo mortuo intra pubertatem transferatur hereditas ad heredes eius. *l. si infante. sup. de iur. delib.* At cum hereditas restituitur curatori furiosi, quamdiu furiosus vixit, retineri potest hereditas, sed si is in eodem furere decesserit, perinde erit, quasi hereditas non esset quæsita. *l. vlt. §. tale est, de cur. furios.*

Hæc dicta sunt de pupillo & furioso, quibus heres rogatus est restituere hereditatem. Quid e conuerso,
4 † si pupillus heres institutus sit, & rogatus hereditatem restituere, quis & quomodo restitueret? Hic rescriptum est, & hic eadem esse dicenda. Id habet hanc sententiam: si pupillus & fari potest, & præsens est, ipse restituet hereditatem, sed tutore auctore *l. restituta. §. primo, D. h.* quod si autem infans erit & aberit, tutor solus recte restituet, idemque in curatore furiosi dicendum est, vt curator solus recte restituat. Sed hoc ita est, nisi pupillus rogatus sit hereditatem
2 restituere ipsi tutori. Nam hoc casu ipsi sibi tutor restituere non potest, quia non habet, quod restituat, vt iura & actiones transeant. Nam hæ actiones sunt penes pupillum heredem, non tutorem. Pupillus igitur eas restituat non tutor. Rursus pupillus restituere tutori non potest: non enim potest quicquam a se dimittere & alienare, sine tutoris auctoritate, *Instit. de auctor. tut. l. obligamur. de auctor. tut.* Porro tutor in rem suam actor fieri non potest. *l. 1. de auctor. tut.* sic fit, vt eius voluntate, & auctoritate restitui ei hereditas non possit *dict. leg. restituta. §. primo.* Et ideo aut alius tutor quærendus est, qui pupillo auctor sit, aut iudex adeundus est, cuius auctoritate restituat pupillus hereditatem, *argumento. l. si infanti. sup. de iur. delib.*

Sed hic occurritur. Nam constat tutorem solum, si quid ei pupillus debeat, posse sibi soluere *l. quoties. 9. §. si quid, de administra. tut.* cur ergo & non pōt fideicommissarius sibi a pupillo debitum soluere restituēdo? Quia solutio, de qua dicitur *in d. l. quoties. §. si quid,* intelligitur naturalis solutio pecuniæ, vt solutionis verbum significat *l. solutam, de solut.* perspicuum est autem multum interesse inter corpora pecuniæ, & actiones incorporales. Corpora pecuniæ a tutore corpore sumi possunt, eaque in rem suam potest tutor conuertere natura. At actiones naturales sunt tantum in pupillo herede, quas secundum naturam tangere, & tractare tutor nequit: solum ex animo consistunt, sic animo & voluntate transferuntur, voluntate inquam eius in quo subsistunt actiones.

Ad §. 1.

*Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est, & dolo malo, vel post litem contestatam, vel antea sese contumaciter celauerit: vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est, nullo herede vel successore ei existente: vel fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur. & Domitius Vlpianus constituendum esse super his putauit. Sancimus itaque, vt siue per contumaciam abfuerit is cui restitutio imposita est, siue morte præuentus nullo relicto successore fuerit, siue a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est: ipso iure vtiles actiones transferantur. Dat. 10. Kalend. Nouemb. Constantin. Lampadio & Oreste VV. CC. coss. 530.*

SVMMARIVM.

1 *Hereditas fideicommissaria, quando & quomodo adquiratur fideicommissario.*

Hic locus ostendit in vniuersum, quando † & quomodo hereditas fideicommissaria adquiratur fideicommissario. 1
De eo ita statutum est: tunc demum hereditatem acquiri fideicommissario, cum ab herede rogato restituta est. Proinde acquiri restitutione, non aliter. Id ex hoc loco intelligitur hoc modo. Nam cum hic dicitur in casibus tantum certis hereditatem fideicommissario acquiri ipso iure, hoc ipso confirmatur, non acquiri extra hos casus, non acquiriri nisi tunc cum ab herede est restituta. Hæc autem sentētia satis intellecta est ex Senatusconsulto *l. 1. D. h.* Nam eo Senatusconsulto cautum est, ei & in eum dari actiones, cui fideicommissum restitutum erit, siue *vt est in §. restituta Instit. eodem.* cui ex fideicommisso restituta erit hereditas, his verbis: *cui hereditas restituta est.* Conditio hæc confirmatur, si ei fideicōmissum aut hereditas sit restituta. *l. Stychum. 6. de leg. 1.* Inde dictum est, si heres priusquam adiret & restitueret hereditatem, decesserit, intercidere fideicommissum, *l. ille a quo. sup. Dig. eodem.* Nam herede mortuo neque ipse, qui non est, eam restituet, neque heres eius hereditatē eā adire pōt, quia hereditas non adita non transmittitur ad successores heredis *l. vna. §. in nouissimo, de cad. toll.* Sed tamen iustis de caussis interdum placet hereditatem fideicommissario etiam ipso iure acquiri, & ipso iure transire in eum actiones: quo verbo hæc constitutio vtitur, in fine. *ipso iure valet,* iuris potestate sine vllo facto, aut opera fideicommissarii, id est, sine vlla restitutione, & susceptione hereditatis: quomodo hoc verbū vsurpatur, cum dicimus suis heredibus hereditatem ipso iure acquiri. Hoc enim significatur, suis heredibus etiam ignorantibus & inuitis acquiri, sine vlla aditione hereditatis, aut pro herede gestione. *§. fin. de heredit. quæ ab intestato.* Vt autem ita transferatur hereditas & actiones, tribus in casibus receptum est, de quibus hic est constitutum.

I. Casus: si heres conuentus iudicio, vt hereditatē restitueret dolo malo se celauerit, vt post litem contestatam vel ante. Exigit, constitutio vt se celauerit contumaciter. Id ita fieri intelligitur, non si semel conuentus non venerit in ius, sed si tribus denuntiationibus euocatus, aut vna, quam prætor etiam dixerat pro omnibus, præsentiam sui facere contemnit, sic enim definitur contumacia *in l. contumacia, de re iudicat.* Exigit constitutio, vt se dolo malo celarit, ex quo intelligimus, aut ipsi heredi coram esse denuntiandum, aut probandum, significatum illi fuisse a domesticis, apud quos vocatio in ius facta est. Notandum est autem non exigi, vt heres pronuntiatus sit a magistratu se celasse, sed solum

se vt celauerit, ex quo colligitur, nulla sententia iudicis hac in re opus esse, ad declarandam contumaciam heredis vocati, sed satis esse probari, eum rite vocatum contempsisse. Sed quomodo id probabitur? Respondeo, ex actis iudicis sui tribunalis, nam in his perscribitur petitio fideicommissarii, iussus magistratus, iubentis heredem vocari & adesse, vocatio apparitoris, & contemptus heredis, qui declaratur ad condictum diem non venisse.

II. Casus, si heres rogatus ante restitutam hereditatem decesserit, sine vlla hereditate, quod sic intelligitur: si decesserit prius adita hereditate, ita vt de ea solum restituenda ageretur. Nam alioqui, qui non adita hereditate decesserit, facit vt intercidat fideicommissum, vt initio dixi *ex l. ille a quo. §. 1. in fin. eodem*. Sed quomodo probabitur heres decessisse sine herede, cum possent esse innumerabiles heredes, qui lateant? Respondeo, hoc ipso probatur, quod nulli heredes extitêt, & ideo si fideicommissarius mortuo herede rogato putet, heredem sine herede decessisse, potest tuto conuenire hereditarios debitores, quod dicat actiones hereditarias in se ipso iure trãsisse, quia heres sine herede decesserit: nam si debitores dicent ei esse aliquem heredem, qui dicunt probare debent, *l. 2. de probat.* si non probant, nulla probatio a fideicõmissario est exigenda. Quia hæc oratio: heredem decessisse, sine vllo herede relicto, negatio est facti. Factum autem negantis per rerum naturam nulla est probatio, *vt est in l. actor. sup. de probat.*

III. Casus, si heres rogatus sit restituere hereditatem primo, & is primus rogatus sit restituere eandem hereditatem secundo. Placet hoc casu, si primo restituta sit hereditas, statim sine vlla alia restitutione actiones transire in fideicommissarium secundum, si ei pure restituitur hereditas: aut si restitui debeat sub conditione, tunc transire, cum conditio exstiterit. Huic casui similis est, ac prope idem, qui refertur *in l. 1. §. sed & quoties D. eod.* cum videlicet heres rogatus est restituere hereditatem duobus, vni partem pure, alteri partem sub conditione, & postulante eo, cui pure relicta erat, heres hereditatem adiit, & totam ei restituit. Placet enim conditione alterius partis postea exsistente, statim postea actiones transire in eum fideicommissarium, cui sub conditione pars relicta erat. Sed cur id receptum est potius in persona fideicommissarii, quam in persona heredis instituti, id est, cur potius ab herede exigimus, vt hereditatem restituat, quam exigimus a fideicommissario primo, vt eã secundo fideicommissario restituat? Respondeo, vbi heres non restituit, nemo est, qui restituat, & vbi semel fideicommissario primo restituit, videtur sub persona eius, & primo & secundo restituisse, quasi primus & sua, & fideicommissarii gratia acceperit.

Hic opponitur, *l. 3. §. de illo D. eodem.* vbi in eadem specie dicitur primus fideicommissarius restituendo transferre actiones in secundum. Respondeo, restituendo transfert, si vult: si nõ vult, nihilominus ipso iure transeunt actiones in fideicommissarium. Quod si Vlpianus aliud sensit, *in §. de illo*, sciendum, eum locum huius constitutionis emendari, quæ est ex 50. decisionib. Iustiniani. Vt sunt tres hi casus hoc loco constituti, in quibus sine vlla restitutione hereditatis transeunt in fideicommissarium, ita nõ plures casus occurrunt, quibus actiones transeunt. Postremo obstat *l. vltima. §. sin autem. sup. commun. de leg.* Vbi, si heres sub cõditione rogatus hereditatem restituere, pendente conditione abalienarit res hereditarias, placet conditione exsistente dominium rerum hereditariarum ad ipsum fideicommissarium ipso iure petinere. Hoc ita intelligendum est, si prius restituta erit fideicommissario hereditas: restituitur autẽ hereditas, vt dixi in initio huius tit. non si singulæ res hereditariæ restituantur, sed si dicat heres se restituere hereditatem, etiamsi nulla restituat corpora, *l. restituta D. eod.* Regulariter igitur oportet hereditatem, de qua nunc agitur, restituere, non est necesse restitui res singulas, vt illic scriptum est.

Non obstat *l. ita tamen. §. si pater D. h.* vbi filio suo herede instituto, & rogato restituere hereditatem, dicitur, actiones transire in fideicommissarium, quãuis filius se non immiscuerit hereditati. Adiicit eo loco, quod ad responsionem pertinet. Sic enim dicuntur actiones transire, si filius hereditatem restituat, restituendo igitur hereditatem, actiones transfert. Sed nõ est necesse, vt se immisceat hereditati ad hoc, vt restituere possit. Optima ratione, quia sui heredes ipso iure heredes sunt, sine vlla aditione & immixtione, *§. sui, Instit. de hered. quæ ab intestat.* Hoc loco non importune quæritur, quando de duobus fideicommissariis agitur, quorum prior secundo rogatur restituere hereditatem, an prior fideicommissarius itidem retinere quartam possit ex Senatusconsulto, vt potuit heres prius rogatus. Dixerit aliquis eum statim posse ex sententia Senatusconsulti: nam constat ex Senatusconsulto heredem omnem rogatum hereditatem restituere, posse quartã retinere, vt ex singulis per l. Falcidiam conceditur. *§. sed quia heres, inst. eod.* Diximus autem fideicommissarios quibus hereditas restituitur, heredis loco esse, *l. postulante, §. vlti. ff. eod.* Proinde quod iuris est in heredibus, idem & in fideicommissariis statuendum, vt & sic restituta hereditate tota possint quartam retinere. Sed hoc non est ita, alioqui duæ quartæ aliquãdo auferẽtur postremo legatario, quod est contra sententiam Senatusconsulti, quod vnam quartam retineri voluit. Proinde de ea re sic est statuendum.

Cum heres institutus rogatus est restituere hereditatem primo, & restituit, primus autem item rogatus est restituere hereditatem secundo, & quæritur, an primus fideicommissarius quartam possit retinere? Dicendum est, si heres institutus prius quartam retinuit, nunquam fideicommissarium primum quartam retinere posse, sed quod accepit totum restituere cogendum. Quia ab herede retentum est, quemadmodum Senatusconsultum voluit, eum vna quarta vti. Quod si heres rogatus restituere primo fideicõmissario, totam hereditatem restituit nulla quarta retenta, interest, vtrum ideo non tenuerit quartã, quia coactus hereditatem adiit, & restituit: an vero, quia volens quartam non retinuit. Si coactus hereditatem adiit, & ideo nihil retinuit, primus fideicommissarius suo iure quartam retinebit, *l. Marcellus. l facta. §. si cũ suspectum. D. eod.* Sin autem heres volens non retinuit quartã, proinde non habebit quasi retinuisset, & eam remisisset secundo fideicõmissario. Proinde fideicommissarius primus eam non habebit, præterquam si heres primus fideicommissarii gratia non retinuit, vt scilicet liberalitatem in eum exerceret, quia vellet eum quartam retinere, *l. prima, §. inde Neratius. D. eodem.*

Ad

*Ad L. vltimam. Quidam.*

Idem A. Ioanni præfecto prætorio.

*Quidam testamento condito iussit heredem omnem hereditatem, quam ei dereliquit, alii restituere: speciale etiam fideicommissum alteri adscripsit, & quærebatur, specialis fideicommissarius, id quod ei derelictum est, a quo consequi debeat: vtrumne ab herede, vt post restitutionem eius alias res vniuersitatis fideicommissarius accipiat: an vna cum aliis rebus oporteat & hoc generali fideicommissario aggregari, vt ipse speciali fideicommissario hoc tradat, siue in rebus, siue in pecuniis fideicommissum relictum sit. Sancimus itaque, totam quidem substantiam secundum Senatusconsulti Trebelliani auctoritatem restitui generali fideicommissario, illum autem speciali fideicommissario, id quod ei derelictum est, dependere. Dat. 15. Kal. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampad. & Orestis, VV. CC. anno secundo 532.*

SVMMARIA.

1 *Heres rogatus restituere hereditatem, si totam vult, non tenetur legatariis aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum vel fideicommissum est.*

2 *An idem tribuendum sit heredi, nondum restituta ab eo hereditate.*

1 HEres † rogatus hereditatem restituere, si totam restituere vult, non tenetur legatariis aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum aut fideicommissum est. Hoc ius constat ex Senatusconsulto, si iam restituta hereditate legatarii aut fideicommissarii cum herede agant. Nam ex Senatusconsulto transeunt actiones in fideicommissarium. Sed
2 quæstio est; An idem tribuendum sit † heredi, nondum restituta ab eo hereditate, de qua re ius constituitur. Idem nimirum tribuendum esse heredi, etiam antequam hereditatem restituat, si paratus sit totam restituere, in quo ius aliquod nouum constitutum videtur. Nam ex Senatusconsulto nō transeunt actiones in fideicommissarium, actiones dico æris alieni & legatorum in restituta hereditate. Ante restitutam autem hereditatem actiones penes heredes manent, vt his actionibus heredes teneantur. Sed Iustinianus hoc loco voluit, perinde esse ac si heres restituisset hereditatem, quam restituere paratus est: proinde fideicommissarii legatarium conuenient non heredem.

Adiicitur *h. l.* fideicommissarium a legatariis solum conueniri, & heredem totam hereditatem restituere, cui sententiæ Senatusconsultum aduersatur. Nam quamuis heres nominatim sit rogatus hereditatem totam restituere, tamen quartam ex Senatusconsulto retinere semper potest, *d. §. sed quia heredes.* Et quamuis testator vetuerit quartam retinere, nihil agit, quoniam conuentionibus priuatorum iuri publico non potest derogari. *l. quod bonis. §. 1. ad l. Falcid.* Dicendum est, si heres in specie proposita velit quartam retinere, id ei facere licere: sed intelligendum est de eo herede agi, qui sua sponte voluntatem defuncti secutus, totam hereditatem restituit: in quo dubitari poterat, an possit a se reiicere onera hereditaria pro ea parte, quam remittit. Et hoc loco cauetur posse, quod & Senatusconsulto Trebell. efficiebatur, sed moueri potuit dubitatio Senatusconsulto Pegas. quod quartam retineri noluit.

***

AD TITVLVM XLIX. COD.

Ad L. Falcidiam.

SVMMARIA.

1 *Breuis superiorum titulorum anacephalæosis, & tripartita huius legis propositio. & num. 2.*

3 *Primum legis caput liberam legandi potestatem vsque ad dodrantem concedit.*

4 *Secundum cauet, ne vltra dodrantem legare liceat.*

5 *Tertium cauet, vt legata, quatenus dodrantem excedunt, eatenus ipso iure imminuantur. Eiusdem exceptio. num. 6.*

7 *Dodrans patrimonii quomodo & ex quo tempore æstimandus sit.*

SVperioribus † titulis de legat. & fideicom. Item 1
commun. de leg. & aliis aliquot locis coniunctis, ius constitutum est: Quæcunque legata aut fideicommissa sint, valere, dum eo modo quo oportet, & quibus oportet, & quas res oportet, legatum sit. Hoc totum cum hac exceptione intelligendum est, dummodo non legetur vltra dodrantem patrimonii: nam vltra legare non licet, & quod vltra est, pro legato non habetur. De qua re hic agitur. Id autem l. Falcidia effectum est. Lex Falcidia, plebiscitum est: lata est enim a C. Falcidio, Tribuno plebis, Augusti temporibus, *Dion. in Aug. Euseb. in Chron.* Refertur ex Isidoro in canone quædam distinctio: Eius legis complures clausulæ referuntur *in l. 1. ff. eod.* quæ totidem capita legis faciunt, si verba spectemus. Quod si rem & sententiam † l. spectabimus, summa eius legis tri-
bus capitibus continebitur. 2

Primum † capite l. liberam legandi potestatem 3
dat, vsque ad dodrantem, abrogatis contrariis legibus, *l. 1. statim in pr. ff. eod.* Statim occurrit nobis quæstio, quid opus fuerit hac parte l. cum de ea potestate etiam ante de cautum esset leg. 12. tabularum, his verbis; Vti quisque legasset, &c. *l. verbis leg. de verb. sig.* Respondeo: Nihil hac lege Falcidia opus fuisse, si a lege 12. tabularum in hac re recessum non esset. Sed facultas legandi, ea lege constituta, imminuta erat l. Furia & L. Vaconia, quæ leges commemorantur *in princ. tit. de leg. Falcid. in Inst.* de quibus est apud Theophilum. De leg. Furia est *in fragmentis Vlpiani. Inst.* Ergo aduersus has leges hæc lex Falcidia veterem facultatem legandi restituit. Et quoniam huic parti aduersari poterant præcedentes leges; adiectum est in hac parte, quod ad eas leges abrogandas pertineret. Nam cum L. Furia caueretur, ne liceret cuiquam donare aut legare caussa mortis supra mille asses, vt Vlpianus refert: & præterea si quis amplius cepisset, eius quod amplius cepisset quadrupli pœnam constitueret: cautum est lege Falcidia, vt quanta pecunia cuiquam legata erit, eam pecuniam sine fraude tunc capere liceat in his verbis: *Eis quibus quid ita datum, &c. sine fraude sua, &c. sine vllo delicto:* & per consequens sine vllo damno pœnave sua omni, quæ prioribus legibus constituta esset. Rursum cum lege Vaconia caueretur, ne legatarius plus haberet, quam heres, atque ita fieret, vt si cui legatum esset amplius, quam heres haberet, id quod amplius, heres præstare non cogeretur. Huic quoque parti alia clausula legis Falcidiæ occursum est, ad eandem potestatem legandi pertinente, qua clausula est iussus, vt heres, qui dare iussus damnatusve est, id quod dare condemnatur, ipse habeat. Quas clausulas apparet ad abrogan-

das ll. priores pertinere. Ita ad hanc facultatem legandi, pertinent 3. clausulæ l.F. nēpe 1.3.4. Secundum
4 caput † legis cauet, ne vltra dodrantem legare liceat, sed hactenus, vt non minus quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant. Id effectum est secunda clausula eius legis. Et hic modus est, qui dicitur in lege Falcidia legatis esse impositus, *Instit. eod. tit. in princ.* Modus, id est, moderatio, ad quam vsque legare liceret.
5 Tertium caput † totum prætermissum est, *l.1. ff. h.* Hoc autem capite si supra dodrantem patrimonii quid legatum erit, lex cauet, quid velit fieri de legatis. Cauet autem, vt quatenus legata dodrantem excedunt, eatenus de singulis proportionibus detrahatur, & ipso iure imminuantur, vt declaratur *in l. in*
6 *quantitate 73. §. vltim. ff. eodem.* Addita est † exceptio eodem capite. Nam lege Falcidia non minuuntur hæc; Dos vxori legata: Item res vxoris caussa emtæ, paratæ, quæ ei legatæ sunt, *l. sed vsusfruct. ff. eod.* Præ-
7 terea † eodem capite cautum est, huius patrimonii dodrantem lege hac vere accipi, quo modo æstimarit. Nam res docet, aliam quantitatem esse solere patrimonii, cum testator moritur, aliam cum heres adit, aliam cum legata præstantur. Nam res, quæ defuncti fuerunt, possunt interire vel incendiis vel bello, vel aliis casibus, contra quoque augeri multis partibus possunt, vt permagni referat, ex quo tempore æstimemus patrimonium. Ob hanc caussam cautum est, vt in exquirenda quantitate patrimonii, ad hoc vt sciatur, an supra dodrantem eius patrimonii legatum sit, mortis testatoris tempus spectetur, *d. l. in quantitate. in pr. ff. eod.* Præterea vt æstimetur patrimonium deducto ære alieno, funeris impensa, & pretiis seruorum manumissorum, de quo dicitur *in l. in quantitate. j.* Sic ergo dicendum est; Vsque ad patrimonii dodrantem legare licet, supra dodrantem non licet ex l. Falcidia. Si supra dodrantem legatum erit, quatenus legata dodrantem excedent, eatenus legata ipso iure per legem minuuntur. Vtrum supra dodrantem legatum sit nec ne, ita constabit, si contributis in vnum legatis, & his, quæ præterea haberi debent: deinde ex altera parte æstimato pretio harum rerum, summas inter se conferemus, vt videamus an legatorum summa dodrantem patrimonii excedat. In æstimando patrimonio obseruandum est, non ex quouis tempore æstimari, puta aditæ hereditatis, aut eo tempore, quo legata præstantur, sed tempore mortis testatoris. Et hanc computationem patrimonii fieri, deducto prius ære alieno defuncti, funeris impensa, & pretiis seruorum testamento manumissorum.

*Ad L.1. Scire debes.*

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Prisco.

*Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhiberes, non videri plus debito solutum esse. PP. 3. Id. Maii, Laterano & Rufino Coss. 198.*

SVMMARIA.

1 *Si heres sciens supra dodrantem legatum esse, contemto l. Falcidiæ beneficio, integra legata præstet, an, quod ex eadem l. debebatur, repetere possit.*
2 *An quod vltra dodrantem solutum est, tanquam debitum, an vero tanquam indebitum datum sit.*
3 *Quæstionis huius ratio.*

SI supra dodrantem legatum sit, quatenus legatum dodrantem excedit, tantum heres de legato retinere potest. Quid † si heres sciens supra dodrantem 1
legatum esse, omittet Falcidiam consulto, id est, contemto iure, quod habet ex lege Falcidia, integra legata præstet, voluntatem defuncti bona fide secutus, an poterit, quod ex lege Falcidia debebatur, repetere? Et certum est, eum repetere non posse, siue id, quod dodrantem excedebat, debitum fuerit ab herede, seu indebitum. Nam debitum solutum citra controuersiam repeti non potest. Indebitum autem ab eo, qui sciebat se non debere, datum, non intelligitur solutum, sed donatum. Donati nulla repetitio est, *l. 1. de condict. indebit. l. cuius per errorem. de reg. iur.* Etsi hoc ita est, tamen hic amplius quæritur, an † id, 2
quod vltra dodrantem solutum est, tanquam debitum solutum, an vero tanquam indebitum datum sit? Et respondetur hoc loco, quod amplius quam per l. Falcid. retinere licebat, datum est, id indebitum solutum non videri, proinde repeti non posse, quia debitum solutum videatur. Hic obiiciuntur illi loci, in quibus diserte traditum est, cum legata dodrantem excedunt, quatenus excedunt ipso iure minui per l. Falcid. vt perinde habeantur, quasi nec legata sint, *l. in quantitate. §. vlt. ff. eod. l. 1. §. si quis ex mortis. ff. quod legat.* Hic non possumus vti distinctione vulgari, vt dicamus id, quod dodrantem excedit, naturaliter deberi, propter defuncti voluntatem, qui legauit. Iure ciuili autem non deberi, propter l. Falcid. quæ vltra dodrantem legare vetat. Nam hoc legatum totum naturaliter debetur, & quod dodrantem excedit, si soluatur ab herede, nunquam repeti poterit, tametsi heres per errorem facti soluerit, quoniam etiam, quę naturaliter debentur, soluta repeti non possunt. At quod vltra dodrantem per errorem solutum est, repeti potest, *l. error. j. h.* Proinde nec naturaliter id debebatur. Dicendum est igitur id quod res est, cum supra dodrantem legatum est, id quod dodrantem excedit, alias in totum debetur, alias in totum non debetur. In totum debetur ex l. Falcidia, si heres Falcidiæ beneficio vti velit, in quam sententiam accipiendi sunt superiores loci, de legatis imminuendis. At in totum debetur, si heres consulto legis Falcidię beneficium omittat, vt hic proponitur. Tum enim legatum debetur totum naturaliter propter voluntatem defuncti. Idem & ciuiliter ex l. 12. tab. quæ iubet, *vti quisque legas. &c.* Neque hoc casu l. 12. tabularum impeditur lex Falcid. quia legis Falcidiæ mens est, vbi heres quartam retinere non vult, vt in totum voluntas defuncti conseruetur, quoniam l. Falcidia testatoris caussa lata est, *Instit. eod. in pr.*
Sed cur frustra † quærimus, vtrum id, quod do- 3
drantem excedit, sit debitum, an indebitum, vbi id vltro ab herede præstetur, cum etiamsi indebitum fuerit, tamen repeti non possit, quia (vt dictum) videatur donatum? Resp. Effectus hic est, quod si debitū solutum est, nunquam repeti potest: si indebitū fuit, interdum reuocari potest, quia non omnes donationes inter omnes valent, qualis est donatio inter virum & vxorem. Finge hoc modo: Maritus a testatore heres institutus est, ab eo supra dodrantem patrimonii legata relicta sunt, & inter cetera legatū est ab eo relictū vxori eius. Heres sciens vltra dodrantem esse legatum, vltro solidum legatum vxori suæ restituit. Quæritur, an quod in hoc legato dodrantem excedit, maritus repetere possit? Quæstio in eo est, an debitū an vero indebitū soluerit: si debitū soluit, repetere non potest: si indebitū, donauit, & ideo repetere potest,

potest, quia solutio inter maritum & vxorem interdicta non est, donatio interdicta est, *l. 1. 2. 3. de donat. inter virum & vxorem.* Respondetur ex hoc loco, id, quod dodrantem excedit, repeti non posse, quia donatum non sit, sed debitum solutum. Idque ex hac ratione etiam a veteribus responsum est, *l. 5. §. si quis rogatus, de donat. inter vir. & vxor.* Ideoque ex veterum Iureconsultorum sententiis hoc rescriptum translatitium est.

*Ad L. 2. Falcidiæ rationem.*

Idem A. Sactiano.

*Falcidiæ rationem aduersus omnes pro modo legatorum & fideicommissorum locum habere, certi & explorati iuris est. PP. Kalen. Iul. Laterano & Rufino Coss. 198.*

SVMMARIA.

1 *An si legata dodrantem excedunt, heres id quod amplius est, aduersus vnum legatarium, an aduersus omnes retinere debeat?*

2 *Legata dodrantem excedentia interdum non minuuntur, sed pro parte, quæ deduci debebat, æstimatio aliunde præstatur.*

3 *Si res legata diuisionem accipit, in ipsa re deductio fit, non in alia, & fit quatenus legatum dodrantem excedit.*

CVm legata dodrantem excedunt, id retinere he-
1 res potest, quod amplius est. Quæritur † vtrum aduersus vnum legatarium retinere id totum possit, an aduersus omnes id retinere debeat? Hic scriptum est, retinere debere non aduersus vnum, sed aduersus omnes quibus quid testamento relictum est. Sed cur id potius aduersus omnes est retinendum, quam aduersus vnum, cum l. Falcid. id solum caueatur, vt heres quartam partem hereditatis habeat: vnde autem habeat, l. Falcidia non exprimitur? Respondeo: L. Falcidia non de quarta tantum hereditatis heredi relinquenda cauet, sed etiam maxime de legatis præstandis intra dodrantem, qua in parte l. Falcid. legatariis ex æquo consultum voluit. Proinde vsq; ad dodrantem singulis legatariis legata præstabuntur. Quod dodrantem excedit, non poterit ab vno deduci, quia isto modo huic vni detraheretur, vt augerentur ceterorum legata, quod est contra sententiam legis. Vt aduersus omnes legatarios detrahitur id quod dodrantem excedit: ita consequens est, id, quod heres habere debet vltra quartam, non posse eum deducere in vna aliqua re legata, quæ efficiat vniuersam eam summam, quæ heredi debetur supra dodrantem: sed singulorum legata per Falcidiam minui, vt quod in singulis supra dodrantem patrimonii legatum, id de singulis pro portione detrahatur, & quidem ipso iure. *l. in quantitate. §. vlt. ff. eod. l. 1. §. si quis ex mortis. ff. quod legat.* Id hanc vim habet, vt si proponas, patrimonium legatis exhaustum esse, & fundum Tusculanum legatum esse Titio, dicendum sit, in hoc fundo partes tres esse Titii legatarii, quartam partem esse ipso iure hereditatis, quasi nec legata, vt intelligamus ex hoc ipso prædio quartam deduci, & deduci ipso iure, quasi semper apud heredem mansisset. Hinc fit, vt heres natura quartam, quæ dodrantem excedit, iure vindicare possit, in eo fundo, & a legatario, & a quouis possessore, vt scriptum est *l. lineam. ff. eo.* Quod non fieret, nisi dominium iure mansisset heredis, quia non alii competit in rem actio, quam domino. *l. in rem. de rei vind.* Interdum tamen † ipsa legata non 2
minuuntur, tametsi supra dodrantem legatum sit, sed pro ea parte, quæ deduci ex l. debebat, præstatur aliunde ab herede æstimatio. Id autem contingit, vbi res legata natura diuisionem non recipit. Huius generis seruitus est. Si defunctus legauerit Titio ius eundi, agendi per fundum hereditarium, iter solidum præstabitur legatario, etiamsi l. Falcid. locus sit, quoniam pro parte iter præstari non potest, sed cum pars itineris præstari non possit, pro ea parte præstabitur æstimatio, vt legi Falcidiæ satisfiat, *l. 7. ff. eod.* Idem accidit in libertate seruo testatoris relicta, si eidem seruo aliquid legatum sit. Nam si legata omnia contributa dodrantem excedant, nihilominus libertas in solidum præstabitur, quia pro parte non potest, sed æstimabitur seruus, cuius æstimationis pars heredi relinquitur, quatenus legatum dodrantem excedit, idque sumetur ex eo legato, quod manumisso datum est. *l. plane. l. seq. ff. eod.*

Ceterum † si res legata diuisionem recipiat, in ea 3
ipsa re deductio fit, non in alia, & fit, quatenus legatum dodrantem excedit. Est autem ita, vt in eo legato deductio fiat pro ceteris legatis. Opponitur *l. plium quem. supr. famil. erciscund.* vbi heres rogatus restituere hereditatem, quartam retinet in vno certo fundo. Respondeo: Id ideo fit, quia is fundus legatus erat, & heres ex aliis rebus quartam deducere non poterat. Nam illic heres rogatus erat restituere hereditatem habens fundum, id est, restituere ea lege, vt sibi fundum præciperet, & sibi haberet. Eum igitur fundum heres iure prælegati habuit, & vt habet, ita in quartam imputat, *l. in quartam. ff. ad legem Falcidiam.* Cum autem fundus sufficeret ad quartam, vna cum ceteris rebus, quæ heredi relictæ, aut ab eo deductæ, eo fiebat, vt de ceteris rebus Falcidiam detrahere non posset. Nos autem hic dicimus, cum de ceteris rebus Falcidia detrahi potest, nunquam heres eam portionem Falcidiam in alia re deducere potest.

Opponitur *l. non amplius. §. 1. de leg. 1.* vbi pars bonorum legata est, placet heredem pro rebus hereditariis æstimationem præstare posse. Respondeo: Hic locus nihil ad rem pertinet: nam illic apparet, non quando quid heres retinere possit, sed quid præstari debeat legatario. Et placet eum debere præstare aut res aut æstimationem, vt illi commodum visum fuerit. Et quamuis diceremus, heredem posse ex ea æstimatione, quam præstat, deducere Falcidiam portionem, tamen non deducere ex alia re, quam quæ legata est: nam legata parte bonorum æstimatio legata intelligitur, prout heredi visum fuerit, vt dixi.

Opponitur *l. lineam. ff. eod.* vbi rem, ex qua heres quartam Falcidiæ detrahere poterat, cum ea esset apud legatarium, non pro parte tantum repeti, sed repeti totam proponitur.

Respondeo: Cum rei legatum apud legatarium reperitur sine voluntate heredis, eam heres repetere potest interdicto, quod legatorum, &c. *l. 1. ff. quod legatorum, &c.* Sed hæc repetitio non eo pertinet, vt totam rem legatam heres habeat, sed vt possit iudicio communi diuidundo, aut priuato consensu portionem, quæ ei ex l. Falcidia debetur, retinere. Postremo opponitur *l. si ex pluribus, ff. eod.* vbi pluribus rebus vni legatis, cum locus L. Falcidiæ esset, & heres quasdam ex his rebus in solidum legatario præstitisset, potest reliquas in solidum retinere, nisi por-

tio Falcid. in reliquis iam solutis debita præstetur. Respondeo: Nunquam portio Falcidiæ, quæ ex certis rebus debetur, aut maior peti retinerive potest, quam debetur, aut in aliis rebus retineri, quam in quibus debetur: sed eius portionis consequendæ non vna ratio est. Nam interdum recta deducitur interdum obliqua via, dum aut res legata, quæ est apud legatarium, repetitur interdicto quod legatorum, aut aliæ res legatæ nondum præstitæ, per exceptionem doli mali retinentur, nisi legatarius, quod in ceteris rebus iam ei solutis, dodrantem excedit, paratus sit restituere. Quæ sunt rationes expositæ *in d.l. lineam.& d.l. si ex pluribus.eod.*

*Ad L. 3. Etiamsi.*

Imp. Alexander August. Hermagoræ.

*Etiamsi tacitum fideicommissum heredem administrasse apparuerit: legata tamen seu fideicommissa, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse, ambigi non oportet: ad eum videlicet modum, quem lex Falcidia patitur: cum quartam, quæ aufertur heredi, qui contra legem fidem suam obtulit, legatariis proficere non placuit. PP. Id. Octobr. Alexandro A. Cos. 223.*

SVMMARIA.

1 *Hereditas, quæ vt indigno aufertur, ad fiscum cum suis oneribus & commodis pertinet, idemque in ea vice heredis scripti fungitur, legata præstando & Falcidiam detrahendo.*

2 *Quæstio huius legis.*

1 QVoties † hereditas heredi scripto tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur, toties hereditas ad fiscum cum suis oneribus & commodis pertinet, omninoque fiscus in ea hereditate vice heredis scripti fungitur, & ideo si quæ legata testamento relicta sunt, ea fiscus præstat. Similiter si heres Falcid. detrahere potuit, quia dodrantem legata excedunt, etiam fiscus detrahere poterit, *l.3. §. vlt. ff. ad Trebell. leg. cum fiscus. ff. de Syll. Senatusconsulto.* Idem confirmatur in hoc rescripto, in persona eius heredis, qui tacite fidem suam accommodauit testatori, vt hereditatem restitueret ei, qui capere non poterat, quia fides hic accommodatur in fraudem legis. Placuit fraudem ita vindicare, vt hereditas tanquam indigno auferatur & vindicetur fisco, *l. in fraudem. l. heres, de his quibus vt indig. l.3. l. cum tacitum, de iure fisci.* Hoc autem cum fit, etiam fiscus in legatis eodem illo iure vtitur, quod supra diximus: nam & legata præstat, & præstat intra modum legis Falcidiæ, id est, vt quartam partem hereditatis integram retineat, vt hic. Et hoc ius tunc certum est, cum heres, qui tacite fidem suam accommodauit, fideicommissario restituit quarta retenta, *l. cum tacitum. de iure fisci.* Nam tunc iure heredis fiscus vtitur, vt videlicet quemadmodum heres quartam retinuit, sic possit & fiscus retinere.

2 Quæsitum est, † an idem dicendum sit, si heres in proposito solidum fideicommissum administrauit, vti rogatus erat, ita totum restituens, quæ propria huius rescripti quæstio est. Dubitationis caussa hæc est, quia toto fideicommisso restituto hereditas aufertur fideicommissario non heredi. Vnde consequens est, fiscum iure fideicommissarii vti debere, non heredis. Porro certi iuris est, nunquam legatarium aut fideicommissarium, etiam cui iure ex fideicommisso restituta est hereditas, l. Falcid. beneficio vti posse in legatis, *l. lex Falcid. §. vlt. ff. eod.* Proinde in proposito nec fiscus, qui iure fideicommissarii vtitur, poterit legis beneficio vti, & quartam hereditatis retinere. Rescriptum est, nihilominus etiam hoc casu heredem quartam hereditatis retinere posse, hac ratione, quia heres, qui tacite fidem suam in fraudem legis accommodauit, etsi quartam retinere non potest, tamen perinde habetur ac si retinuisset, & quarta ad fiscum pertinet, *l. benefic. in fin. ff. eod. d. l. cum tacitum. de iure fisci.* Et quarta sic ad fiscum pertinet ex constitutionibus, vt fisco prosit, non vt prosit legatariis, quæ ratio significatur in extremo h.

*Ad L. 4. Et in legatis.*

Idem A. Philetiano.

*Et in legatis Principi datis legem Falcidiam locum habere merito diuo Hadriano placuit. PP. 5. Ka. Ian. Alexandro A. Cos. 223.*

SVMMARIA.

1 *Cum supra dodrantem hereditatis legatum est, nullius legatarii persona, vel fauor, vel amplitudo, vel necessitas facit, quo minus Falcidia detrahi possit.*

2 *Falcidia an etiam contra Principem retineri possit.*

CVm supra dodrantem † hereditatis legatum est, nullius legatarii persona vel fauor, vel amplitudo, vel necessitas etiam facit, quo minus de legato ei relicto portio Falcidiæ detrahi possit, quoniam lex Falcidia non legatariorum caussa constituta est, sed testatorum, *Institut. eod. titul. in princ.* Idque est, quod dicitur, legem Falcidiam & ad legata municipium, & legata Deo relicta pertinere, *l. 1. §. ad eos. versicul. ad municipium. ff. eod.* Eodem pertinet, quod de legato Principi relicto hic cauetur. Sed † in Principis persona hæc dubitatio erat, cur non videretur aduersus eam Falcidia retineri posse, quia Falcidia lex est in numero legum & constitutionum. Princeps vero legibus solutus est. Sed aduersus hanc obiectionem etiam hæc responsio est in legibus, & si Princeps legibus solutus est, tamen Principem sua voluntate legibus viuere, ita vt in omnibus negotiis similibus Princeps priuatorum iure vtatur, *l. 3. supr. de testamentis. l. digna vox. de legib. §. vlt. Instit. quibus modis testamenta infirmentur.* 1 2

*Ad L. 5. Si mortis.*

Idem A. Damasatæ.

*Si mortis caussa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes: legis Falcidiæ ratione secundum constitutionem diui Seueri aui mei vti merito potes. PP. 15. Kal. Nou. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Circa legis Falcidiæ rationem quæ consideranda, & quibus de caussis.*

2 *Quæ res in numero legatorum haberi debeant.*

CIrca † rationem legis Falcidiæ ponendam, semper quærendum est, quid & quantum in numero legatorum haberi debeat, duabus de caussis. I. Est, vt sciri possit ex legatorum contributione, an legata patrimonii dodrantem excedant. Altera, vt cum constabit, quæ legata sint, possit de singulis detrahi, quod dodrantem excedit, vt initio diximus. Hæc quæstio hoc rescripto ex parte attingitur. Declaratur enim, quid in numero legatorum haberi debeat, in quo 1

quo lex Falcidia locum habeat. De eo ita statuendum
2 est. Cum † quæritur, an supra dodrantem legatum sit, in quæstione legatorum non solum computari debent, quæ vere dicuntur legata, tametsi l. Falcid. de legatis tantum nominatim scripta sit, sed etiam ex sententia legis, ea omnia, quæcunque vicem legatorum obtinent, cuiusmodi est donatio caussa mortis, de qua hic. Vicem autem legatorum hæc obtinent. Primum, iam olim fideicommissa, *l. 1. de leg. 1.* proxime donationes caussa mortis, *l. illud. de mortis caussa donation.* Hæc autem caussa est, quia vt legata non nisi morte testatoris confirmantur, sic nec donationes caussa mortis, cum possint hæ donationes ex pœnitentia reuocari a donatore, vsque ad vltimum vitæ spiritum. *l. secutus. §. donationes. de mortis caussa donationibus.*

Hinc placet, hoc loco eiusmodi donationes in contributione legatorum venire, & simul ex iis posse deduci, quod dodrantem excedit. In eodem numero habentur donationes inter virum & vxorem, ob eandem caussam, *l. in donationibus. infr. hoc titul. post.* Etiam quę donata non sunt, nec testamento, nec a viuente testatore relicta, sed quæ solum mortis caussa capiuntur, si in fraudem legis a testatore impositæ, accepta sunt, de quo genere dicitur *ad l. penult. infr.*

### *Ad L. 6. In imponenda.*

Idem A. Secundinæ.

*In imponenda ratione legis Falcidiæ omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamuis aditione hereditatis confusæ sint actiones. 1. ¶ Omnia autem legata, quamuis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suæ cuiusque quantitatis reuocantur. 2. ¶ Nec si quid vltra solidum heres præstiterit aut perfecerit, legitimæ computationi præiudicatur. S. 5. Kalend. Ianuar. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Tria huius legis capita.*
2 *Computatio patrimonii qualis esse debeat.*
3 *Æs alienum defuncti quid.*
4 *Funeris impensa quid.*
5 *Pretia seruorum manumissorum quare deducantur, & quomodo.*
6 *Pretia seruorum, de quibus supplicium sumtum est, an deducantur, & ad quod deductionis genus referenda sint.*
7 *Heres an in detractione æris alieni etiam possit deducere id, quod sibi a defuncto debetur.*
8 *Quæ legata in contributionem legis Falcidiæ veniant.*
9 *Ius Falcidiæ deducendæ quale sit.*

1 HIc tria † capita sunt. I. De computatione patrimonii, qualis esse debeat in ratione legis Falcidiæ ineunda, id est, cum quæritur, an supra dodrantem patrimonii legatum sit. II. De legatis, quæ in contributione legis Falcidiæ veniant. III. De iure
2 Falcidiæ deducendæ. Computatio † patrimonii hæc est: Computatur patrimonium, quod fuit tempore mortis testatoris deducto ære alieno, funeris impensa & pretiis seruorum manumissorum. *l. in quantitatem patrimonii. in pr. ff. eod.* Id ita fieri debere intellectum est ex l. Falcidia, quia lex exigit, vt heres legatis solutis non minus, quam quartam partem hereditatis habeat. Non videtur heres quartam habere, si quartam præstare postea cogitur, aut eo amplius; non est nostrum quod mansurum non est, *l. aliud est capere. de verb. sig.* Nec videtur ea res penes nos esse, cuius pretium abest. *l. Labeo & Sabin. de verb. sig.* At id futurum est, si heres legata præstat suprascriptis rebus prius non detractis: nam ipse æs alienum soluere debet, & impensas funeri facere, & præterea serui manumissi illi obfuturi sunt, quarum rerum æstimatio interdum quadruplo maior erit quarta. Proinde vt quartam habeat ex sententia legis, & quartam cum effectu, oportuit res suprascriptas antea de patrimonio deduci, vt reliqui patrimonii quartam heres habeat sine vllo damno intactam.

Æs † alienum defuncti est id, quod defunctus debuit, *l. cedere. §. æs alienum. de verb. sig.* Et generaliter id omne, quod defunctus præstare necesse habuit. *l. pater filium. in fin. ff. eod.* Funeris † impensa est, quæ fit funeris caussa. Funeris caussa intelligitur fieri, quæ fit deducendi funeris & sepeliendi mortui caussa, sine qua neque duci neque sepeliri honeste potuisset. *l. & si quis. §. funeris caussa. l. funeris. de religios.* Ita funeris impensa est, quæ ad necessitatem funeris facta est: non est autem necesse ad mortuum sepeliendum monumentum illi ædificare, præsertim si sit sumtuosius. Proinde si quam impensam monumenti exstruendi caussa heres fecit, præterquam quod necesse sit, quamuis iussus sit a testatore exstruere, tamen hanc impensam non deducit, quia non est facta funeris caussa, vt definiuimus. Hinc est *l. 1. §. vlt. & l. seq. ff. eod.* Pretia † seruorum manumissorum ideo deducuntur, quia serui tempore mortis testatoris, cum nondum liberi essent, in pretio defuncti computabantur, postea adita hereditate aut etiam non adita manumissi in patrimonio defuncti esse desinunt, vt sic in patrimonio defuncti solum eorum pretia computentur, & pretia deducantur. Id hoc fit modo, vt serui manumissi perinde habeantur quasi in pretio defuncti non fuerint tempore mortis eius. Notandum est autem generaliter esse dictum, deduci pretia seruorum manumissorum, non autem testamento aut aliter manumissorum. Vnde intelligimus, omnium manumissorum pretia deduci, non tantum si testamento liberi esse iussi sint a testatore, sed etiam pro pretio libertatem a testatore acceperint. *l. heres. ff. eod.* Etiam † pretia seruorum deducuntur, de quibus seruis sumtum est supplicium. *d. l. æs. in pr.* Vnde quæritur, ad quod genus istarum deductionum hi referri debeant, cum neq; sint manumissi, neque in funeris sint impensa, neq; videantur etiam esse in eo, quod debuit defunctus? Et placuit, eorum pretia deduci, tanquam æs alienum, vt ibidem est scriptum. Recte. Nam serui qui delinquunt, cum Rep. contrahere videntur pœna vel vindicta, quam luendo soluunt, *l. 1. ff. de legib.* Circa † æris alieni deductionem quæritur, an heres in æris alieni deductione possit etiam detrahere, q; ei a defuncto debetur? Merito hoc quæsitū est. Nam subtilitas rationis facere videbatur, ne possit detrahere: id enim debitum deduci potest, si est aliquid debitum. At hereditate ab herede adita, fit, vt quod prius ei debebatur, desinat deberi, quoniam aditione actiones confunduntur, confusione tolluntur, *l. debitori. supr. de pact. l. Stychum. §. a Titio. de solut.* Sic fit, vt quod debitum esse desiit, tanquam debitum deduci non possit. Et placuit nihilominus heredem deducere posse, quod sibi debebatur, de quo

3
4
5
6
7

nominatim hic. Non obstat, quod confusione actiones sunt sublatæ, quoniam in ratione l. Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, spectatur quemadmodum patrimonium fuerit tempore mortis defuncti, vt dictum. Eo autem tempore nondum actiones confusæ erant, proinde ex eo tempore æs alienum, quod heredi debebatur, deducitur. Hanc obiectionem hodie non debemus metuere in eo herede, qui inuentarium facit. Nam hoc beneficium ei tribuitur, vt nec adita ab eo hereditate actiones eius confundantur, *l. vlt. §. in computatione. ℭ. de iur. deliber.*

8 De legatis, † quæ in contributionem legis Falcidiæ veniunt, ita est scriptum, vt veniant omnia, quæcunque testamento sunt relicta, siue in dando, siue faciendo, id est, vt non tantum æstimentur ea, quibus testator iussit dare heredem, sed etiam ea, quibus eum iussit aliquid facere, veluti opus exstruere, statuam alicui ponere, quod non fit suis sumtibus. Hoc amplius, additur etiam, facta in contributionem legatorum venire, quamuis heres iussus sit facere, aut operibus publicis exstruendis, aut in statua publice ponenda. Quibus verbis id, quod dixi *ad l. & in princip. & traditur in l. 1. §. ad eas. vers. ad municipium. ff. eod.* continetur: nempe L. Falcid. ad omnia legata etiã ciuitati & Reipublicæ relicta pertinere. Forma autem loquendi, quæ est *in vers. 1.* de horum legatorum contributione, notanda est. Dicuntur enim omnia legata ad contributionem dodrantis reuocari. Non videntur legata esse in dodrante patrimonii, & reuera non sunt. Aliud est enim patrimonium, aliud legata, quæ ex patrimonio debentur. Est igitur hic sensus: Legata omnia reuocari eo, vt contribuatur vsque ad dodrantem seu vsque ad dodrantis patrimonii quantitatem: quod amplius est, catenus minuuntur, pro modo & quantitate cuiusque legati. Hoc autem quomodo intelligendum sit, declaratur dilucide exemplo § *vlt. in fin. Instit. eod. & in l. in quantitatis patri-*
9 *monii. in fin. ff. eod.* Ius † autem Falcidiæ portionis detrahendæ, de quo in extremo cauetur, tale est, vt heres hanc possit deducere, nec legitimæ ea computatione quicquam detrahatur, quamuis quædam legata solida præstiterit: quod sic est interpretandum, si quidem ignorans L. Falcid. locum esse, solida quædam præstiterit. Nam non tantum de his, quæ nondum præstitit, deducit, quod dodrantem excedit, sed etiam ea, quæ soluit iam, amplius repetit, *l. error. ℭ. h.* Quod si heres sciens quædam soluit in solidum, sensus huius loci est, eam solutionem heredi in reliquis legatis non nocere, quoniam in illis Falcidiam detrahat. Nam id quod sponte amplius soluit, & ob id donare voluit, non repetit, *d. l. error.* Sed hic locus emendatur *in Auth. sed cum testator. ℭ.*

*Ad L. 7. In testamento.*

Idem August. Primo & P. Pomponio.

*In testamento quidem militis ius legis Falcidiæ cessat, sed si ea quæ ad vos pertinent, defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt: & ideo recte rationem eorum, vt æris alieni, haberi desiderabitis. PP. Kal. Maiis, Alexandro II. & Marcello Coss. 227.*

SVMMARIA.

1 *Heres testamento militis institutus l. Falcidiæ beneficio non vtitur. Limitatur num. 3.*
2 *Miles hic quis accipiatur.*
4 *Lex Falcidia quibus ex caussis cesset, & locum non habeat.*

Heres † testamento militis institutus, a quo supra dodrantem legata relicta sunt, legis Falcidiæ beneficio non vtitur, vt quartam detrahat, sed solida legata præstare cogitur, id est, quod hic dicitur, in testamento militis Falcidiam locum non habere. Id sumtum est ex constitutionibus, quibus de testamento militis cauetur, vt quicquid statuerit miles, de bonis, id ratum sit, *l. 1. de testam. milit. l. 1. 2. ℭ. eod.* Sed militem † accipere debemus, qui testamentum fecit 2 in expeditione: nam si alibi facit testamentum miles, is quidem recte testatur, etiamsi sit filiusfamilias, qui de peculio castrensi testatur aut quasi castrensi: sed iure communi testari debet, §. 1. *Instit. de testam. milit.* Proinde & in hoc testamento lex Falcidia ex iure communi locum habebit. Hoc est, quod alibi traditur, ad veterani militis testamenta l. Falcid. pertinere, *l. ad veterani. ff. eod.* Sed † quamuis heres ex testa- 3 mento militis solida legata præstet, & hactenus l. Falcid. beneficio non vtatur, tamen priusquam legata præstet, æs alienum, & quidem quod sibi a milite debebatur, ante omnia potest deducere, vt hic est scriptum. Et generaliter ita placet, etiam ex militis testamento heredem legata præstare non cogi, vltra facultates patrimonii defuncti, quod patrimonium æstimatur deducto ære alieno. *l. subsignatum. §. bona. de verb. sig.* Idque ita definitum est *in l. 1. §. denique. ff. ad Trebell.* Sed constitutiones superiores obstant, latæ de testamento militis, quibus sine exceptione cauetur, vt quod testator statuit, quodque voluit, id tanquam ius seruetur. Responsio additur illis constitutionibus, quod voluit rebus suis, *l. 1. de testam. milit.* Proinde de alieno si quid miles statuerit, ratum non erit, *l. cum filiusfam. ff. eod.* Testabitur autem de alieno, si heres vltra quantitatem patrimonii militis legata præstare cogetur.

Huic rescripto opponitur *l. 1. §. hoc Senatusconsultum, ad Treb.* vbi scribitur: Hoc Senatusconsultum etiam in militis testamento locum habet. Constat autem Senatusconsulto Pegas. cuius auctoritas postea Trebell. est tributa, quartam ex fideicommisso hereditatis detrahi posse, §. *sed quia heredes. & §. sed quia stipulationes. de fid. hereditatib.* Ita suprascriptis verbis hæc sententia exprimitur, etiam in militis testamento quartam ex Senatusconsulto retineri posse, si heres rogatus sit hereditatem restituere supra dodrantem. Nec ad rem pertinet, quod illic agitur de quarta Trebell. quæ ex hereditate deducitur, non de singulis legatis. Nam Trebell. nihil est aliud nisi Falcid. quarta, introducta ad exemplum eius quartæ, quæ de singulis legatis detrahitur per legem Falcid. *d. §. sed quia heredes. de fideicom. her.* Respondeo: Si L. 1. accipitur ex sententia scriptoris vt accipi debet, nihil hisce aduersatur. Nam Vlpianus cum dicit, hoc Senatusconsultum, intelligit SC. Trebell. quod illic interpretatur. Eo Senatusconsulto non cauebatur de quarta detrahenda, sed actionibus hereditariis, & oneribus in fideicommissarium transferendis, vt SC. refertur in pr. eius legis. Verum est hoc SC. in omniũ testamentis locum habere, quoniam ex omnium testamentis hereditate restituta nihil apud heredem remanet. Postea quarta iussa est detrahi SC. Peg. de quo illic Vlpianus non tractabat, sed tamen postea Peg. auctoritatem tribuit Trebell. quasi ex Trebell. etiam iussa sit detrahi, *d. §. sed quia stipulationes, de fideicom. hered.* secundum quam posteriorem legem sic placet accipi *d. l. 1. §. hoc ff. ad SC. Trebellian.* Sed

tamen ne sic quidem locus aduersabitur, sed ita interpretandus erit: Hoc Senatusconsultum locum habet in militis testamento, quia locum habet in maxima parte, non in omnibus. Habet autem locum in his capitibus, vt heres cogatur hereditatem adire, aditam restituere, & vt restituta hereditate transeat actiones in fideicommissarium, sed non etiã vt quarta detrahatur. L. Falcid. de omni quarta detrahenda, in militis testamento locum non habet. Interim apparet ex hoc loco interdũ l. Falcid. cessare, nec quartam ex legatis deduci. Id cum non in hac vna specie receptum sit, sed etiam in multis aliis, de quarũ aliquibus est cautum in *authent. tribus sequentibus.* non male est factum, vt auctores hoc modo subiicerentur, vtroque autem loco admoneremur, vt breuiter proponamus, in quib. caussis locum nõ habeat Falcidia, id est, in quibus legata non minuantur l. Falcidia, sed solida præstentur.

Lex Falcidia cessat partim ex priuilegio, partim iure cõmuni. Ex priuilegio in testamentis militum, qui in expeditione sunt testati. Cessat etiam iure communi in testamentis paganorum. Cessat autem aut ex iudicio testatoris, aut ex facto heredis, aut ex conditione rei legatæ, aut ex conditione eius cui relinquitur. Ex iudicio testatoris, si testator non ignarus, qui sit modus patrimonii sui, nominatim vetat falcidiam detrahi. *Authen. sed cum testator, in princ.*

Ex facto heredis dupliciter, alias propter delictum eius, alias propter solutionẽ & tacitam quandam repudiationem Falcidiæ. Propter delictum, quoties necessarium non fecit, aut non fecit eo modo, qui præscribitur, de quo cautum est *authent. si testator. versi. penult. & vltim.* Propter tacitam repudiationem, quoties ex pluribus legatis, in quibus l. Falcidię locus erat, quædã solida præstitit, non ignarus locum legi Falcid. esse. Nam hoc casu, non modo non potest repetere quæ soluit, sed etiam reliquis se in solidum astringere intelligitur, *Authen. sed cum testator. versi.* 2. Ex conditione rei legatæ multis in rebus legatis cessat Falcidia. Hæ autem res numero fere sunt sex: Dos a marito vxori prælegata. Item res vxoris caussa emtæ paratæue, quæ ei legatæ sunt. *l. sed vsufr. ff. ad leg. Falcid.* Ratio adiecta est, quia hæ potius videantur vxoris antea fuisse, quam ei denuo legatæ. Item, libertates testamento datæ, *l. si vniuersã, supra. de legat. leg. Papinia. §. 4. de inoffic.* Item quicquid filio & similibus personis datur, legatur, vt in quartam iure naturæ debitam habeant. Nam hãc quartã ius est sine vllo onere, & vlla deductione tribui his quibus debetur. *leg. quoniam, l. scimus, de inoffic. testa.* Item, quæcunque res sint eiusmodi, in quibus quartæ deductio heredi sit inutilis: huiusmodi sunt instrumenta prædiorum, a testatore legata domino prædiorum, *de quo in l. prædiorum, inf.* Postremo res omnes hac lege legatæ, ne extra familiam legatarii alienentur, *authen. sed in re, infr.* Huius partis ratio deducitur ex priori Iustiniani constitutione, qua est cautum, licere testatori Falcidiam prohibere: qui rei legatæ alienationẽ vetat, quartæ deductionem vetare intelligitur: nam hæc deductio alienatio est.

Ex conditione eius, cui quid relinquitur, cessat Falcidia in his, quæ ad pias caussas sunt relicta, *auth. similiter, infr.* Pietas est erga Deum, ergo omnino caussa est pia, quoties his datur legatum, quos Deus suo loco habere voluit. Christus autem denuntiat, quicquid pauperibus & egentibus datum, id pro sibi dato habiturum. Proinde recte dicemus, legatum esse ad pias caussas, quicquid ministris ecclesiæ, quicquid in alimoniam & sustentationem pauperum, quicquid in redemtionem captiuorum, & similes caussas legatur. Proinde nec de his Falcidiam detrahi posse.

*Ad auth. Sed cum testator.*

*Sed cum testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia: & si heres in hoc defuncto non pareat, defertur hereditas personis enumeratis sub titulo de legatis & fideicommissis. Item si heres quædam legata, substantiæ suæ mensuram subtiliter agnoscens, præstat in solidum: neque ex his repetitio, nec ex aliis permittitur retentio: nisi inopinatum quid emergat. His cessantibus locus est Falcidiæ, si fiat inuentarium secundum modum tempusq; statutum in additione: Hac quoque adhibita obseruatione, vt in præsentia omnium ipsius ciuitatis, in qua fiat, legatariorum, aut pro eis agentium, si personæ ratio sit habenda, perficiatur: vel si quis absit ex ipsis, aut interesse noluerit, succedat præsentia trium testium itidem ipsius ciuitatis locupletum & bonæ opinionis, absque præiudicio tamen veritatis inquirendæ per seruorum quæstionem & heredis testiumque iusiurandum, quo non obseruato, solida legata præstet, etsi fines hereditarios excedant. Nulla autem quæstionum talium vel litium excedat annum. Anno enim culpa heredis transacto cadet a relictis.*

SVMMARIA.

1 *Testator an prohibere possit, ne heres Falcidiam detrahat.*

2 *Vnde probetur testatorem patrimonii sui quantitatem ignorasse vel non? & num.* 3.

4 *Quod de quarta per legem Falcidiam ex legatis detrahenda hic constituitur, an transferri possit ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano.*

5 *Inuentarium quibusdam legatariis præsentibus, quibusdam absentibus, nullisque in eorum locum adhibitis testibus confectum, an quo ad præsentes sit nullum, & an iis etiam solida legata præstanda sint.*

Ait licere testatori prohibere, ne heres Falcidiam detrahat. Opponitur *lex quod bonis, §. primo, lex si debitor, D. eodem,* vbi nominatim cauetur, testatorem non posse inhibere deductionem leg. Falcidiæ. 1
Respondeo: Palam est Iustinianum, veterem legem corrigere. Sed obstat ratio legis, *leg. quod bonis, §. primo.* Ratio est hæc, Quoniam legibus priuatorum pactis non est derogandum, quam rationem Iustinianus mutare nec voluit, nec potuit, *argum. l. non dubium, supr. de legib.*

Respond. Cum Iustiniani institutione liceat deductionem quartæ prohibere, qui hanc prohibet, non derogat legibus, sed secundum leges facit. Sed eodem modo testator ex hac l. potest prohibere, ne heres, rogatus restituere hereditatem, retineat quartam ex Senatusconsulto, de eo dicetur *l. si vt allegas, infr.* Illud constat quartam iure naturæ debitam a testatore prohiberi non posse, *l. quoniam, & l. scimus, §. de inoff.* Et merito. Hæ enim diuersæ res sunt: nam l. Falcidia iure ciuili debetur quarta, quæ filiis & similibus personis debetur, etiam natura debetur,

*l. vlt. de bon. damnatorũ.* Ciuilia iura ciuilibus mutari possunt, naturalia non possunt, §. *pen. de iur. nat. gent. & ciuil.* sed addetur conditio, vt ita testator possit vtiliter Falcidiæ deductionẽ prohibere, si non ignarus quantitatis patrimonii sui, id faciat. Quæritur,
2 quomodo † id constabit? Respond. Hoc ipso præsumitur testator non ignorasse modum patrimonii sui, quod contra non probatur, neque hic petenda probatio *l. quisquis, supr. de rescind. vendit.* Ex quo loco dubia & infirma probatio est: sed ratio in promtu est: nam cum testator vetuerit Falcidiam detrahi, intelligebatur Falcidiæ locum esse, alioqui frustra vetuisset. Non potuit autem intelligere, se supra dodrantem patrimonii legasse, cõtra l. Falcid. nisi prius sciuerit & quantum legaret, & quantum in patrimonio haberet. Si auctoritas quæritur, hæc sententia euidenter probatur *Nouell. 1. §. hoc vobis. vers. hac autem.* vnde hoc fragmentum sumtum est. Nam Iustinianus illic eum testatorem, qui Falcidiæ deductionem non prohibet, distinguit ab eo, qui nominatim prohibet, & distinguit ab eo, qui prior videtur ignorasse quantitatem patrimonii sui. Ex quo colligitur, posteriorem a Iustiniano in eo numero haberi, quasi qui quantitatem patrimonii sui non ignoraret, eoque non ignoraret, se supra dodrantem patrimonii
3 sui legare. Sed quomodo † contra probabitur, testatorem ignorasse modum patrimonii sui? Id ita fiet, si testator quasdam res pro suis habeat, quæ deinde sunt euictæ. Hic euentus declarat illum plus putasse esse patrimonii quam vere esset.

Deinde ait: Si ex pluribus legatis, heres quædam solida præstiterit, eum nec de reliquis falcidiam detrahere posse, quasi vnum præstando heres agnouerit voluntatem defuncti, non in eo tantum, sed in cæteris omnibus legatis. Itaque corrigitur hac parte ius vetus, *l. quod bonis, §. non idcirco, l. si ex pluribus, D. eod. l. in imponenda, in fin. supr. h.* Et diligenter notandum est ius hic singulare esse, quod non est producendum ad consequentias, *l. quod vero. D. de legib.* Ius hoc constitutum est in legatis, quæ variant, & in portione legitima, quæ ex leg. Falcid. potest detrahi. Proinde in hac solum caussa hoc ius obseruabitur. Ceterum generaliter ita definiemus. Quoties plures sunt res indebitæ, si quis vnam ex his soluat, non ideo sibi in ceteris nocet, *l. vlt. supr. ne vx. pro mar. l. 1. 2. supr. de fideicom.*

Ait in extremo versu: si quis inuentarium non fecerit, aut non fecerit ad eum modum, qui hic præscribitur, heredem primum Falcidia non vsurum, quod & ante constitutum erat *in leg. vltim. §. sin autem, supr. de iur. deliber.* Hoc amplius etiam solida legata præstaturum vltra facultates patrimonii, in quo ius singulare & nouum constituitur. Nam ita ius fuit, & est in reliquis caussis omnibus: Legata supra facultates patrimonii, a nullo præstari, *leg. prima, §. denique. ad Trebellian. l. si vniuers. supr. de leg. successor, infr. h.* quod ius sumtum est ex l. duodecim tabularum, quia l. de facultate legandi cautum est, ita vt vnusquisque legare possit vt velit, dummodo leget & testetur de re sua, *l. testandi, supra, de testamentis, l. verb. leg. de verb. sign.*

Vnde intelligimus, inuentario ab herede confecto in hac specie superiore, omnia iura & locos corrigi. Neque hoc iniquum est: Constituitur enim coercendi heredis caussa, qui non videri potest inuentarii cõfectionem omisisse, nisi fraudandorum legatariorum aut fideicommissorum caussa, quo facilius possit res hereditarias interuertere.

Hic † quæsitum est, an, quod de quarta, quæ ex le- 4
gatis detrahitur per legem Falcidiam hic constitutum est, transferri debeat ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliã. Id est, an si heres institutus rogatus sit hereditatem restituere alii, & is inuentarium non faciat, aut non eo modo faciat, vt hic perscriptum est, an solidum fideicommissum restituere debeat, nec possit quartam ex Senatusconsulto retinere? Dixeris idem hic statuendum esse, quod quarta, quæ ex Senatusconsulto detrahitur, Falcidia est, aut certe ad exemplum Falcidiæ introducta. *Instit. de fideicom.* Deinde quia in vtraq; quarta non deducenda eadem ratio est, quod scilicet heres inuentarium non facit. In quibus autem caussis eadem est ratio, idem ius statuendum est, *l. aliud, ad l. Aquil.* Sed verius est, quod de Falcidia in singulis legatis hic constituitur, ad quartam Trebellian. transferri non debere, quia etsi in vtraque quarta, & in facto heredis, par ratio esse videtur, tamen quod hic de quarta legatorum constituitur, aperte ius singulare est, constitutum contra rationem iuris communis. Ius singulare non est producendũ ad consequentias *l. quod vero, l. ius sing. de legibus.* Adde quod pœna est, quæ hic constituitur aduersus heredem, in interpretatione autem legum pœnæ molliendæ sunt potius, quam exasperandæ, *l. pen. de pœn.*

Ait *in vers. pen.* nullum esse inuẽtarium, nisi confectum sit, aut præsentibus legatariis, aut in locum absentium adhibitis tribus testibus idoneis. Eleganter hic quæritur. Quid † si inuentarium quibusdam legatariis præsentibus confectum sit, quibusdam absentibus, & nullis testibus in eorum locum adhibitis, an etiam quod ad presentes legatarios attinet, inuentarium nullum erit, & an iis etiam solida legata præstanda sunt? Et hac constitutione efficitur, solida præstanda esse absentibus, secundum verba constitutionis, nisi totum inuentarium nullum est: nam verba de toto inuentario scripta sunt, non de parte inuentarii. Sed humanior est sententia Bartoli, in persona præsentium legatorum consistere inuentarium, ita vt iis solida legata præstari non debeant, sed solum absentibus, in quorum persona inuentarium non consistit. Ille pro hac sententia recte vtitur probatione horum locorum, *l. de vnoquoque, in fin. de re iudic. & l. Fulcianus, §. sed is qui, vers. quid si aduersus, D. quibus ex caussis in possess. eatur.* Sed iis etiam locis deficientibus, tamen ratio iuris suadet, eam sententiam recipiendam esse. Nam quotiescunque lex ob certam caussam lata est, cessante caussa, cessat & lex, *l. quod de. D. de pact.* Coercendi autem heredis in hac constitutione caussa est, quia legatarios non adhibuit, aut eorum loco testes idoneos. Proinde si adhibuit & quatenus adhibuit, legi locus non est.

*Ad Authen. Similiter, ex Nouell. 119. cap. 11.*

*Similiter Falcidia cessat in his, quæ ad pias caussas relicta sunt.*

SVMMARIA.

1 *An quod in legato ad pias caussas supra dodrantem est heres de suo præstare debeat, an vero de bonis detrahere possit?*

AIt, quod ad pias caussas relictum est, solidum dari, nec minui l. Falcid. Quæritur, † id quod supra do-

ipsa dodrantem est, vtrum heres de suo præstabit, an vero onerabit legatarios, id est, an de bonis detrahi debet. Idem quærere oportet in omnibus iis rebus legatis, in quibus supra diximus cessare Falcidiam. Et generaliter definiendum est: Quæcunque testamento relicta solida præstantur nec minuuntur l. Falcid. ea heres æris alieni loco ante omnia deducere potest, vt sic non cogatur ea de suo præstare heres, sed totum patrimonium minuatur: proinde etiam dodrantem, qui legatariis præstari debet, & quartam, quam heres ex reliquis legatis retinere dicitur ex leg. Falcidia. Id primum declaratur exemplo libertatum, quæ testamento relictæ sunt. Hæ non minuuntur l. Falcid. *l. si vniuersæ, supra, de leg. l. Papinian. §. quarto, de inoffic. testament.* Et ob hanc caussam ante omnia earum æstimatio deducitur, §. *vltim. Institut. eodem.* Præterea, si de aliquibus seruis supplicium sumtum est, si aliqui sint a prætore manumissi, quia in solidum eorum pretia de hereditate subducuntur: ideo etiam placet hæc pretia æris alieni loco deduci, *leg. æris, D. eodem.* Proinde non tantum de legato ad pias caussas relicto idem dicemus, sed etiam de iis, quæ in legitimam naturæ iure debitam legata sunt. Item de rebus legatis, quæ vetitæ sunt alienari, & generaliter de iis omnibus, quas solidas præstandas esse diximus, *ad leg. in testamento, supr.*

*Ad L. 8. Irritum.*

Imper. Alexander A. Aurelio.

*Irritum quidem propterea testamentum fratris tui esse non potest, quod ex caussa fideicommissi obligatus fuit, vt, si sine liberis prior decederet, paternam tibi hereditatem redderet. Sed licet te heredem scripserit: in imponenda tamen legatorum ratione, quibus te oneratum esse suggeris, fideicommissum debitum æris alieni loco deduci oportet: insuperque in residuo legis Falcidiæ beneficium vindicabis. PP. Idus Septemb. Maximo II. & Paterno Conss. 234.*

SVMMARIA.

1 *Testamentum eius, qui fratri fideicommissum debet, an iure valeat.*

2 *Legata ex proposito testamento, an solida præstanda sint, non deducto fideicommisso: aut si id detrahi possit, vtrum debeat in quartam compensari. & num. 3.*

4 *Ex dicto fideicommisso, quantum fratri debeatur.*

PAter duobus filiis, quos habebat, heredibus institutis, primo & Aurelio, a primo petiit, vt, si sine liberis decederet, portionem suam hereditatis fratri Aurelio restitueret. Is primus, sine liberis decedens fratrem Aurelium sibi heredẽ instituit, & cum ei integrum fideicommissum hereditatis præstare deberet, multis legatis eum onerauit. Eo mortuo Aurelius fratris hereditatem adiit, legatarii ab eo legata petunt, & petunt sine deductione fideicommissi, quod Aurelio debebatur a fratre defuncto. Aurelius indignatus, se oneratum esse legatis ab eo, a quo integrum fideicommissum accipere debebat, primum negat legata deberi hac ratione, quia testamentum fratris sui irritum, seu nullius momenti sit. Hoc si verum est, recte colligitur, ex eo legata non deberi. Nam ex eo testamento quod iure non valet, quocunque tandem modo fiat, vt non valeat, nihil deberi potest, *leg. 3. supr. de testam. §. vlt. quibus mod. test. infirm.*

At † quomodo dicetur hoc testamentum irritum esse? Et potuit pro hac sententia hæc ratio afferri, quæ ratio fecit dubitationi caussam: Quia constat ex l. duodecim tabularum, neminem posse testari, nisi de suis bonis, *l. testandi, supr. de testam.* In proposito autem dicitur primus testatus de portione hereditatis paternæ restituenda. Hæc non fuit primi, sed Aurelii, cui restitui debuit. Proinde hactenus testamentum non valet, proinde etiam ius totũ non valet. 1

Hic primo respondetur, non ideo irritum fratris primi testamẽtum esse, quia is fideicommissum Aurelio debuerit. Non obstat, quod testator non possit testari de bonis alienis. Nam hic subtili iure portio hereditatis, de qua restituenda rogatus est, eius fuit, alioqui eam restituere non potuisset. Deinde etsi ea portio non fuit defuncti, attamen quarta eius portionis fuit defuncti: nam hanc ex Senatuscõsulto deducere potuit. Postremo vt heres liber & sui iuris testamentum facere possit, non exigitur, vt aliquid in bonis habeat, sed hoc solum, an habere possit: nam quamuis duplo plus debeat quam habeat, tamen eo mortuo hereditas eius subesse intelligitur, de qua heredẽ instituere potuit & voluit. Nam heredis verbum etiam damnosam hereditatem continet, & vt alibi scribitur in eandem sententiã, hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum hũc habet, id est, iure subesse intelligitur, *l. hereditatis appellatio. de ver. sig. l. hereditas. de hered. pet.* Proinde recte responsum est, testamentum quod proponitur nõ ideo esse irritum, quia testator fideicommissum debuerat.

Restat † ergo, vt legata præstentur ab Aurelio. 2 Sed legatarii petunt, vt hæc præstentur non deducto fideicõmisso, quod Aurelio debebatur, & vtuntur hac ratione: Fideicommissum tuum nõ est, quoniam non est tibi restitutum, non potest etiam tuum fieri restitutione, quoniam tu fideicommissarius successisti, ipse tibi fideicommissum restituere non potest, sed confusione obligatio fideicommissi sublata est, *l. debitori, supr. de pact.* Respondent Impp. Sic Aurelium legata præstare debere, vt in patrimonio æstimando, ante omnia deducere possit fideicõmissum sibi debitum. Nec obstat, quod fideicommissum eius non est, nec eius fieri potest restitutione, quoniam fideicommissum deducet, non vt suum, sed vt sibi debitum loco æris alieni, quod per l. Falcid. conceditur quotiescunque l. Falcid. ratio ponitur, id est, cum quæritur, an legata dodrantem patrimonii excedant, & id patrimonium quantum sit. Si † igitur 3 fideicommissum deduci potest, saltem hoc postulant legatarii, vt de reliquo patrimonio Aurelius quartam non detrahat, sed fideicõmissum, quod deduxit, compenset in quartam. Respondent Imperatores, id repugnare l. Falcidiæ, secũdum quam in patrimonio æstimando antea deducitur æs alienum. In eo autem quod reliquum est ita ratio subducitur, vt eius reliqui quarta apud heredem manere debeat, dodrans præstari legatariis. Proinde idem & in proposito fiet, *§. vlt. Instit. eod.*

Sed quæritur † quantum in fideicõmisso debeatur Aurelio, vt ipse id detrahere possit æris alieni loco? Respond. Ius certum est, tantum ei deberi dodrantem eius portionis, quam frater rogatus est ei restituere, Quarta ipso iure ei non debetur, sed minuitur per leg. Falcid. ac proinde Senatusconsultum 4

quod ad exemplum leg. Falcid. introductũ est, *leg. in quantitate, §. vltim. D. eodem.* Ex his apparet, Aurelium in hac deductione simul habiturũ & fideicommissum quod ei relictum est, & præterea reliqui patrimonii quartam, neque fideicomis. in quartam Falcidiam imputari. Quod tamen sic accipiendum est, nisi frater idemque fideicõmissarius debitor iussisset, vt frater Aurelius fideicommissum cum quarta compensaret, quo casu ab initio æstimabitur patrimonium deducto fideicommisso, & totius patrimonii quartam retinebit Aurelius. Hanc quartam compensabit Aurelius cum summa fideicommissi, si quid in fideicommisso amplius est, id de reliquo dodrante detrahet. Hæc sententia Papin. est *in l. quod bonis, §. quod fideicom. D. eod.* Eodem pertinet *l. si debitor, D. eod.*

*Ad L. 9. Error.*

Imper. Gordianus A. Mestriano.

*Error facti quartæ ex caussa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, vniuersum restituit, condictionem non habet: quinetiam si ius ignorauerit, cessat repetitio. PP. 15. Cal. Nouemb. Pio & Pontiano. Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Si heres, quod vltra dodrantem legatum est, soluerit vt debitum, an id repetere poßit. Distinguendo respondetur, & nu. 4.*

2 *Per errorem facti soluere quis dicatur.*

3 *Heres quibus ex caussis ignoret, supra dodrantem esse legatum.*

5 *Heres sciens legata dodrantem patrimonii excedere, si in iure erret, & legata solida præstet, an per errorem solutum repetere poßit.*

QVod supra dodrantem legatum, id ex l. Falcidia indebitum est, & citra controuersiam retineri ab herede potest, & si id non habet, potest ab eo vin-
1 dicari. Quod † si heres id soluerit tãquam debitum, quæsitum est, an possit repetere. Hic vtilis distinctio traditur, non ad hanc speciem tantum pertinens, sed omnem indebiti soluti repetitionem. Est autem hæc: Si heres per errorem facti soluit, semper repetit, *idem in l. fideic. l. si per ignor. supr. de condict. indeb.* Sin aliter soluit, nunquam repetet, quamuis soluerit
2 indebitum. Per errorem † facti soluere intelligitur, qui putat supra dodrantem non legatum esse, id est, qui putat non esse factum id, propter quod legatum erat indebitum. Nam cum supra dodrantem legatum est, eo fit, vt quod supra dodrantem legatum est,
3 sit indebitum. Id † autem ignorat heres factum esse, duabus de caussis, vel quod legata tantum apparent testamento relicto, quæ vere dodrantem non excedebant: erant autem alia multa relicta codicillis, codicilli autem latebant, qui postea emerserant. Idem etiam contingit hoc modo, si heres nouerit quantum legatum sit, sed multo amplius patrimonium esse putet, atque est, id est, quia ignorat æs alienum, quod postea multo plus emersit. Si in hac ignoratione vel legatorum vel patrimonii heres legata soluit, quod patrimonii dodrans, ad ea soluẽda satis esse putaretur, errore facti soluit, ideo repetet, quoniam cum tanquam debitum soluerit, sub contraria conditione non soluisse intelligitur, *arg. l. quibus diebus, §. 2. de condict. & demonst.* Vnde condictio, actio in personam. *§. 1. Instit. quib. modis re cont.*

Quod † si heres sciuit supra dodrantem patrimonii vere legatum esse, & sciuit l. Falcidia vti posse, ac nihilominus solida legata soluit, non repetet, quia qui sciens se non debere, soluit, donat, *l. cuius per errorem, de regul. iuris.* Donati nulla repetitio est, *l. si repetendi, supr. de condict. ob caussam, leg. 2. & tot. tit. de reuoc. donat. infr.* Quod † si idem heres sciuit legata dodrantem patrimonii excedere, sed in iure errauit, id est, homo imperitus iuris, & nesciens, an vlla sit lex Falcidia, aut quid contineat, putauerit se secundum voluntatem defuncti solida legata præstare debere, quæritur qui in hoc errore soluerit, an possit repetere? Mouet quod non magis hic eo animo est, vt soluat, quam is qui in facto errat, vt si erranti in facto conditio competat ex tacita conuentione, consequens esse videatur, etiam in iure erranti dandam esse. Sed placuit erranti in iure repetitionem non dari, *vt hic & l. cum qui, supr. de iur. & fac. ignor.* Ratio hæc est, quia absurdum putauerunt iuris auctores, meliori conditione esse stultos, quam peritos, & stultos vocant eos, non qui ius ignorant, sed cum ignorent, peritos non consulunt, *l. 4. l. regula, cir. fin. de iur. & fact. ignor.*

*Ad L. 10. Quanquam.*

Imper. Gordianus A. Diogenio.

*Quanquam pater tuus fratrem tuum rogauerit, vt si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis tibi restitueret: tamen intestato eo diem suum functo, id quod beneficio legis Falcidiæ habere potuit, ad successorem intestati pertinere: ideoque non immerito sororem tuam, quæ simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti, quod retinere potuit, portionẽ sibi vindicare, manifestum est. PP. 5. Idus Nouemb. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss. 242.*

SVMMARIA.

1 *Species huius legis.*

2 *Soror an totam portionem paternam restituere fratri debeat, an non poßit eius portionis, quæ ad eam peruenit, quartam retinere.*

3 *Frater defuncti quantum de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, suo iure detrahere poßit, & nu. 4.*

EX duobus filiis † a patre heredibus institutis, v- 1
nus rogatus est, vt si sine liberis decederet, portionem hereditatis paternæ fratri suo coheredi restitueret. Is qui rogatus erat decessit sine liberis, & ita factus est locus fideicommis. Sed decessit intestatus: intestato duo heredes exstiterunt, frater alter, quem coheredem esse dixi & soror demortui, quam & ipse habebat. Certi iuris est, in successione ab intestato hereditatem intestati diuidi ex æquo inter duos istos heredes legitimos, & in ea hereditate etiam continetur portio hereditatis paternæ, quam alteri fratri restituere debebat. Nam priusquam restituta sit, manet in bonis eius, qui restituere debuit, & quia manet, cõsequens est, ad heredes eius pertinere. Huius igitur portionis pars ad sororem iure pertinet. Sed quoniam heredes in æs alienum defuncti succedunt pro portionibus hereditariis, *leg. 2. l. vt debitum, supra. de hereditariis actionibus.* eo fit, vt soror in proposito portionem eius portionis hereditatis paternæ, quæ ad eũ peruenit, restituere debeat fratri suo, tanquam debitum a defuncto.

2 In hac restitutione † quæritur, an soror totam eam portionem paternam restituere fratri debeat, an non possit eius portionis, quę ad eam peruenit quartam retinere? Frater petebat totam eam hereditatis paternæ partem, & negabat sororem posse inde quartam deducere. Et videtur ei ratio non deesse, quia quarta ex Senatusconsulto tribuitur heredi instituto, qui restituere rogatus est, §. *sed quia, Instit. de fideicommiss.* Hæc autem soror nec est ea, quæ rogata est, sed frater eius defunctus. Porro is dum vixit quartam non retinuit, proinde non soror retinere debebit. In hac quæstione hic respondetur, quemadmodum frater defunctus quartam retinere poterat, sic & eius heredes legitimos de fideicommisso eo similiter quartam retinere posse. Proinde & hanc sororem pro sua portione posse quartam retinere. Hoc respondetur ex conditione & iure heredum. Nam heres eiusdem iuris est, cuius & defunctus: heres in omne ius defuncti succedit, *leg. hereditatem, de regul. iuris. l. heres in omne, de acquirend. heredit.* Hinc introducitur hoc loco quæstio, quantum
3 frater † defuncti de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, possit suo iure detrahere? Et hic Accursius scripsit: Quoties filius heres a patre institutus, rogatus est portionem hereditatis alii restituere, posse filium, itemque heredes eius deducere duas portiones. I. Portionē legitimam, quæ filio in bonis paternis debetur, quæ olim erat quarta, nunc ex constitutione Nouell. triens aut semis pro numero liberorum, §. *primo, Authent. de triente & semisse.* Deinde hac portione detracta, quæ ab initio detracta intelligitur, dum filius adhuc viueret, in reliquo patrimonio ita fideicommissa aut legata inde præstare, vt eius reliqui quartam habere debeat filius aut heres eius. Quod reliquum est dodrantis restitui debeat, vel legatariis vel fideicommissariis, de qua sententia paucis nobis cognoscendum est.

Si de iure ciuili quæritur, dubitari non debet, si filius rogatus restituere hereditatis paternæ portionē, debeat esse contentus portione legitima, quæ debetur filiis, quæ olim fuit quarta, *leg. Papinian. §. quarta, Dig. de inoffic.* nunc triens, *ex Nouell. Instit. de triente & semisse, §. primo.* & hac deducta, quin non possit amplius habere ex Senatusconsulto quartam Trebellian. Hæc sententia multis argumentis confirmari solet, sed magna ex parte infirmis. Hæc quæ subiicio certa sunt, & esse debent ex omnibus. Primum, expressum est *in leg. iubemus, supra ad Trebellian.* vbi filius rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ fratribus suis, & nominatim constituitur, cum retenta quarta ex Senatusconsulti auctoritate, dodrantem illius portionis paternæ restituere cogendum. Non restitueret dodrantem, si amplius aliam quartam retineret. Sed certius est expressa eadem sententia *in Nouell. 39. de restitut. & ea quæ parit in 11. mens. §. quam ob rem.* Vbi cauetur diserte, si pater velit a filio hereditatem suam restitui, filium imprimis habere debere trientem hereditatis paternæ, ex qua filius est institutus, reliquum totum restituere debere, nec posse quicquam filium ex eo retinere, si triens quem habet sufficiat ad dotem aut donationem propter nuptias, de eo quod restat detrahi posse. Ex quo perspicuum est, si filius, aut nullam dotem aut donationem propter nuptias habeat, aut debeat quidem, sed portio legitima ad eas res præstandas sufficiat, nihil filium præter trientem retinere posse. Et in summa, si quid filius præter trientem retinere potest, id non est quarta ex Senatusconsulto, sed dos dixi, aut donatio propter nuptias, ad quas præstandas triens non sufficiat.

Sed vt hæ auctoritates certorum locorum nos deficiant, hæc sententia diserte probatur, ratione sumta ex leg Falcid. & Senatusconsulto Trebellian. Certum est, heredem, qui quartam hereditatis habet, vel iure hereditario vel iudicio testatoris, quartam ex Senatusconsulto retinere non posse, quia habet *l. 1. vers. secundo cap. leg. qua caussa, ad legem Falcidiam.* At filius a patre heres institutus, qui trientem iure naturæ debitum retinet, is nō solum quartam habet, sed amplius etiam vnam vnciam, proinde quartam ex Senatusconsulto amplius retinere non potest: Filium autem heredem institutum certum est eum trientem, quem retinet, habere, & iudicio defuncti, & iure hereditario. Nam non solum illi hereditas iudicio defuncti delata est, sed etiam ita delata est, vt esset heres, & cum trientem retinet, non retinet nisi iure hereditatis, quia Senatusconsultum facit, vt non videatur filius de eo triente restituendo rogatus esse, aut saltē de quarta restituenda, quoniam legatum & fideicommissum per legem Falcidiam ipso iure minuitur, vsque ad quadrantem hereditatis, *l. in quantitate patrimonii, §. vltim, D. ad legem Falcidiam.* Veruntamen contraria sententia suos defensores & assertores habet. Non dubium est, quin confirmata sit iure Pontificio, quæ sententia exstat Innocentii *in cap. Raynutius, extr. de testamentis.* Non desunt tamen, qui eam sententiam iure ciuili probari putent, in quibus est Accursius *ad legem hanc.* Qui duobus vtitur argumentis, sed friuolis.

Accursius sic argumentatur. Triens natura debitus filio, non potest fideicommisso onerari, quia de legitima omne ius & grauamen subducitur, *l. quoniam in prioribus, leg. scimus, de inoffic. testam.* Cum ergo filius heres institutus, rogatus est hereditatem paternam restituere, perinde est, quasi de triente natura debito restituendo rogatus non esset. Ex quo colligit de reliquo patrimonio restituendo filium rogatum videri, proinde & eius patrimonii reliqui quartam retinere non posse.

Respondeo, Vitiosissime colligit: Nam & cum heres extraneus oneratus est legatis supra dodrantem. Item, cum rogatus est hereditatem restituere, videtur de quarta parte hereditatis, nihil a testatore constitutum: nam hæc quarta retinetur ipso iure, quasi nec legata aut fideicommissa esset, *dict. leg. in quantitatem, §. vltim. D. eadem.* Et tamen cum heres hāc quartam habet, de reliquo dodrante deduci nihil potest. Præterea hoc argumentū aduersus auctores facit, sic enim colligi debet: Cū filius rogatus est portionem hereditatis restituere, non videtur rogatus de triente restituendo. Ergo eum trientem filius solum habet: si habet, consequens est eum amplius quartam hereditatis consequi non posse, qui quartam habet & amplius. Deinde Accursius argumentum ducit *ex l. quoties, D. eod.* Vbi si quid legatum sit ei, qui capere non poterat, & contributis omnibus legatis reperiatur supra dodrantem legatum esse, placet in hoc legato, quod non capienti relinquitur sic poni rationem l. Falcid. vt primo

heres portionem Falcidiæ ex hoc legato detrahat, deinde ex reliquo dodrante eius legati detrahat eam portionem, quam legatarius capere non potest. Respondeo: Exemplum ad rem plane nihil pertinet. Nam hoc exemplo heres non retinet, nisi vnā quartam, quæ ex leg. Falcidia ei debetur. Quod amplius retinet ex dodrante, non sibi sed fisco retinet. Deinde non retinet, tanquam sibi debitum, sed tanquam ei legatum.

Multæ præterea rationes ab aliis in hanc sententiam colliguntur. Sed omnes eiusmodi, quæ nullo negotio refelli possunt. Vna est tamen ratio pro ea sententia, quæ magnam speciem veri, & æquitatis habet. Ea nobis erit vna pro omnibus. Est autem hæc: cum heres rogatus est restituere hereditatem, sic ratio l. Falcidiæ ponitur certo & explorato iure, vt heres rogatus ante deducat, quod sibi a defuncto debebatur, quod reliquum est patrimonii, id solum patrimonium defuncti esse existimatur. In eoque id obseruatur, vt heres eius reliquam partem habere debeat, reliquum dodrantis præstare legatariis aut fideicommissariis, *leg. irritum, supr. h. §. vltim. Instit. ad leg. Falcid.* At triens & tota ea portio legitima, quam filius, vt filius habere debet, est debitum filii, quod a patre filio debetur, & quidem iure naturali, vt probatur *in leg. vltim. de bon. damnat. in Nouell. 1. de hered. & Falcid. §. patrimonium itaque.*

Proinde, cum filius institutus rogatus erit restituere paternam hereditatem, secundum regulam supra scriptam, ante omnia deducere debebit trientem sibi natura debitum, deinde in reliquo ita ponitur l. Falcidia, vt ex eo reliquo quartam retineat, & quod reliquum est dodrantis, fideicommissario restituat. Hæc ratio infirmari non potest, si statuimus trientem legitimum, qui filio debetur, esse ex numero reliquorum debitorum hereditariorum. Sed hic respondebitur recte ex iure ciuili, quod dicitur in ratione leg. Falcidiæ ineunda ante deduci æs alienum, quod heredi debetur, id intelligendum est, si quod sit debitum, vt a defuncto aut herede debeatur. At si est aliquid quod tribuatur iure heredi, non a persona defuncti aut hereditatis, id ante omnia non deducitur, aut si deducitur, ex reliquo patrimonio nihil deducitur amplius. Argumento est certissimo quarta, quæ ex l. Falcidia debetur: item quæ ex Senatusconsulto debetur. Nam hæc l. quoque & Senatusconsulto debetur, itidem vt portio legitima debetur lege naturæ liberis & tamen cum heres hanc quartam semel deducit, quæ ex legibus & Senatusconsultis debetur, in reliquo dodrante nihil amplius deducere potest.

Veruntamen ad hanc responsionem hoc referri potest, diuersam esse caussam quartæ, quæ ex l. Falcidia retinetur, & portionis legitimæ, quæ filio debetur. Nam quarta Falcidię tantum iure ciuili debetur: portio debita liberis naturali ratione debetur, & legibus naturæ, vt consequens sit, plus in ea debitum esse, quam ceteris, *dict. leg. vlt. de bon. damnat.* Et verisimile est hac ratione motum Innoc. superiorem sententiam comprobasse *in d. c. Raynutius.* Et certe si hoc conceditur, portionem legitimam, quæ debetur liberis vere debitum esse patrimonium, nihil caussæ dici potest, quin prius hūc trientem filius retineat, tanquam æs alienum. In reliquo autem patrimonio recte retineat *ex d. l. irritum, supr.*

Sed & eadem principio posito argumenta, quæ in priorem sententiam afferebantur, facile diluuntur. Non obstat, quod dicitur, filium rogatum restituere portionem hereditatis paternæ, restituere debere dodrantē eius hereditatis, deducta solum quarta, *l. iubemus, supr. ad Trebell. & similibus locis.* Fatebimur enim hoc ita esse, sed respōdebimus, portionem hereditatis paternæ æstimandam esse deducto prius ære alieno, quod filio debetur. In eo autem ære esse trientem filio natura debitum in successione patris. Hoc triente deducto æris alieni loco, quod superit, erit hereditas paterna, cuius detracta quarta dodrantem restituere cogetur.

Non obstat etiam, quod dicitur, heredē, qui quartam hereditatis habet, non posse quartam ex Senatusconsulto, aut l. Falc. retinere, quia habet quod petit. Hoc enim ita est, si heres quartam habeat iure hereditario, aut iudicio defuncti, *dict. l. in quartam, D. eodem.* At portio hereditatis debita, id est, triens ille, de quo loquimur, non accipitur a filio iure hereditario aut iudicio defuncti, sed tanquam debitum. Iccirco in eadem caussa haberi debet cum reliquis, quæ filio debentur, vt scilicet in æstimando patrimonio defuncti patris hoc debitum ante omnia deducatur. Deinde quod supersit existimetur esse hereditas patris. Non accipi autem hunc trientem iure fideicommissario aut iudicio defuncti, sed tanquam debitum, argumento est, quod filius idem etiam haberet ab intestato, & multo plus. Non obstat etiam, quod quidam obiiciunt: Natura absurdum esse, vt duæ quartæ dicantur ex eadem hereditate detrahi posse, & nihilominus his detractis, dicatur dodrans restitui.

Facilis enim hic responsio est, admissa ea ratione, quam supra posuimus. Nam triens natura filio debitus, non vt quarta hereditatis deducitur, sed vt æs alienum, ita vt filius deducendo trientem æris alieni loco, & ex reliqua substantia detrahendo quartam, intelligatur vnam tantum quartam habere hereditatis paternæ, sed quæ æstimata sit prius deducto ære alieno.

Quid igitur in hac varietate iuris nobis sequendum est? Respondeo, Melius est, eam sententiam sequi, quæ confirmata est *in cap. Raynutius, extra, de testamentis.* Idque his de caussis. Primo, quia præterquam quod confirmata est, eius capit. auctoritate, etiam in vsu & foro ita obtinuit, vt fere vbique seruetur. Qua ex re fit, vt sit multo tutius, non se vexare inanibus sumtibus aduersus eam sententiam. Deinde, quia etsi hæc sententia non esset ex iure ciuili, tamen non eo minus æqua & benigna est, & benignior quam prior. Nam ea demum sententia benignissima & æquissima putanda est, quæ naturæ rationem & legem sequitur, *leg. penult. Dig. de instit. & iur.*

At ratio naturalis tanquam naturæ lex tacita successionem parentum liberis tanquam debitam tribuit, *vt est in l. vltim. de bon. damnat.* Proinde ea sententia æquissima iudicāda est, quæ parentum hereditatem quā maxime & prolixissime liberis retinet, qualis est sententia superior de triente non debito prius deducendo, deinde de quarta reliquæ sententiæ detrahenda. Postremo etiam ex ratione ciuili ea sententia admittenda est. Etsi enim non est explorati iuris ciuilis ea sententia, sed multa contra ex iure ciuili dici possunt, Tamen superior ratio, quam

pro ea sententia adduximus, hoc saltem facit, vt res in dubitationem, & ambiguitatem reuocetur. In omnibus autem etiam iure ciuili placet benigniorem sententiam præferendam esse, *l. si fuerit legatum, in fin. de reb. dub. l. semper in dubiis, de reg. iur.* Ea autem sententia humanior & benignior est, quæ pro liberis facit.

4 Hac † sententia admissa propter eam rationé, quá supra adduximus, dicendum est, non tantum filium, qui rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ, posse ita deducere trientem, vt supra dixi, deinde reliquæ substantiæ quartam, tunc cum rogatus est hereditatem restituere, sub conditione, si sine liberis decesserit, vt Accursius existimauit, hoc loco: sed etiam filio rogato idem tribuendum esse, etsi rogatus sit pure portionem hereditatis paternæ restituere, cótra distinctionem Accursii hoc loco. Nam semper verum erit filium rogatum posse deducere trientem, vt sibi natura debitum, quo deducto consequens erit reliquum patrimonium ita posse restitui, vt inde filius posset deducere quartam ex Senatusconsulto. *l. irritum. sup.*

Hac sententia quæsitum est, quantum in duabus illis deductionibus, quas filio tribuimus, filius deducere debeat, & de triente conuenit inter omnes, tunc ex tota hereditate detrahi. de quarta quæ amplius ex SC. deduci debet, quæstio est; quidam putant præter quatuor vncias hereditatis, quas filius iam retinuit, habere eum debere eiusdem hereditatis vncias tres, vt sic totius hereditatis, ex qua institutus est habeat 7. vncias, quinque tantum restituat. Sed hæc sententia merito displicuit, quia triens, qui primus deducitur, non vt quarta deducitur, sed vt æs alienum & debitú filii, secundúm quam sententiam huius deductionis ratio ita ineunda est, ex sententia *l. irritam. sup.* Filius ante quatuor vncias hereditatis deducit: id quod reliquum est, diuidetur in duodecim vncias, ex quibus filius tres accipit, reliquum dodrantem restituit. Aut quod idem est, deductis quatuor vnciis, ex tota hereditate, relinquitur bes hereditatis, id est, 8. vnciæ, ex quibus filius quartam partem tantum habebit, id est duas, vt sic ex tota hereditate auferat 6. vncias tantum, non septem. Neque nos mouere debet ratio eorum, qui 7. vncias filio tribuunt. Dicunt enim, filio tribuendam esse quartam totius portionis paternæ. Portio autem quarta totius hereditatis paternæ, non sunt duæ vnciæ, sed triens. Respondemus enim verú esse, filio tribuendam esse quartam totius portionis paternæ. Sed iam diximus, hanc portionem paterná, non æstimari computato adhuc triente, qui natura filio debetur, sed computari eo triente ante deducto, vt ære alieno, quod reliquum est, id totam portioné paternam existimari debere.

*Ad L. II. Si vt allegas.*

Imp. Gordianus A. Maximæ.

*Si (vt allegas) pater tuus eam portionem, ex qua te fecit heredem, fratribus tuis restituere iussit, certisque speciebus pro Falcidia præcepit esse contentam: auxilium legis Falcidiæ, quod imploras, apud suum iudicem non prohiberis flagitare. PP. 7. Kalen. Nouemb. Arriano & Pappo conss. 244.*

SVMMARIVM.

1 *Filia heres instituta & rogata restituere portionem paterná fratribus, quartam ita retinet, vt testator prohibere non possit, quo minus retineat.*

2 *An idem post contrariam Iustiniani constitutionem locum habeat.*

Filia † a patre instituta, & rogata restituere portionem paternam fratribus, quartam ita retinere potest, vt testator prohibere non possit, quo minus eam retineat, siue in totum prohibeat, siue pro ea quarta aliquid filiæ attribuerit, vt hic. Non quod non debeat in quartam imputari id, quod a defuncto tribuitur, *l. in quartam. ff. eod.* sed quod si id ad quartam nó sufficit, possit filia, quod amplius est ex Senatusconsulto deducere vel petere, quod Senatusconsultum hic appellatur Falcidia, quia Senatuscósulto permissum est, vt quarta ex fideicommissa hereditate ita deducatur, vti per l. Falcidiá de legatis deducere concessum est, *vt docuimus ad l. iubemus. sup. ad Trebel.* Hæc sententia ex iure veteri certa est, quo iure testator contra l. Falcidiam non potuit cauere, ne quarta portio hereditatis apud heredem maneret, *l. quod bonis*, §. 1. *l. si debitor. D. eod.* Quid † dicemus hodie, post constitutionem Iustiniani, qua cautum est, licere testatori prohibere, ne portio ex l. Falcidia deducatur. *Auth. sed cú testator. sup. eod.* Respondeo, si hanc quartam intelligimus eam portionem, quæ filiæ natura debetur ex successione patris, hanc testator prohibere non potest. *l. quoniam in priorib. l. Scimus. sup. de inoffi.* Nec cóstitutio noua Iustiniani ad eam portionem pertinet. Hæc enim portio, vt naturæ iure debita deducitur, non ex l. Falcidia. Deinde eadem Nouella, *de hered. & Falcid. §. pen.* declaratur, libertum non posse testamétо suo prohibere, quominus patronus quartam sibi debitam habeat. Plus autem iuris est filiis in ea portione, quæ illis in successione patris natura debetur. Quod si præter hanc portionem filia etiam deducere volet de reliquo patrimonio quartam, ex Senatuscósulto, vt facere posse eam diximus, *ex c. Raynutius. ext. de test.* puto patri licere ex Nouel. constitutione hanc quoque quartam partem prohibere.

Non obstat, quod Nouella constitutio scripta est de Falcidia prohibenda, hic autem agitur de quarta Trebell. nempe quæ ex fideicommissa hereditate deducitur. Etsi enim verum est, quod in prioribus legibus nominatim correctum non est, id posteriorum legum regulis permittendum esse. *l. præcipimus. in fin. inf. de appellationib.* tamen verbo Falcidiæ, quo Nouella vtitur satis continetur quinta, quæ retinetur ex Senatusconsulto. Ná & hæc Falcidia appellatur nominatim in hac *l. item in l. iubemus. sup. ad Trebellia.* de quo illic plura. Deinde ratio Iustiniani in Nouel. constit. cur velit, posse prohiberi deductionem Falcidiæ, est hæc, vt voluntas defuncti conseruetur, *d. Nouel. 1. §. hinc nobis.* Hæc ratio pariter in quarta Trebellian. locum habet. Postremo maior caussa est, cur testator possit deducere quartam Trebellian. quam quartam Falcid. quæ deducitur ex singulis legatis. Nam Falcidiæ quarta prohibita, licet heredi hereditatem non adire, Trebelliana etiam prohibita, non licet heredi hereditatem non adire. Quisquis enim heres rogatur restituere hereditatem, is etiam adire cogitur & restituere, *vt sup. tit. dixi.* Multo igitur facilius, & huius deductio prohiberi potest a testatore.

*Ad L. 12.*

Impp. Diocletianus & Maximianus AA. Iustino.

*In donationibus inter virum & vxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus*

*funguntur nonnullis, iuris placitis comprehensum est. PP.16.Kal.Iul.ipsis AA.IIII.& III. Coss.290.*

SVMMARIVM.

1 *Donationes quæ inter præsentes factæ morte solum testatoris confirmantur, vicem legatorum obtinent, & in iis Falcidia locum habet.*

1 QVæcunque † donationes inter præsentes factæ, morte solum donatoris confirmantur, hæ vicē legatorum obtinent; quæ & ipsa solum morte confirmantur. Eadem ratione fit, vt in iis donationibus itidem vt in legatis, Falcidia locū habeat, id est, hę donationes in numero legatorum computentur, cū quæritur quātum legatum sit, & an legatum sit supra dodrantem. Itē vt ex iis, tanquam ex legatis deduci possit, quod dodrantem patrimonii excedit, ex l. Falcid. Exemplo est donatio caussa mortis, de qua *in l. si mortis.infr.* item donatio inter virum & vxorem *de quab.* Huiusmodi donationes ipso iure non valent. *l.1.2.3. de donat.inter vir. & vxor.* Sed tamen nisi a donatore reuocatæ sint, morte eius confirmantur, *l.cum hic status.§.1.de donat.inter vir.& vxor.* Vnde & l.Falcid. locus, vt ibidem scriptum est.

*Ad L.13.Si ea.*

Iidem AA.& CC. Zetho.

*Si ea, cuius filium tuum seruum significas, ex iudicio defuncti, quem dicis fideicommissariam libertatem ei reliquisse, aliquid consecuta est: ad restituendam fideicommissariam libertatem non immerito obnoxia constituta debet vrgeri. Nam fideicommissum ei relictum vsque ad eum modum potest petere, quem deducto pretio seruorum, quos fuerat rogata manumittere, relictorum substantia patitur. S.5.Kalen. Maii, Heraclia, AA.Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Titia rogata, vt seruos per fideicommissum sibi relictos, & amplius seruum quendam proprium manumittat, an fideicommisso agnito cogenda sit manumittere.*

2 *Quatenus seruos sibi legatos petere possit.*

3 *Error interpretum huius loci notatur.*

TEstator seruos quosdam suos per fideicōmissum legauit Titiæ & rogauit eā, vt seruos manumitteret, hoc amplius, vt manumitteret seruum quendā suum proprium, qui erat filius naturalis Seii, cuius ad consultationem hoc rescriptum relatum. Titia fideicommissum seruorū agnouit, neque postea seruum suum proprium manumittit, vti rogata erat manumittere: vrget pater naturalis Seius, vt manumittat.

1 Quæsitum † est an debeat manumittere? Nam videbatur cogenda esse manumittere. Non qui ex testamento defuncti nihil accipit, ab eo nihil relinqui potest, §.1.*de sing.reb.per fideicommiss.rel.l. ab eo.sup.de fideicom.* Hæc autem mulier ex testamento capere nihil videtur. Proinde rogari non potest, vt quicquam præstet. Non videri autem eam quicquā capere, probatur ex definitione capiendi. Nā capere non est manu capere tantū, sed cum effectu, id est, capere, vt maneat. Capere enim, quod restituere opus habet, non est capere, *l. aliud est capere, de verb.sig.* In proposito autem mulier seruos per fideicommissum relictos ita capit, vt debeat manumittere, proinde capere non videtur. Quare nec propter id fideicommissum, quicquam ab ea relinqui potest, vltra seruos legatos. Hic respondetur eam manumittere cogendam seruum suum, quæ seruos per fideicommissum relictos agnouit, etiāsi eos manumittere sit rogata. Et recte respondetur, & secundum regulam eam, quæ obstare videbatur. Nā etiāsi seruos relictos manumittere debet, tamen non eo minus in his aliquid capere intelligitur. Nam manumissos habitura est libertos, & ita cōsecutura in his ius patronatus. Quod ius hęc commoda secum affert, obsequium a libertis debitum, operas item officiales, & præterea ius succedendi liberto ad eum modum, qui constitutus est legibus. De obsequio est *sub tit.de obseq. a libert.* De operis, est *sub titulo de operis liber.* De successione libertorum est, *sub tit. Instit.succeß.libert.*

Hinc colligimus: quicquid est quod ad aliquē peruenit testamento, id eiusmodi esse, vt qui in eo volūtatem defuncti agnouit, cogendus sit, seruum, atque adeo seruos suos manumittere, quemcunque ab eo testatore manumittere est rogatus, etiamsi serui manumittendi multo sint plures, quam id, quod accipitur, quoniam legatarius voluntatem defuncti agnouit etiam in minimo relicto, non videtur seruos suos pluris manumisisse, *l.sed si non seruus. D.eod.l.generaliter, §.si quis alienum, l.si debitor, de fideicommiss. libert.*

Quæsitum † est amplius, quatenus Titia legataria possit petere seruos sibi legatos, quos manumittere rogata est? Respondetur, eam petere posse ad eum modum, quem relictorū substantia patitur, id est, potest petere fideicommissum horum seruorum in solidum. Et hoc est, quod dicitur, l. Falcidiam nō minuere libertates. *l.si vniuersæ.sup.de fideicommiss.l.Papin.§.4.D.de inoffic.* Serui autem in proposito per fideicōmissum relicti, sunt relicti manumissionis caussa, proinde in solidum præstantur, *l.in testatoris 34.& l.sequ. D.eod.* Sed additur in hoc rescripto ita præstare solidū hoc fideicom. vt ante deducantur pretia horum seruorum, quos Titia manumittere rogata est, quod fit ex verbis l.Falcid.ex qua patrimonium æstimatur, deductis prius pretiis seruorum manumissorum, *§. vlti. Institu.h.* Vulgo † grauiter erratur in interpretatione huius loci, quod fideicommissum hoc, cuius hic fit mentio, interpretarentur fideicommissum pecuniarium, seu pecuniam relictam Titiæ eo modo, vt seruū suū manumitteret, & præterea ex eo pretio alios seruos redimeret, quos rogata est manumittere. Primo de seruis alienis redimendis nullum hic verbum est, deinde pecuniam esse relictam in hoc, vt legatarius aliquos manumittat, Falcidia non patitur, id est, non præstatur ad eum modum, quem bonorum substantia patitur, sed quem dodrantis substantia patitur. *d. l. in testatoris, & l.seq.D.eod.* Quod est conueniens verbis huius rescripti. 2 3

*Ad L.14.*

Iidem AA.& CC.Faustinæ.

*Licet adieris patris hereditatem, & confusione pro parte, qua eidem successeris, exstinguatur actio, quam tibi adseris competere, eo quod ex administratione tutelæ multa eum debuisse contendis: pro residuis tamen partib. coheredes conuenire non prohiberis: & fundum a te relictum, eatenus quo ad deducta quarta residui substantia patitur, præstare necesse habes. Dat.6.Kalend.Octob. Viminacii. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Creditore testatoris a testatore pro parte heres instituto, iusso prædium suū restituere Titio, siue extraneo, siue coheredi, quantum coheres de debito huius creditoris consequi possit.*

Creditor

CReditor testatoris institutus est a testatore heres pro parte. Idem iussus est, prædiũ suum restituere
1 Titio, siue is extraneus est siue coheres. Quæritur, † de debito huius creditoris, quantum de eo cõsequi possit? Respondetur primo, posse eum citra omnem cõtrouersiam partem hereditariam a coherede petere, quia pro ea parte actio vetus confusa non sit, reliquã autem partem, pro qua ipse heres testatoris exstitit, eũ petere a coherede nullo modo posse. Quod duab. de caussis recte respondetur. I. quia hæc portio iam amplius non debetur, vt consequens sit, eam neq; ab herede, neq; ab vllo alio peti posse. Nam pro ea parte obligatio non tollitur confusione, quoniam nemo idem creditor & debitor esse potest. *l. pen. de hered. act. l. vxor. inf. de bon. auct. iud. poss.* Sed quam partem hic heres a coherede accipit, eam retinere potest aduersus legatarium, & hoc modo saluã habere, idque est, quod significatur extremis huius rescripti verbis. per aduersarium. Nam in extremis dicitur, *debere eũ præstare legatum a se relictum scilicet, quoad deducta quarta, quantitas patrimonii patitur.* Quibus verbis duo significantur. I. hunc heredem, a quo supra dodrantem portionis eius legatum est, deducere posse quartã suæ portionis, idq; est, quod dicitur, in singulis rationibus rationem Falcid. ponendam esse, §. 1. *h.* Alterum iisdẽ verbis significatur, ita quartam hanc ex l. Falcidia deduci, vt heres prius deducat æs alienum, nisi quod ei a defuncto debeatur. *l. in imponenda. sup.* Quo fit, vt hic heres portionem debiti, quã a coherede exigere nõ poterat, tamen in ratione Falcidiæ ponenda, ponat, & deducat aduersus legatarios, deinde reliquũ ita partiatur, vt retineat quartam, dodrantem restituat.

*Ad L. 15. Si prædiorum dotis.*

Iidem AA. & CC. Pomponio.

*Si prædiorum dotis apud te iure remanentis instrumenta verbis precariis, vel testamento, vel codicillis vxor tibi dari mandauit, eius iudicium successores implere compellentur: cum instrumentis prædiorum domino relictis, Falcidiæ nulla possit interuenire quæstio. Supposita 16. Kal. Feb. Sirmii CC. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Dos quando soluto matrimonio mulieri, aut heredibus restituenda sit.*

2 *An ex legato instrumentorum falcidia quoque detrahi possit.*

1 SOluto matrimonio dos mulieri aut heredibus restituenda est, *l. 2. D. solut. matrim.* Sed hoc † ita, nisi in dote danda conuenerit, vt vel susceptis liberis, vel mortua in matrimonio vxore, dos maneat penes maritum, *l. 2. & l. si pater. de pactis dotalib.* Cum forte eiusmodi pactio inter maritum & vxorem interuenisset, ex qua prædia dotalia apud maritũ manere deberẽt, vxor decedens legauit marito suo instrumenta eorũ prædiorum, id est, tabulas & literas, quibus origo emtionis & acquisitionis eorum prædiorum continebatur. Hoc ideo recte fit ab vxore: quia nisi hæc instrumenta marito legentur, non sunt mariti, tametsi maritus prædiorum sit dominus, *l. instrument. sup. de fideicommiss.* Quæsitũ est, cum tantum legatum esset
2 ab vxore, vt locus esset l. Falcidiæ, an †, ex hoc quoque legato instrumentorum, Falcidia detrahi possit secundum verba l. *potest*, nam legata sunt, & L. Falcidia omnia legata minuuntur, si dodrantem excedant, *vt supra diximus.* Hic respondetur, quod horum instrumentorum nulla sit æstimatio, & proinde non sint in computationem legatorum æstimanda. Nam pretia rerum cum aliis in caussis, tum præcipue circa l. Falcidiam, non ex affectu cuiusquam æstimantur, veluti si dicat heres. *se nolle istiusmodi instrumentis carere pro 10. aureis. h.* Sed æstimantur reuera communi hominum æstimatione. *l. quia. Digest. eodem.* At pretia instrumentorum, si quis aliis velit vendere, nullo pretio æstimantur, quia aliis omnibus sunt inutilia: proinde nullo modo æstimanda. Recte quoque hãc rationem Accursius reddit, cur non debeat ex his instrumentis quarta detrahi, quia ea quarta heredi sit inutilis, legatario prosit, vt consequens sit heredem non posse eam quartam retinere, nisi vt officiat legatario. Præclare autem scriptum est a Celso, malitiis non esse indulgendum, *leg. in fundo, de rei vindicat.*

*Ad L. 16. Successores.*

Iidem AA. & CC. Diomedi.

*Successores legata vel fideicommissa, si æs alienum hereditarium defuncti substantiæ fines occupauerit, legis Falcidiæ iussio peti, item Trebelliani Senatusconsulti præceptum exigi non concedit. S. 16. Kalend. Febr. Sirmii AA. coss.*

SVMMARIVM.

1 *Heres adita hereditate adit omnia onera hereditaria, vna cum commodis.*

2 *Onerum hereditariorum duo genera.*

3 *Quomodo æri alieno & legatis heres obstringatur.*

4 *Æs alienum si sit tantum, vt hoc dissolutio in patrimonio nihil supersit, legatorum nomine nihil debetur.*

HEres † hereditate suscepta, suscipit omnia onera hereditaria, vna cum commodis *l. 1. 2. sup. de bon.* 1
*poss.* Onerũ † hereditariorum duo sunt genera, æs alienum defuncti & legata. His oneribus obstringitur 2
heres, sed dissimiliter iure veteri. Nam † æri alieno obligatur in solidum: legata autem non præstantur 3
vltra vires cuiusque patrimonii, *vt hic est scriptum, & l. 7. §. denique ad Trebell. l. prima. §. in quibusdam. Dig. si cui plus quam per l. Falcid. sit legat.* Id efficitur & l. Falcid. & Senatusconsulto Trebel. Proinde neque ab herede legata supra vires patrimonii exigi possunt, neq; possunt a fideicommissario, cui restituta est hereditas. Efficitur hoc l. Falcidia, quia l. Falcidia non patitur legata præstari vltra dodrantem hereditatis, multo igitur minus patitur ea pręstari, vltra vires eius patrimonii. Idem efficitur Senatusconsulto. Quod si de Peg. veteri intelligimus quarta ex eo Senatusconsulto deducitur, vt deducitur, ex l. Falc. §. *sed quia hereditas. Inst. de fideicom.* Sin intelligimus de Senatusconsult. Treb. vetere, hoc SC. non transferuntur actiones in fideicommissarium, nisi quæ & quatenus in heredẽ competebant. Legatorum autẽ petitio vltra dodrantem non competit.

Hinc † cõsequens est, quod in princ. hic dicitur, si tantum sit æs alienum defuncti, vt hoc dissoluto nihil 4
in patrimonio supersit, legatorum nomine nihil deberi. *idem in l. si vniuersis. sup. de fideicom.* scilicet quia in legatis pręstandis ex l. Falcid. patrimonium æstimatur, deducto prius ære alieno, vt si quid supersit, eius quartam heres habeat, si nihil supersit, nihil præstare

debeat, *d §. vlt. Inst.* Sed hæc iure veteri ita sunt: constitutionib. autem Iustiniani, quæ scriptæ sunt de inuentario ab heredibus faciendo, in totum a iure hoc recessum est. Nam si heres inuentarium facit, non tenetur creditoribus vltra vires patrimonii. Si non facit, aut non ita facit, vt ex illis constitutionibus oportet, non solum æri alieno in solidum obligatur, vt ante, sed etiam legatis vltra vires patrimonii, *Authent. sed cum testator. in fin. supra eod. l. vltim. supra. de iure delib.*

*Ad L. 17. A coheredibus.*

Iidem AA. & CC. Caio.

*A coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiæ præstitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est. Suppos. 5. Kal. Nouemb. Anchiali. CC. coss.*

SVMMARIA.

1 *Relictum heredi a coherede quatenus debeatur.*

2 *An in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda sit.*

HEredi a seipso legari non potest, quia non est, qui ei legatum præstet. Heredi a coherede recte relinquitur legatum, quia est qui illi legatum dare possit. *l. legatum. §. 1. de legat. 1.* Posterior pars huius definitionis hic cõstituitur, & hic quæritur, quod † a co-
1 herede, heredi relictum est, quatenus debeatur, exẽpli gratia, qui 400. habeat in bonis, duos instituit heredes primũ & secundum, ex æquis partibus, primũ iussit secũdo 200. dare. Hic duo quærimus. I. An primus hæc 200. præstare debeat, si nulla esset l. Falcidia. mouet quæstionem, quia onera hereditaria diuiduntur inter heredes proportionibus hereditariis *l. 2. s. de hered. act.* Huiusmodi onus videtur esse legatum a primo relictum, vt proinde videatur primus ex 200. ab eo relictis 100. debere duntaxat, vt portionem legati, vbi pro portione heres est. Hic respõdetur 200. deberi, vt legata sunt a primo: nihil ad rem pertinet, quod dicitur onera hereditaria diuidi inter heredes, pro portione hereditaria. Hoc enim de ære alieno defuncti intelligendum est, ex quo prius tenebatur, *l. ea, quæ sup l. debitorum. de pact.* diuersa caussa est legati. Nam quantum cuique relictum est testamento, tantum ab eo relinqui potest, *§. 1. de sing. reb. l. 4. & 6. de legat. 3.* & hæc ita sunt, si l. Falcidia non interueniat, id est, si supra dodrantem portionis hereditariæ legata relicta non sint. Quid ergo, si supra dodrantem eius portionis relicta sint, vt in specie proposita contigit? Et placet heredem leg. Falcidia bono fine vsurum pro portione sua. Hæc est illa vetus quæstio, † an in
2 singulis heredibus ratio l. Falcidiæ ponenda sit, quod prima ratione nõ videtur, vt in exemplo a nobis proposito. Nam a secundo herede nulla legata relicta sunt, ita fit vt amplius, quam quarta hereditatis apud vnum heredem maneat, manet enim semis integer apud secundum. Videtur autem l. Falcidiæ satisfactũ, si testator quartam hereditatis integram reliquit, vel apud vnum ex heredibus, vel apud omnes. Quod si recipitur, consequens erit, primum heredem in specie proposita detrahere de legatis a se relictis nihil posse, quamuis ea eius portionem exhauriant. Sed placuit, vt dixi in singulis heredibus rationem l. Falcidiæ ponendam esse, id est. si tantum a singulis legatum sit, vt dodrans portionis hereditariæ excedatur, quantum vltra dodrantem erit tantum de legatis singulorum decedet, *l. in singulis. Digest. eodem. §. prime, de l. Falcid.* Quæ sententia efficitur verbis l. Falcidiæ. Nam in secundo capite non dicitur, tum ita deducitur legatis, ne minus quam quartam hereditatis partem vnus heres habeat, sed ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. Quibus verbis exigitur, vt quarta apud vniuersos heredes maneat: proinde vt maneat apud singulas portiones.

*Ad L. 18. Si quis penult.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni Præfecto prætorio.

*Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam, iusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persoluat, vel aliam quantitatem, quæ deminuere Falcidiæ rationem potest: sancimus heredem, si adierit, legis Falcidiæ beneficio sustentatum, replere quidem, quod ad Falcidiam deest: & prius eo dato vel retento, siue vna datio est, quæ celebrari disposita fuerit, siue in multas diuiditur personas præfatæ legis immutilatum habere beneficiũ. si enim cũ mortis caussa donatio procedat, & hæc m[illegible] ũ legis Falcidiæ excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quæ vltra modum legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit: quare non in præsenti casu & viuentibus, & morientibus prouidemus, & eorum vltima elogia conseruantes, & commodum hereditariũ non minuentes? Dat. Kal. Nouemb. Constantin. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. 531.*

SVMMARIA.

1 *Conditio quæ fit conditionis implendæ caussa, an lege Falcidia minuatur, vt legatum.*

2 *Heres institutus sub conditione, si 300. dederit, an cogatur ab initio totam eam summam præstare, vt fiat heres, postea detracturus Falcidiam, an vero ab initio possit detrahere 80. & 300. præstando fiat heres.*

3 *Conditionis implendæ, caussa quæ capiuntur an imputentur in quartam.*

CVm quæritur an supra dodrantem legatum sit, vt l. Falcidiæ locus sit, placet in his, quæ relinquuntur, computanda esse, non totum legatum, sed ea etiam, quæ legatorum vicem obtinent, quæ omnia in numero & computatione legatorum traduntur: & si omnia hereditatis dodrantem excedunt, singula per l. Falcidiam minuuntur, quatenus dodrantem excedunt. In his habentur donationes caussa mortis, *l. si mortis, l. in donationibus. s. h.* Quæsitum est hoc loco, an in eadem caussa haberi debeant ea, quæ conditionis caussa implendæ ab herede præstantur, exemplũ est tale. Qui 400. habebat in bonis, non potest amplius legare, quam 300. proinde si legauit, 400. de legatis 80. decedent, vt 100. apud heredem maneant. Quid si testator ita scripserit, *Lucius Titius mihi heres esto, si 400. Titio dederit.* Quæro an huius conditionis implendæ caussa necesse habeat heres 400. præstare, vt fiat heres, an vero non habeat necesse præstare, nisi 200. propter l. Falcidiam, vt nihilominus recte fiat heres 300. præstitis. Quæstio est in eo,
an † hæc conditio, quæ fit conditionis implendæ 1
caussa leg. Falcid. minuatur, vt legatum, secundum verba leg. Falcid. Hæc præstatio non potest minui, quoniam leg. Falcidia solum legata minuuntur, quæ legatorum vim habent, vt verba legis declarant, *leg. prima. D. eodem, & dicitur apertius in l. in quantitate*

*istate patrim. §. vltim. D. eod.* Quod autem præstatur ab herede conditionis implendæ caussa, id neque legatum est, neque legati vim habet, quod dilucide testatur *l. si quis omissa caussa testamenti.* Nam edicto, *si quis omissa caussa testamenti*, cautum est, si quis omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem, vt ne minus legata, & quæ legatorũ vicem obtinent præstet, quam si ex testamento hereditaté adiisset, & tamen si heres fuerit institutus sub conditione, *si 10. Titio dederit*, & ab intestato possideat hereditatem, placet eum 10. non debere. *d. l. si quis sub condit.* Non sunt igitur ea 10. legata, nec legati vim habent, alioqui ex edicto præstanda essent. Constituit hoc loco Iustinianus nihilominus de præstatione, quæ fiat ab herede conditionis implendæ caussa, quartam nõ minus detrahi posse, quam ex legatis & donationibus caussa mortis potest. Non obstat, quod hæc præstatio non est in numero legatorum, aut eorum quæ vim legati habent. Non enim ideo de hac præstatione Falcidia [illegible] legis Falcidiæ, sed quia est in fraudem legatorum. Quando lege quid prohibetur, non tantum prohiberi intelligitur, quod est contra verba legis, sed etiam quod est contra mentem & sententiam legis, id est, contra id quod vetuit lex, etsi verbis non prohibuit. *l. non dubium. sup. de legib.* Huiusmodi est hæc præstatio de qua quæritur. Nam l. Falcidia vetuit vltra dodrantem legari, ne alioqui heredes nullo lucro prouocati omitterent hereditatem, & ita destitueretur iudicium defuncti, *vt est Institut. eodem.* At hac præstatione heredi iniũcta, eodem res recidit, vt si heres cogatur totam eam pecuniam præstare, quam iussus est, futurum sit vt hereditatem omittat, ergo hæc quoque præstatio est contra id, quod lex voluit, proinde irrita est, atque sic hæc præstatio esset in numero legatorum. Hinc colligimus, non solum donationes caussa mortis l. Falcidia minui, vt legata, sed etiam omnes præstationes, quæ sine donatione mortis caussa capiuntur, quale est, quod ab herede præstandum est conditionis implendæ caussa, vt declaratur *l. mortis caussa capitur. in princip. §. si sine donat. de mort. causs. donat.*

Huic sententiæ contraria videtur *l. 1. §. item, si ita. ff. eod.* Proponitur exemplum eiusmodi; testator ita scripsit: *Heres meus Titio penum dato, si non dederit 10. ei dato.* Hoc in casu placet, si heres in præstanda penum moram fecerit, statim 10. deberi, & sola deberi: amplius autem non deberi penum, nec legatum esse, sed tamen heredem, vt liberetur posse penum præstare, si prǽstiterit in Falcidiam non imputari, id est, non cõputabit in numeratione legatorũ, nec de penu quicquam detrahi posse ex l. Falcidia, & tamen penus in hac specie mortis caussa capitur: nam huius capiendi occasio obuenit per mortem testatoris, quæ definitio est mortis caussa capionis *in d. l. mortis caussa capitur.* Respondeo non sunt contrariæ horum locorum species, quæ sunt dissimiles. In hac l. agitur de eo, quod heres ex conditione præstare debet, quo non præstito non est heres factus. Itaque id præstare cogitur, si vult heres esse, vt merito hæc præstatio legatis comparetur. At in exemplo legis, quod supra retulimus, heres non habet necesse, penum præstare si non vult. Nam quamuis non præstiterit nihilominus heres erit, potest enim præstare 10. quæ sola legata intelligũtur. Hinc hæc distinctio tenenda est, quod heres præstare cogitur, si vult heres esse, de eo Falcidiam detrahet, vti de legato, vt in hac lege. Quod autem præstare necesse non habet, de eo non detrahit Falcidiã, etiamsi id mortis caussa capiatur, quia si id præstat, sibi imputare debet, qui id præstare necesse nõ habuerit. Quæsitũ est circa exemplum huius legis, an † heres institutus sub conditione, si 380. dederit, cogatur 1
ab initio totam eam summam præstare, vt fiat heres, postea detracturus Falcidiam? An vero iam a principio possit detrahere 80. & 300. præstando fiat heres? Quidam putant heredem debere 380. præstare solida, vt conditionem impleat, & conditione impleta fiat heres. Mouet eos, quia conditio omnis implenda est, vt vulgo loquuntur in forma specifica, id est, secũdum præscriptum verborum conditionis, vt nihil in illis omittatur, *l. qui heredi, in prin. de cond. & demonst.* Sed huic sententiæ aduersantur huius legis verba, *quia fiat potestas heredi, retinendæ Falcidiæ*, illis verbis: *dato vel retento.* Deinde quia in extremo dicitur, hæc præstatio ipso iure minuit, quemadmodũ donatio caussa mortis. Non obstat quod dicitur conditiones implẽdas esse ex omni parte. Hoc enim dicitur de conditionibus vtilibus, non vero de conditionibus, quæ pro non scriptis habentur, qualis est hæc conditio, quatenus præstatio dodrantem hereditatis excedit, placet enim eatenus ipso iure minui præstationem. Hic introducitur hæc quæstio: An † ea, quæ conditionis im- 2
plendæ caussa capiuntur, imputentur in quartam ratione sumta ex specie huius loci? Sed hæc quæstio hoc loco inepta est, & stolida. Nam hic agitur de eo, quod heres præstare debet, & de quo cupit Falcidiam retinere. Quæstio aũt superior ponitur de his, quæ heredi præstantur cõditionis implendæ caussa, veluti si fundus legatus sit, sub conditione, si 10. heredi daret, vbi quæritur an hæc 10. data heredi imputẽtur in quartã? Certi autem iuris est hæc non imputari, *l. id autem quod l. in quartam. ff. eod.*

*Ad L. 19. Cum certum.*

Idem A. Ioanni Præfecto prætorio.

*Cum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis Falcidiæ prætendentem, repetitione vti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: Iubemus hoc simili modo firmum haberi, & si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veterib. legibus in ambiguitatem deductum est. In vtroque etenim casu, id est, siue soluerit siue super hoc cautionem fecerit, æquitatis ratio similia suadere videtur Dat. 15. Kalend. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. anno secundo 532.*

SVMMARIVM.

1. *Quartam Falcidiam, qui retinere potest, an, si vltro stipulanti promittit, idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit.*
2. *Dubitandi rationes adductæ.*

QVi quartam ex l. Falcidia retinere potest, si vltro soluit, non repetit, *l. error. sup. eodem.* Si vltro † 1
stipulanti promittit, quæsitum est, an idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit? Constituitur hoc loco eum, qui solida legata promisit, quartam retinere non posse contra stipulantem. Inutilis constitutio est, nisi hac de re sit aliqua dubitatio. Et veteres de eo dubitarunt, vt hic testatur Iustinianus. Dubitatio exstat *in leg. si patronus, §. secundo, de*

2 donat. Quæro † cur hic dubitatur circa l. Falcidiam de stipulatione, cum certi iuris sit, ex stipulatione, omni iure ciuili obligationem nasci, §. *de constituta, de act. on. b.* Respondeo, dubitatio nata est ex exemplo patroni: nam si patronus institutus sit a liberto, & ex debita portione; & rogatus sit quid præstare, si id stipulanti promittat, stipulatio non valet, *d. l. si patronus, in princ. de donat.* Quo exemplo videtur idem dicendum in eo herede, qui promisit se legata præstaturum vltra portionem legis Falcidiæ debitam. Respondeo dissimilia hæc sunt: nam portio debita patrono in bonis liberti, debetur ob reuerētiam patrono debitam. Hæc reuerentia videtur violari, cū patrono hæc portio non seruatur: sic fit vt stipulatio contracta, videatur esse contra bonos mores. At heredi extraneo testator non debet reuerentiam: ob hanc caussam si heres promittit, se solidum legatum præstiturum, nihil hic fit contra bonos mores, ac proinde stipulatio valet. An idem hic efficiat simplex pollicitatio, qua heres promittit se solidum soluturum, quod efficit promissio stipulanti facta. Vide quæ diximus *ad l. primam & secundam. s. de fideicommiss.*

# HVGONIS DONELLI, IVRISCONSVLTI [redacted], NORICI QVONDAM PROFESSORIS,

## Commentarii, AD LIB. VIII. C. DE INTERDICTIS. TIT. I.

SVMMARIA.

1 *Series tractatus de interdictis.*
2 *Interdictum quid. & num. 4. 5.*
3 *Interdictum vnde appellatum.*
4 *Interdictum formula distare ab actione: re nihil aliud esse quam actionem, & num. 7.*
5 *Actiones olim proprie ita dictas, de ceteris rebus esse: interdictum, omnemque ex caussa interdictorū actionem esse de possessione, & quasi possessione: & quæ sint interdicta ex vtroque genere.*
6 *Interdicta omnia esse de possessione & quasi possessione sola, etsi dicuntur quædam proprietatis caussam continere.*
7 *Cur placuerit olim de possessione agi interdictis, non actionibus, cum non minus & ageretur de possessione.*
8 *Interdictum ab edicto quid differat.*
9 *Interdicta omnia etsi in rem concepta, personalia esse, quid sit.*

1 IVris † nostri persequendi caussa proditæ sunt partim actiones, partim interdicta. Actionū quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem, de rebus nostris, aut ad ius nostrum pertinentibus, quas petimus ab eo, qui possidet. In personam, de eo, quod nobis debetur. *l. actionum. D. de obl. & act. §. 1. Inst. de act.* Interdicta de possessione rei cuiusque asserenda, vt mox dicetur. De his ita ius compositum est, vt prius cōpositores de actionibus & iis iuribus, quæ ad actiones pertinent, dicerent: quod hucusque fecerunt. Sic deinde ordine de interdictis; quod fit hoc loco. Hunc ordinem secutum esse Iustinianum in Institutionib. constat ex principio tituli de interdictis. Consentaneum est compositores iuris hunc eundem ordinem, & in Pandectis & in Codice secutos esse.

Interdictum † si formulam veterem spectes, vnde interdicta sunt appellata, sic recte definitur: formula & conceptio verborum, qua prætor inter eos, qui de possessione, aut quasi possessione contendebant, iubebat eum, cū quo agebatur, aliquid facere, aut facere vetabat, prout ad id possessionem asserendam, de qua agebatur, conuenire videbatur. Nam alias petitur, vt possessio restituatur, aut vt res exhibeatur: hic prætor restitui, aut exhiberi iubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti, aut petenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat. Colligi potest hæc definitio ex initio tit. Institut. *de interd.* de qua & mox plura dicentur. 2

Ex † ea intelligere possumus interdictum dictum esse, quasi inter, aut interim edictum; & interdicere, quasi inter & interim edicere. Non dico inter duos dictum, vt est apud Iustinianum *in §. 1. in fi. Inst. eo.* parum apte: quoniam & sententia, & arbitrium, & interlocutio inter duos dicitur: quorum tamen nihil a veteribus dicitur interdictum. Non dico interim dictum. nā & multa interim dici & tractari solēt, donec ad ius nostrum perueniamus; quæ tamen nihil minus sunt, quā interdicta. cuiusmodi sunt, quæ dicūtur a priuatis litigatoribus: in magistratu autem & iudicibus interlocutiones. Ne illud quidem placet, interdicti appellationem, quæ proprie ad prohibatoria interdicta pertinet (nā interdicere proprie vetare est) ad cetera quoq; per abusionē esse translatā, vt quosdam putasse refert Iustinianus *in d. §. 1. Inst. de interd.* Nam vt hoc in verbo interdicti fieri possit; certe 3

in

in verbo *intercedendi*, vnde est interdictũ, defendi nõ potest. Nemo enim vnquam de exhibitoriis aut restitutoriis interdictis loquens dixit in his interdicere ꝓ iubere, & decernere, ne abusiue qdem: cũ tamẽ in his & prętor & actor etiam proprie interdicere dicantur. Hoc dico igitur, interdictum dictũ quasi *inter* & *interrim edictum*, & *interdicere* quasi *inter* & *interim edicere*. Quod omni interdicto plane conuenit. Est enim edicere iubere aliquid. Id vero in omni interdicto prætor faciebat. Edicebat enim, & iubebat quid fieri, aut non fieri. Illud cum faciebat, dicebatur absolute iubere: proinde & hic maxime proprie edicere. Hoc posterius cum faciebat, dicebatur speciali verbo *prohibere*, & *vetare*. sic tamẽ, vt iuberet nihilominus, ne fieret: proinde & hic quoque ediceret. vt ꝑfecto nihil aliud sit interdictum, quam inter priuatos & interim interpositum prætoris edictum. Et tamẽ quia nõ simpliciter dictum est, dicitur interim edictum. Et recte. edicebat enim hic prætor interim: id est vel obiter, vt omnis caussa possessionis est momẽtanea, *l. vnica. ꝟ. si de mo. poss. fu. ap. l. momentariæ. ꝟ. vnde vi.* vel interea, dũ de alia re principali contenditur; puta de iure & proprietate rei. per quod tempus decidi solet possessionis atque vsus controuersia. *l. ordinarii. ꝟ. de rei vind. l. 3. ꝟ. hoc tit.* eaque decisio olim transigebatur interdictis,

4 Ex † eadem definitione intelligimus interdictum, vt fuit vetus formula, actionem non esse. Nam actio est priuati litigatoris petitio & persecutio, qua intendit sibi aliquid ab aduersario dari aut fieri oportere. §. 1. *Inst. de act.* Interdictum litigatoris petitionem & intentionem non habet; sed iussus est, & imperium prętoris aduersus eum, cum quo agitur, propositum. sed hęc ita sunt, si, vt dixi, formulam tantum in interdicto spectemus. Quod si spectabimus vim & potestatem interdicti, id est, id quod in interdicto agimus, & conseq volumus; sine dubio interdictũ actio est, sicq; rectissime definietur: vt sit actio, qua de possessiõe asserenda, vel quasi possessione agitur, siue eã nunc primũ adipisci, siue adepti retinere, siue ademtã & amissam recuperare velim⁹. Dixi interdictũ actionẽ esse. recte: inde .n. dicitur actionis verbo cõtineri. *l. actionis. ff. de obl. & act.* Hinc etiã quęcunq; de actionib. dicũtur eadẽ dicuntur & de interdictis. Itaq; & interdicto agere dicimur: & dicitur interdictũ aliquibus & in aliquos competere; dicitur & cõdemnatio eius iudicii esse. *l. 3. §. 1. §. cõdemnatio. §. vlt. ff. de tabul. exhib.* Quæ omnia actionum propria sunt, ideo, vt dixi, tributa interdicto, quia etsi interdictum vetere formula petitionem litigatoris non continebat, sed iussum & imperium prætoris; vi tamen ipsa nihil aliud erat, nisi petitio & persecutio priuata litigatoris. Non enim ita iubebat prætor in interdicto, aut quid vetabat, vt sententiam ferret: alioqui sententia esset sine caussæ cognitione; quod ius nõ recipit, *l. ex stipulatione. ꝟ. de sent. & interd. l. 1. ꝟ. de exsecut. rei iud.* sed prætor vna cum interdicto iudicẽ dabat, qui cognosceret, an vere intenderet petitor caussam esse, cur res sibi restitueretur, exhiberetur, possessio retineretur, atque ita caussa cognita reũ condemnaret. Ita interdictũ nihil aliud erat, nisi persecutio possessionis in iudicio; quæ actionis definitio est. *Inst. de act. in pr.* Nunc formulis veteribus interdictorum sublatis, constat nihil amplius de interdictis restare, quam actionem ex caussa interdictorum. § *vlt. Inst. de interd. leg. vlt. ꝟ. hoc tit.* vt iã inter actiones, quæ sunt ex caussa interdictorum, & ceteras non formula intersit, sed res tantum, de quibus agitur.

Nam † ceteræ actiones sunt de rebus aliis quibuslibet. Interdictum, siue actio ex caussa interdicti est de possessione, vel quasi possessione obtinenda. *Instit. de interd. in pr.* De possessione in rebus priuatis & corporalibus, quæ solæ possunt possideri. *l. 3. in pr. l. qui vniuersas. §. 1. ff. de acq. poss.* Si tamẽ & de harũ vera possessione agatur, vel adipiscẽda, vel retinẽda, vel recuperãda, quo ꝑtinet omnis de possessione cõtrouersia: vnde & interdictorũ diuisio. *l. 1. §. est igitur. ff. vti poss. §. sequens. Institu. de interd.* Quod ideo adiecimus, quia & de his rebus interdum agitur interdicto, vt exhibeantur: vt fit in interdicto de tabulis exhibendis. quo tamen genere interdictorum non petitur possessio, sed videndi tantum & cognoscendi copia. De quasi possessione dictum, propter res sacras, religiosas, publicas, liberum hominem: quæ res cum nõ sint in hominum commerciis, ne possideri quidem possunt. *d. l. qui vniuersas. §. 1. D. de acq. poss.* Veromtamen de earũ vsu interdicta sunt prodita. *tit. ne quid in loc. sac. tit. ne quid in loc. pub. titul. de lib. hom. exh. ducend.* Hic vsus quasi possessio nominatur. de quo sic agi reperiemus, vt vel nobis, vel his ipsis rebus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum iniusto facto velut vindicemus. Dictum est etiam propter res priuatas, sed incorporales. Nam hæ possideri non possunt. *l. seruus. §. incorporales. D. de acquir. rer. domin.* De earum tamen vsu interdicta sunt: vt de itinere actuque priuato, de riuis, de cloacis, & similibus. *titul. De iti. act. priu. & sequentibus aliquot. D.* Hic quoque vsus quasi possessio est, atque ita nominatur in *l. si quis diuturno. D. si ser. vind.* Vnde & interdicta huius generis veluti possessoria nominata, *in l. vltim. ff. de ser.* Dictum etiam propter res priuatas, easque corporales, quas nobis exhiberi petimus ex interdicto. Hic enim, *vt paulo ante dixi*, tantum copiam rei videndæ & cognoscendæ petimus, quæ copia reuera rei possessio non est; vsum tamen rei continet, vt sit hic vsus quædam quasi possessio.

Atque vt † sunt interdicta, & quæ eorum nomine competunt actiones, omnia de possessione, aut quasi possessione: ita de possessione, & quasi possessione sola, vt diuisiones interdictorum propositæ *in l. 1. & l. 2. D. eod.* facile declarabunt. Quod enim dicuntur quædam proprietatis caussam continere, *l. 2. §. quędã. D. de interd.* non eo dicuntur, quod non sint de possessione & vsu rei tuendo; sed cum sint his de rebus principaliter, per consequentiam adiunctam habent proprietatis caussam; dum placet eũ vincere in hoc vsu, q ius de cuius vsu agitur, ad se pertinere ostenderit. ꝙ receptũ est in interdicto de itinere actuq; priuato reficiẽdo, *vt declaratur in l. 3. §. ait, §. hoc aũt. D. de iti. act. priu.*

Atque † hinc coniecturam licet facere, quid caussę fuerit olim prætoribus in iure dicundo ita rem instituendi, vt cum de possessione non minus ageretur iudicio, quam de ceteris rebus; tamen formulis istis interdictorũ placeret illis transigi caussam possessionis, potius quam actionibus, id est, quam solẽmni ritu obseruato in actionibus & iuris nostri persecutionibus. Animaduertebant scilicet in cõtrouersiis istis de possessione & vsu rerum non tam de iure nostro agi, quã de aduersarii facto, qui impediret, quominus eã possessionem atq; vsum obtinerent ii, quibus ea asserta esse volumus. Itaq; & hic id agi, nõ tam vt aduersarius quid nobis restitueret, præstaret, quam vt cœpto desisteret, a re discederet, nos nostra possessione frui, aut rem in sua velut possessione esse pateretur. Quam ad

rem obtinendam omnino interdictũ vtile esse visum est: dum scilicet prętor donec de iure rei plenius constitutum sit, edicit, vt aduersarius faciat quid, aut nõ faciat, quod sit ad possessionem illam nostram interim obtinendam accommodatum. Sed quoniam hoc edictũ primũ ex iuris nostri persecutione prętori nascitur, & porro ad id ius obtinendum refertur, de quo & iudicio agitur: perspicuum est & origine & fine inspecto nihil hic versari re ipsa nisi actionem: atque adeo interdictũ ẽtiã olim re actionẽ fuisse: si quid differret ab ea, quæ proprie dicitur actio, formulam tantum & genus agendi interfuisse.

8 Quid † interdictum differat ab edicto absolute ita dicto, non est obscurum. De quo nihil monerem, nisi scirẽ veteres interpretes ignoratione partim verborũ, partim veteris historiæ tradidisse *ad l.1.ff.de op.no.nũt.* interdictum speciem esse edicti, vt recte interdictũ dicatur edictum. In quo pueriliter ab illis erratum est. Edictum lex est prætoris, atque ita ius publicum. *§. prætorum. Institutio. de iur.nat.gent.& ciuil.* Interdictum, vt actio, est id, quod edicto proponitur. Edictum, quia ius est, etiam ius generale est ad omnes pertinens. *l.iura.D.de legi.* Interdictum priuatum est, & personale, pertinens damtaxat ad eas personas, inter quas interdicto agitur.

9 Idq; † est, quod dicitur *in l.1.§.vlt.ff.de interd.* interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamẽ ipsa personalia esse. Non enim significatur his verbis, interdicta esse actiones in personam, etsi ita concepta sint, quasi sint actiones in rem; sed interdicta etsi in rem, id est, generaliter & sine designatione alicuius personę ad quam dirigantur, scripta sint, vi tamen ipsa personalia esse, id est, ad certam priuatam personã referri. Et ita est: iure ad eum litigatorem pertinent, qui interdicto experitur: conceptione verborum ad eum diriguntur, cum quo ex interdicto agitur, quem prætor aut iubet aliquid restituere, aut vim facere vetat. quod his exemplis planum fiet. Interdictum de loco sacro ita scriptum est: *In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto. leg.1. Digestis. ne quid in loc.sacr.* Hæc verba in rem & generaliter scripta sunt, quasi lex esset. non enim dicitur *te aut illum veto.* sed nihilominus perinde accipienda sunt, quasi ita scriptum esset, *te cum quo agitur, veto*; vt vi ipsa ad personam rei hæc verba referantur. Idem licet obseruare in interdicto, ne qd in flumine publico. *leg.1 D.ne quid in flum.pub.* Inscite autem veteres illi moti sunt *l. prætor. in pr. & §. 1.ff.de op.no.nunt.l.1.ff.de tab.exh.l.1.ff.vti possid.* & quibusdam similibus locis, vt existimarent interdictum esse edictum, quia his locis partim interdictum misceretur cum edicto, partim interdicto proposito postea nominaretur edictum a iureconsultis. Hoc enim ideo factum est, non quod essent hęc eadem; sed quod prętor in albo eodem in loco & proponeret edictum, quo pollicebatur se interdictum de re quaque daturum, & deinde subiiceret interdicti verba, quod in eã rem redditurus esset; vt interdicta in albo proponi solita intelligimus *ex leg. 1. infra.hoc titul.* Quæ omnia ex tractatu de interdictis in Pandectis facile legenti patebunt. Genera interdictorum, eorumque species si quis desiderabit, eæ diuisiones ostendent, quæ de his sunt traditæ *in l.1.& l.2.D.eo.tit.& Inst.eo.*

*Ad L. Cum proponas. I.*

Imp. Alexand. A. Euocato.

*Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathã-geli area positis crescentibus fundamentis domus tuæ periculum adferri præses ad exemplum interdictorũ, quæ in albo proposita habet prætor,* si arbor in alienas ædes impẽdebit: *Item,* si in alienum agrũ impendebit: *quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere: rem ad suam æquitatem rediget. PP.6.Cal. Apr.Iul.II.& Crisp.Coss.225.*

SVMMARIVM.

1 *De arbore aliena, quæ vicino noceat, quæ interdicta, quibus, & quarum rerum gratia.*
2 *Ex lege aut edicto esse, etiam quod est ex sententia; & quid sententia legis.*
3 *In paribus caussis ius idem statuendum.*
4 *Directum, & vtile interdictum quid.*
5 *Finium regundorum actionem esse de arbore in alieno insita non relicto legitimo spatio.*

1 De arbore, quæ in alieno agro nata est, duo sunt pposita interdicta vicino. Vnũ de arbore, quæ impendet in alienas ędes, in hoc comparatum, vt aut dominus arborem excidat, aut patiatur vicinũ excidere, & ligna tollere. Alterum de arbore, quæ in alienum agrum impendet, huius rei gratia comparatum, vt arborem dominus coerceat, id est, ramos cædat vsque ad altitudinem quindecim pedum, ne arbor vmbra sua vicino agro noceat. *leg.1. D. de arbor. cæd.* Neque plura sunt interdicta de arbore aliena, quæ vicino noceat. Hinc quæsitum est, *si aliena arbor in vicini ædes aut parietem non impendeat: sed ita radices eius excreuerint, ve excurrant sub parietem vicini, & intumescentes periculum ruinæ parieti adferant: an cum vicino agi possit, vt aut arborem exstirpet, aut patiatur vicinum exstirpare & ligna tollere, vti de arbore, quæ impendet, iuris esse diximus.* Hic placet agi posse ita, vt præses ad exemplum superiorum interdictorum rem ad æquitatem suam red.gar. Æquitas siue ęquum est, quod natura ius est. *l.penult.ff.de iust.& iur.* Natura aũt ius est, quod est positum in illis principiis naturæ, ius suum cuique tribuere, alterum non lædere; quæ sunt pręcepta iuris. *l.iustitia.§.vlt. D. de iust. & iur.* Ergo his verbis intelligimus, cum domino arboris sic agi posse, vel vt arborem totam stirpitus euellat, vel radices excrescentes cædat. Denique id faciat, quo res eo deducatur, ne radices arboris vicino noceant, aut patiatur vicinum id facere, & ligna tollere. Hæc enim æquitas est, quę hic appellatur, constituta ad exemplum interdictorum, quæ suprascripta sunt, *vt ibidem adiicitur,* quod huc spectat. Obstabat.n. huic sententiæ, ꝙ verbis superiorum interdictorum nihil huiusmodi cautũ est. Huic dubitationi superioribus verbis occurritur, hoc modo. Non est hoc ius ex verbis superiorum interdictorum; sed non minus ex illis interdictis ius est.

2 Ex † lege enim esse intelligendum est, non solum quod ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. *l.nominis.§.1.ff.de verb.sig.* Sententiã legis appellamus propositum legis, seu finem legislatori propositum, siue rationem propter quam ius constitutũ est. At in superioribus interdictis hæc ratio fuit eorum proponendorum, ne per occasionem arboris vicino noceretur. Hæc ratio siue sententia interdictorum, & edicti prætoris multo magis locum habet in arbore aliena, non solum qui damni vicino occasionẽ præbet, vt accidit, cum in vicinum locum tantum impendet; sed etiam quæ suo corpore nocet vicino: quod fit, cũ radices arboris parieti vicini periculum creant. Quare multo magis in hac specie ius idem statuendum est.

Itaque

3 Itaq; † hac ratione, atq; hoc exemplo statuitur hæc definitio iuris certi; quoties lex de certis tantum reb. scripta est, si legis sentẽtia & ratio manifesta est, nihilominus idẽ ius ad ceteras res omnes, quæ in lege appellatæ non sunt, transferendum esse, si in his aut par, aut maior ratio est, exstat *in l. non possumus. & leg. seq. ff. de leg.* Ex quo & verissime hoc vulgo dicitur, vbi eadẽ ratio est, ibi idẽ ius esse statuendum. sumtum ex *l. illud. Dig. ad leg. Aquil.* Non absimile exemplum est illi, quo vtitur Cicero in Topicis ad confirmationem huius ipsius sententiæ, in argumento ex comparatione parium.

4 Ergo † in specie hoc loco proposita interdicto de arboribus cædendis agetur; non directo, quia verba deficiunt; sed vtili ex interdicti sententia. Sic. n. vtiles actiones appellamus, quę deficientibus verbis legis ex sententia competunt. *§. vlt. Inst. ad leg. Aquil. l. pen. ff. si quadrup. pauper. fec. dic.*

5 Hæc † quæ diximus ita sunt, si arbor, cuius radices nocent, insita sit a domino relicto legitimo spatio, quod relinqui iubetur. *l. vlt. ff. fin. reg.* Nam si hoc spatiũ relictum non est, agi cum domino arboris potest finiũ regundorum, vt siue arbor noceat, siue non noceat, tamen arborem tollat. *d. l. vlt. fin. reg.* Quod si hoc spatium legitimum relictum erit, & nihilominus arbor ita nocebit, *vt supra dictum est*, hæ erunt actiones & interdicta, de quibus diximus.

## L. Præses Prouinciæ. II.

Impp. Valerian. & Galienus. A A. Messiæ.

*Præses prouinciæ in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere. PP. 7. Cal. Maii. Seculare & Donato. coss. 261.*

SVMMARIVM.

1 *Extra territorium neminem iudicem cognoscere posse, ne ex interdicto quidem.*

2 *Cur dubitetur, & nihilominus contra statuatur in interdicto.*

3 *Iudicem omnem in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, cognoscere posse quatuor in caussis & quibus.*

4 *Id huic loco non aduersari, & cur.*

Præses prouinciæ, eoq; multo magis inferior iudex, aduersus eum, qui eiusdem prouinciæ & territorii non est, cognoscere non potest. quod sic interpretandum est. Non potest iure, siue vtiliter: quia quodcunque aduersus eũ ius dixerit, pro nõ dicto est. licet. n. ei non parere, idque impune, quia supra iurisdictionem suam ius dixit. *l. vltim. ff. de iurisd. tot. tit. §. si non a comp. iud.* Hoc ius pro explorato habetur tam in actionibus in rem quam in actionib. in personam de aliis rebus, quam de possessione competentibus.

1 Quæsitum † est, *an idem seruandũ esset, si apud præsidem prouinciæ ageretur interdicto:* veluti, si aduersus ciuem alterius territorii ageretur de possessione fundi ibi constituti vel interdicto retinendæ possessionis *Vti possidetis*, vel interdicto recuperandæ *Vnde vi*, Placet hoc loco idem iuris esse, etsi ex interdicto agatur, vt intelligamus generaliter ita definiri: neq; pręsidem neq; vllũ iudicem vllo in iudicio cognoscere aduersus eum posse, qui eiusdem territorii non sit.

2 Sed † cur potius dubitatur de interdicto, quam de ceteris actionibus? Quia ex interdicto de possessione agitur. Caussa autem possessionis siue victoria de possessione non magnum præiudicium adferre videtur: quia sit possessio, quæ inde obtinetur, momentaria. de quo dicetur *ad l. momentariæ. inf. unde vi.* Sed nihil hoc ad rẽ pertinet. Nam dum a præside ius dicatur, nihil refert, quantũ ea sententię noceat, & quamdiu. Ius certũ esse debet, neminem supra iurisdictionem suam ius dicere posse. *d. leg. vlt. de iurisd.* Et merito. qui enim supra iurisdictionem suam ius dicit, tanquam priuatus dicit; vt proinde non magis necesse sit ei parere, quam alii cuiuis priuato.

3 Sed † diligenter cauendũ est, ne quod hic dicitur, simpliciter & absolute dictum accipiamus. alioq; multis modis falsum erit. Et certe ius ita habet, vt, nõ dico præses, sed quiuis iudex in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, possit iure cognoscere, & quidem pro iurisdictione sua, quatuor de caussis, quæ ex argumento de iurisdictione, & foro competenti sumuntur melius. nunc pro loco, quod necesse sit, tãtum leuiter perstringam. Primum, si is, cum quo agitur, in iudicẽ consenserit. *l. 1. & 2. in pr. D. de iud.* Tum si idem in eadem prouincia contraxerit, quo nomine nunc ibi conuenitur. *l. heres absens. §. vlt. & l. seq. ff. de iud.* Et ideo si in hoc agro tibi dederim rem aliquam precario, recte aduersus te quamuis exterum in hac prouincia tecũ agam interdicto de precario. Præterea si quis hic agat, & vice mutua ab aduersario conueniatur. *l. qui non cogitur. ff. de iud. l. cum Papin. & auth. seq. C. de sent. & interloc.* Postremo si in hoc territorio fundus situs sit, cuius controuersiam patior ab homine extero, aut cuius de possessione ab illo sum deiectus; licet mihi aduersus illum hoc loco experiri de fundi possessione tam ex interdicto Vti possidetis, quam ex interdicto *Vnde vi.* Plus dico: etiam hoc loco caussa possessionis agenda est. *l. vnica. C. vbi de possessione agi oportet.*

Quid † est igitur, quod hac lege dicitur, præsidẽ in eum, qui alterius prouinciæ est, cognoscere ex interdicto non posse? Id ex quæstione proposita interpretandum est. Agebatur ex interdicto apud pręsidẽ prouinciæ, & actor contendebat, quia interdicto ageretur, posse in hoc territorio ẽt agi aduersus exterũ. Hic respondetur, si ob hãc tantum caussam præses aduersus exterum cognoscere vult, quia caussa possessionis agitur ex interdicto, nullã hanc caussam esse, cur possit id facere. Itaque hæc solum caussa cognoscendi hoc loco remouetur. Ceterum ob alias caussas, si velit iudex cognoscere, potest: non dico ex interdicto, sed & ex ceteris quibusuis actionibus, dummodo vna aliqua ex illis quatuor caussis afferatur, quas supra dixi. 4

## L. Incerti. III.

Impp. Diocl. & Maxim. A A. & CC. Pompeiano præfecto prætorio.

*Incerti iuris non est, orta proprietatis & possessionis lite prius possessionis decidi oportere quæstionẽ competentibus actionibus, vt ex hoc ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplam eorum res agitur. Subscr. Cal. Ian. S. ipsis A A. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Proprietatis & possessionis controuersia, qua, & quãdo incidat.*

2 *Commodum possessoris, & petitoris onus, controuersiæ de possessione caussam præbere, & quod sit hoc commodum, atque onus.*

3 *Possessionis litem prius quam proprietatis decidi oportere, idque ciuilem & naturalem rationem efficere: & quare.*

4 *Possessorio & petitorio iudicio simul agi nunquam posse, quocunque interdicto agatur, etiam recuperandæ, aut adipiscendæ possessionis.*
5 *Ius refragari.*
*L.1.C.de appel.explicatur.ibid.*
6 *Petitorio & possessorio simul agi posse, absurdum.*
7 *Petitorii & possessorii naturam non admittere horum iudiciorum concursum.*
8 *De c.Pastoralis.& c.cum dilectus.extra de caus.pos.& prop.quid sentiendum.*
9 *L.cum fundum.§.vlt.D.vnde vi explicatur.*
10 *Qui cœpit rem vindicare, si postea de possessione experiatur (quod facere non prohibetur) non ideo repudiari petitorium iudicium, sed pendere, donec de possessione iudicetur.& num.12.13.*
11 *L.naturaliter.§.nihil commune.D.de ac.pos.sententia, vbi & vulgaris error refellitur.*
12 *Auth.qui semel.C.quo.& quan.iud.quam sententiam habeat.*
13 *De possessione quæ actiones.*
14 *Interdictis hodie cessantibus eorum loco actionem esse vtilem, cur dicatur vtilis.*
15 *Interdicta hodie cur locum non habeant.*
*Extraordinaria iudicia omnia nunc esse, & fuisse etiam temporibus Iurisconsultorum, cum olim essent ordinaria: cur dicta olim ordinaria, nunc extraordinaria.ibid.*

1 TVnc inter aliquos cõtrouersia est possessionis & proprietatis, cum ambo se eiusdem fundi, aut cuiusuis alterius rei possessores esse volunt, & ambo se dominos esse dicunt. Oriri solet hæc controuersia, cum is, qui se dominũ fundi dicit, fundum qui ab alio detinetur, a possessore vindicat, illum suum esse & sibi restitui debere intendens: sed idem & de possessione adiicit petens, vt nihilominus in ea lite possessoris cõmodo fruatur, aduersarius petitoris partes sustineat. Quod his de caussis potest petere; vel ꝗ dicat se eũ fundũ iam nunc possidere, qua in re & interdicto vti possidetis agat: vel quod intendat sibi possessionem ab aduersario restitui debere. Quod & ipsum duplici nomine peti põt; vel q̃a deiectus sit de possessione ab aduersario, vbi & interdicto vnde vi experiatur; vel q̃a dicat, se possessionem nunc primum adipisci posse, & ad eam rem vtatur iis interdictis, quæ sunt adipiscendæ possessionis; vt, *Quorum bonorum*, *Quod legatorum*. Aduersarius contra primum se dominum esse dicit: deinde, quod ad possessionem attinet, etiam se possidere contendit, & ita possidere, vt possessionem aduersario restituere non debeat. Et quod actor qui se dominum dicit, rei vindicatione agit, vt possessionem fundi sui recuperet; recte & consulto facit. Nam hoc iudicio possessionem rerum nostrarum recuperamus ab iniustis possessoribus; & quidem ita efficaciter, vt postea illi de possessione controuersiam mouere non possint, obstante his rei iudicatæ exceptione. *leg.officium.Digest.de rei vindicat.* Sed dum hoc consequatur, nihil est, quod quęrat amplius. Quid igitur necesse fuit, dixerit aliquis, eum qui hoc iudicio agit, etiam interdicto aliquo aut actione de possessione controuersiam mouere?

2 Id eo † fit, & recte, quia certũ est cõmodũ possessoris, certum onus petitoris. Petitoris onus in eo est, ꝗ is ꝓbare debet rẽ suã esse, quã suã esse intendit, ac nisi faciat, reus absoluitur. *l.qui accusare.§.de edendo.l.inter.ff.de iud.* commodũ possessoris in eo, ꝗ si petitor nihil ꝓbet, reus absoluitur, quãuis ipse nihil pſtiterit: atq; ita in suo loco manet possessio. *d.l.qui accusare.§.retinendæ.vers.commodum.Inst.de interd.* Hoc commodũ sibi habere vult actor possessionem sibi asserendo, & simul petitoris partes in aduersariũ transferre. Recusat is, cum quo agitur. Hinc controuersia de possessione in caussa proprietatis.

In † hac cõtrouersia possessionis & ꝓprietatis, quęstio est, vtrũ iudex possit pri⁹ de ꝓprietate cognoscere, & sententiã ferre; an simul de vtroque; an vero prius possessionis litẽ decidere. Placet possessionis litẽ pri⁹ decidi oportere: quod hic scriptũ est, *& in l.ordinarii.§.de rei vin.* Ex quo colligimus, nisi prius iudex de possessione iudicauerit, iure ab eius sententia appellari posse, ꝗ & ipsum est *in l.1.§.de appel.* Cur placeat caussam possessionis prius decidi oportere, hic ratio reddita est, ad hãc sentẽtiam, vt scilicet finita possessionis cõtrouersia, & hoc cõstituto, vter sit possessor, tũc recto ordine, ad petitoriam actionem procedatur: in qua qui possessor pronuntiatus est, fruatur commodo possessoris: contra qui de possessione victus est, petitor factus partes & onus petitoris sustineat: quę duo sunt in eo, vt ꝓbationes ab eo exigãtur. Et vero id ita fieri necesse est. causa .n. possessionis ante nõ decisa, petitoria actio, id est, lis de ꝓprietate, neq; põt institui, neq; iure ordinari, neq; in eo iudex idoneã sententiam ferre. Nõ põt actio institui petitori; quia vt hoc explicatur *in §.retinendæ.Inst.eod.tit.* in petitoria actione oportet vnum petitorem esse, & alterum possessorẽ, a quo petatur, idq; & ciuilis & naturalis ratio facit. Ciuilis, q̃a ius ciuile actionẽ in rẽ proponit tãtũ aduersus possidentẽ. *l.actionũ.ff.de obl.& act.* Naturalis; q̃a natura nõ potest fieri, quin in petitione sit vnus qui petat, & alter, a quo petatur. is autem est, qui pro possessore habetur. Nam cum ab eo petatur, vt rẽ restituat, non potest fieri, quin rem habeat apud se, aut teneat. Quod enim non possidet, restituere nõ potest. Sed & is qui petit, non potest possessor esse: quoniam frustra peteret, quod habet. Ergo, vt dixi, non potest petitoria actio, siue rei vindicatio, siue, quod idẽ est, lis de ꝓprietate aliter institui, quã si cõstet, vter possessor sit, vter petitor. Hoc autem constitui non potest, nisi decisa possessionis lite, ex qua intelligetur, vter sit possessor. Prius igitur eam litem decidi oportet, vt petitoria actio instituatur. Eadem actio sine superiore decisione ordinari non potest: non enim potest intelligi, quis commodo possessoris, quis onere petitoris fungatur. Postremo iudex, quam hic sententiam ferat, nõ habet. Etenim si in petitoria actione petitor non probat, aut pares sunt vtrinque probationes, iubetur iudex de dominio secundũ possessorẽ iudicare, aduersus petitorem. *d.l.qui accusare.de eden.l.in pari.ff.de regul.iur.* Hoc vero præstari ab eo non potest, qui vter possessor, vter petitor sit, ignoret.

Si † de possessione prius iudicari oportet, ꝑspicuũ est simul possessorio & petitorio iudicio agi nõ posse, & quod idem est, falsum esse, quod vulgo dicitur possessorium & petitorium iudicium posse concurrere. Idq; ita est, siue iubeatur iudex iudicare de alterutro, vbi prius de eo probatũ erit, siue iubeatur de vtroq; id est, & de possessione & de ꝓprietate eodem tempore sententiã ferre. Hoc idem & vulgo recipiunt, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis: vbi sane absurdũ est, eũ, qui se possessorẽ dicit ex interdicto, petitorio agere, quo modo agendo aduersariũ facit possessorẽ. Non idẽ probant si de possessione agat interdicto recupãdæ & adipiscẽdæ possessionis, vt 4

si

si quis deiectus de fundi possessione experiatur interdicto vnde vi, & idem se fundi dominum dicat; aut heres interdicto quorum bonorum de adipiscenda rerum hereditariarũ possessione, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt vtrumque iudiciũ posse concurrere, vt quis agat & de possessione, quam sibi restitui postulet, & simul de proprietate, de qua iudicio petitorio experiatur; ratione, vt videtur, non improbabili, quia qui possessionẽ sibi restitui petit, is se non possidere confitetur, sed aduersarium: cui intentioni nihil facit repugnans, cum & ab eo petit rem iudicio petitorio. Sed hanc sententiam falsam esse omnibus modis cõuincitur, siue quæratur de iure, quod de hac re constitutum habemus; siue quæratur huius iuris ratio; siue natura ipsa spectetur, quę vt est cõditio horum iudiciorum, istam sententiam vt absurdam & impossibilem repudiat.

5 Si † ius quærimus, hæc generalis sententia tradita est in hac lege, item *in l. ordinarii. ꝟ. de re. vin.* possessionis quæstionem prius decidi oportere, vbi obseruandũ est dici, decidi oportere, nõ quia de retinenda possessione agatur, sed tantũ ideo, quia de possessione sit controuersia. At possessionis controuersia est, etiam cum interdictis recuperandæ, & adipiscendæ possessionis agitur, vt declarat diuisio interdictorum. *in §. sequens. Inst. eo. tit.* Prius igitur & hęc controuersia ex his interdictis nata decidẽda est. Quod si de specie ipsius interdicti *Vnde vi*, quod est recuperandæ possessionis, quæritur; res decisa est *in l. 1. C. de appel.* Illic enim scriptũ est, prius de possessione iudicari oportere, & de ea possessione, in qua crimen violentiæ excutiatur. quod nõ fit, nisi vbi interdicto *Vnde vi* agitur ab eo, qui vi de possessione deiectus erat. Nõ additur, prius iudicandum esse, quam de proprietate agatur, Sed hoc necessario intelligendum est. Non enim põt dici, prius iudicari de possessione ex interdicto, nisi hoc prius ad alias res relatum sic intelligamus, vt iudicetur de possessione prius, quam agatur aut de vi criminali iudicio, aut de proprietate, aut de vtroque. Cũ autem nihil adiiciatur, vtrumq; intelligere debemus; nempe prius de possessione iudicandum esse, quam & de proprietate & de vi, de qua iudicio criminali agatur. *l. si quis ꝟ. ad leg. Iul. de vi publi.*

6 Si † ratio huius iuris quæritur, sententia istorũ absurda est. Nam cũ agitur interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, non constat, vter ex litigatoribus sit possessor, aut certe vter pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto iudicatũ sit. Ergo & prius de eo iudicari oportet; quoniam hoc non constituto, petitoria actio institui non potest. Et quidem hac ratione fatentur oẽs in interdicto retinendæ possessionis, prius de possessione iudicari oportere, vt sic ad petitoriũ iudiciũ pueniatur. Et si negent, diserte scriptũ est *in d. §. retinendæ. Inst. eo.* Ergo & in interdictis recuperandæ & adipiscẽdæ possessionis eadẽ ista ratione fateamur, necesse est, prius ex his interdictis de possessione iudicari oportere. Nec ad rem pertinet, quod q petit, possessionẽ sibi restitui, vel de qua deiectus est, vel quã nũc primũ adipisci vult, is se possessorẽ nõ esse cõfitetur, & aduersariũ possidere agnoscit; qui alioq male ab eo peteret, vt possessionẽ restitueret. Hoc .n. ita est, si spectetur id, quod videtur esse. Diuersum est, si spectetur res & effectus iuris. Reuera & iure is, q deiecit, nõ videtur possidere, neq; omnis, q possessionẽ retinere nõ põt. *l. nõ videtur. ff. de acq. pos.* Cõtra, q deiectus est, & omnis omnino, qui ad recuperandã possessionem actionẽ habet, pinde habetur, quasi possideret. *l. si quis vi. ff. de acq. poss. l. qui actionẽ. ff. de reg. iur.* Itaq; siue is reuera possidet, bene est, siue non possidet, tamen possessio & vna possessionis commodum ei tribuendũ est sentẽtia iudicis. Quod si iudex ante omnia non facit, iure ab eo prouocatur. *d. l. 1. ꝟ. de appel.*

Postremo † vt de hac re nihil iure proditum esset, vt huius iuris rationẽ nullam teneremus; tamẽ ea est 7
cõditio istorũ iudiciorũ, possessorii dico & petitorii, vt natura nõ patiatur, vt quisquã his iudiciis simul experiatur. Primũ iudicia inter se sunt pugnẽtia, & eiusmodi, vt quod actor vno consequitur, id altero repudiet. Nam possessionis controuersię finis & exitus hic est, vt qui possessorio agit, possessor iudicatus commodo possessionis fruatur. *l. exitus. ff. de acq. pos. l. inter. ff. de iud.* At petitorii iudicii hæc conditio est, vt q eo experit, petitoris onus in se suscipiat, simul possessionis commodum repudiet. *d. leg. inter. de iud. d. §. retinendæ. Instit. de interd.* Nemo autẽ sanus ita simul aget, vt tam aperte seipsum excludat. denique pugnantia vt natura, sic iure non admittuntur. *leg. vbi pugnantia. Digest. de reg. iur.* Verum fingamus hæc admitti a iudice. attamen res apud iudicem exitum habere non potest, vbi de possessione prius iudicatum non erit. Nam si actor in iudicio petitorio non probet se dominum esse, aut probet quidem, sed pares sint ab vtraque parte probationes; iubetur, vt ante dixi, iudex reum eumdemq; possessorẽ absoluere, aduersarium damnare. *d. l. qui accusare. ꝟ. de edẽ. l. vlt. ꝟ. de rei vind. l. in pari. ff. de reg. iur.* Hoc vero quomodo aut iure aut natura iudex præstare potest, qui nesciat, vter ex litigatoribus sit possessor, vter petitor? Quid amplius volumus? vt maxime hæc duo iudicia recipiantur; tamen natura vincit petitori alterutrum inutile futurum. Siue enim is possessorio vincit, siue vincitur, semper ei possessorium inutile est. Nam etsi eo vincit, tamẽ ipse sibi id inutile reddit; cum nihilominus petitorio experiatur, vbi possessoris commodum repudians, petitoris partes sustinet. Sin autem vincit prius petitorio, ei multo magis possessoriũ est superuacuũ. Petitorio namq; consequitur possessionẽ fundi efficacius, quã possessorio; quia priore iudicio vincenti possessio amplius auocari non potest. *l. officium. ff. de rei vin.* Quod
† si eodẽ tempore & de possessione iudicabitur & de 8
proprietate, ita vt is qui agit. possessor pronuntietur, aduersarius pronuntietur esse dominus; eueniet mirifica illa sententia. de qua est *in c. pastoralis. & in c. cum dilectus. ex. de caus. prop. & posses.* nimirum vt iudex iubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est; & simul eodem momento, eademque sententia iubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est, & superior in iure proprietatis. Quæ sententia non tam est inqua & absurda, quam ridicula & derisoria. Est enim festiuus iudex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit. Non enim videtur peruenire, quod mansurum non est; & presertim, si statim id aufertur, quod datum erat. *l. aliud est capere. D. de verb. sig.* Itaque hic ridetur magis actor, quam ei quidquam tribuitur. Quanquã hæc sententia est absurda, cum eumdem reum possessionem retinere vetat, & tamen habere iubet. Est etiam contra ius; quoniam actor dolo facit, qui petit possessionẽ, quam statim & momento restiturus est. *l. dolo. de dol. mal. except.* Iniquam igitur statuit iudex, qui hunc dolum sententia sua tuetur. Et tamen

verbis tantum tuetur, effectu autem ridet. Summa sit hæc; cum ex interdicto recuperandæ & adipiscendæ possessionis actor possessionem, & simul possessionis commodũ consequi debeat, hoc illi ante omnia sententia iudicis tribuendum esse, lite possessionis prius decisa. Id nisi fiat, iure ab eo appellari posse.

Cum sit hæc sententia adeo certa, &, vt videtur, explorata, operæpretiũ est cognoscere, quid fuerit Martino, & reliquis hunc secutis caussæ, vt eã repudiarint.

9 Mouit † eos præcipue *l. cum fundum. §. vlt. D. vnde vi.* Illic scriptũ est, eum, qui fundum vindicauit, pendente adhuc iudicio vindicationis, quod petitorium iudicium, & de proprietate appellamus, hoc, inquam, iudicio pendente posse interdicto vnde vi experiri, nempe de possessione eius fundi, de qua actor deiectus erat. Ex quo colligunt, simul eundẽ vtroq; iudicio experiri posse, & possessorio & petitorio. Grauis sane obiectio, & digna inprimis, cur a iure tam manifesto, quam supra dictũ est, discederent. Atqui perspicuum est, nihil hic plane contrariũ dici superiori sententiæ. Non enim dicitur eum, qui interdicto experitur, sic experiri, vt simul & interdicto, & rei vindicatione agatur. Sed nec ex eo, quod dicitur interdicto agi posse pendente vindicatione, idcirco colligitur ẽt, vna & rei vindicatione agi eodẽ tẽpore; cum possit actor interdicto experiri omissa vindicatione, quã instituerat. Et vero ita fieri debere intelligendum est. Nam cum dicitur, pendente vindicatione interdicto agi posse, ẽt dicitur agi de possessione. Quod si agitur de possessiõe, res certi iuris est, possessionis cõtrouersiã prius decidi debere, nõ nouo aliquo & tũc cõstituto iure, sed iure ordinario, *vt est in l. ordinarii. §. de rei vin.* id est, iure solemni vetere, & iam olim cõstituto, atque vsurpato. At dicunt, illic non dicitur, *pendente iudicio rei vindicationis*, *& omisso*, *sine intermisso*. In promtu responsio est: non dicitur, fateor; sed etiam non negatur. Præterea non sic dicitur, interim agi posse interdicto, vt simul rei vindicatione agatur; & de ea cognoscatur. Itaque hoc, an ita interdicto agi possit, vt cõiunctim & de possessione ex interdicto, & de ꝓprietate iudicio possessorio agi possit, an vero de possessione separatim tantũ: hoc, *inquam*, eo loco nõ attingitur, sed in medio relinquitur. Proinde relictũ ex regulis iuris certi, quæ alibi traduntur, diiudicandũ est. Sunt autem hæ, quas dixi, prius decidi oportere possessionis caussam.

10 Quod † si verum est, consequens est, si prius de ꝓprietate actum esset, petitorium iudiciũ interim pendere & cessare debere, donec de possessione iudicatũ fuerit. Quapropter si quis in d. *l. cum fundum. §. vltim.* illa verba, pendente iudicio, interpretetur, suspenso iudicio rei vindicationis, & ad aliquod tempus omisso, fortasse non errauerit. quod tamen vt verba illa nõ significẽt; nihilominus ex aliis locis intelligi oportet.

11 Ex † quo etiam intelligi põt, quid respõdeamus ad id, quod vulgo quærunt *ad l. naturaliter. §. nihil commune. D. de acq. poss.* quod tam multis paginis Bartolus, & ceteri omnes expedire adhuc non potuerunt. Nam cum illic diceretur, eum, qui cœpit rem vindicare, posse nihilominus interdicto vti possidetis de possessione experiri, idque ita omnes acciperent, vt faterentur simul cũ eo possessorio non posse agi petitorio, siue rei vindicatione prius instituta: ideo quærunt, quid igitur interim petitorio fiat, cum ista concurrere in hac caussa nõ possint. Et respõdent eũ, q interim interdicto vti possidetis experitur, petitorio renuntiare aut aperte aut tacite; aut etiã intelligendũ finitũ prius esse petitoriũ, quã possessorio ageretur. Vtrũque falsissimũ. Qui interdicto vti possidetis experitur, non magis petitorio renuntiat, quam is, qui petitorio prius egerat, siue rem vindicare cœperat, intelligitur renuntiare possessioni. Nihil enim cõmune habet proprietas cum possessione, vt illic dicitur. quo significat Vlpianus, cum harũ rerũ iudicia diuersa fiat, si quis experitur, non ideo eum alteri renuntiare. Multo minus intelligendum est in specie illius loci, finitum fuisse petitorium, vel rei vindicationẽ. Nam ita verba sunt, non denegari ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem vindicare. Qui cœpit, non finiuit. Cœptum igitur iudicium, non finitum est. Quid ergo, *inquam*, petitorio iudicio fiet, cum non possit cũ possessorio concurrere? Respondebimus, quod supra: nempe interim omittetur rei vindicatio, donec de possessione iudicetur. Neque probatio huius rei longe petẽda est. subministratur enim aperte ex hac *l. incerti.* & similibus, cum dicitur, *possessionis controuersiam prius decidi oportere.* Non potest decidi prius, nisi interim iudicium petitorium conticescat, ad quod non nisi constituta possessione perueniri non potest.

Hoc † loco obiicitur auth. *q. semel. §. quom. & quan. iud.* Illic scribitur, *eũ qui semel actionẽ instituit, de bere vsq; ad finem litem exercere.* Quo euincí putant, vindicationem institutam omitti non posse. Sed hoc iure offendi non debemus. Qui interdicto de possessione experitur pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omitit, is non recusat litem exercere de proprietate; sed recusat in ea lite partes petitoris sustinere, ac se commodo possessoris frui vult. id quod iure postulat, cum sit possessor, nec possessioni renuntiauerit vindicando. Licet etiam hoc modo respondere. quod dicitur in auth. *qui semel.* eum, qui actionem instituit, actionem ad extremum exercere debere: sic accipiendum est, *nisi sit iusta caussa, cur actionem cœptam omittat.* Quæ interpretatio probatur ex sequentibus verbis illius authenticæ. Subiicitur enim postea, *si is, qui actionem instituerat, litem non exerceat, rem iudicandam esse præsente aduersario, auditis eius allegationibus & cognita veritate*, id est, ita iudicari debere secundum præsentem, si iure id fieri oporteat, & agenti nullum ius sit. At tunc secundum præsentem aduersarium iudicari non oportet, vbi non constat eum possessorem esse. Non cõstat aũt, vbi is, qui rem vindicare cæperat, interdicto de possessione experitur. Nihil igitur prohibet neque ex vetere neque ex nouo iure, quominus is, qui rem vindicare cœperat, pendente iudicio de possessione, aliquo interdicto experiatur, & interim suspendatur rei vindicatio. Neque ideo actor in expensas litis cõdemnandus est, qui rei vindicationem institutã omittit. Is n. in expẽsas litis condemnãdus est, qui temere litigauit. *l. eũ quẽ temere. ff. de iud.* Nihil aũt temere facit actor, qui cum illi & petitorium & possessorium cõpetant, his diuersis temporibus vtitur, cum vult. Huc pertinet regula iuris, nullum videri dolo facere, qui suo iure vtitur. *l. nullus. ff. de reg. iur.* 12

Hoc iure constituto possessionis litem prius decidi oportere, quæsitũ est, quomodo decideretur. Aiũt Imperatores decidi oportere competentibus actionibus. Sensus est: ita decidi oportere, vt sunt interdicta, siue actiones, quibus de possessione nobis asserẽda agitur, siue quæ de ea re nobis cõpetunt. Quod ꝓpterea dicitur, qa nõ vnũ genus est possessionis, q̃ na-

bis asserimus. Est enim possessio, quam penes nos esse dicimus, quam nobis volumus retineri. Est possessio, quæ nobis abest, sed quam vel adipisci vel recuperare amissam volumus, *l.* 1. §. 1. *& 2. vti poss.*

13 De † vnoquoque genere, siue sunt actiones, siue interdicta, quæ non eandem petendi caussam habent. Hoc igitur sentiunt Imperatores, litem possessionis decidi oportere, vti erunt interdicta siue actiones, quibus aut retinendæ possessionis caussa agitur, aut adipiscendæ, aut recuperandæ, §. *sequens. Instit. eod.* Etiam actiones ordinariæ interdũ de possessione competunt ex quibusdam caussis; vt condictio indebiti de possessione indebita alii tradita, vt condictio furtiua de re furtiua; vt condictio sine caussa, & triticaria de possessione fundi, de quo deiecti sumus, *l. indebiti.* §. 1. *de cond. indeb. l.* 1. *in fin. cum l. sequent. D. de cond. trit.* Itaq; his etiam cum agetur, ex earum natura æstimandum erit, quomodo lis possessionis decidatur.

Hoc posito, occurrebat hoc loco hæc dubitatio. At isto modo non poterit lis possessionis expediri, quia nullæ sunt competẽtes actiones de ea re, aut certe perpaucæ. Nam de possessione interdicta competunt. Porro interdicta in extraordinariis iudiciis locum non habent. Huic dubitationi occurrunt Imperatores, in extremo, & rem expediunt hoc modo.

14 Interdicta, † id est, formulæ, quibus olim concipiebantur interdicta, sane hodie locum non habent, sed res interdictorum mansit. Nam res agitur actionibus exemplo interdictorum, id est, actione petet vnusquisque, vt sibi possessio defendatur, vt sibi possessio, quam non habet, restituatur ex iis caussis, ex quib. interdicta iisdem de rebus competerent. Et tantum cõsequetur actor, quantum consequeretur, si interdictis retinendæ, adipiscendæ, aut recuperandæ possessionis expertus esset. Vnde actio quæ de possessione nunc competit, vtilis dicitur, §. *vlt. Inst. eo.* quoniam omissis interdictorum verbis sentẽtiam interdicti, id est, rem & effectum retinet.

15 Sed † *cur interdicta hodie locum non habent?* Quia iudicia hodie sunt extraordinaria, vt significaut Imperatores his verbis; interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locũ non habent. quę nisi explicentur, locus commode intelligi non potest. Primum hoc statuendum est, hodie iudicia esse extraordinaria, & quidem iis temporibus, quibus vixerunt Iurisconsulti, ac non tantum Imperatores Diocletianus & Maximinianus auctores huius rescripti. Extraordinaria fuerunt, nõ vnum aliquod, sed omnia, §. *vlt. Inst. eo.* Extraordinaria dicta, cum olim essent ordinaria, *vt est in tit. Inst. de succes. subl. in pr.* Ordinaria iudicia olim dicta sunt ex eo, quod certo tãtum anni tempore, & constituto, idq; certo ordine & forma exercerentur: quod tempus dicebatur conuentus, *vt Theophilus docet ad eum titulum Inst. de succes. subl. & ad §. eadem. Inst. quib. ex cau. manu. nõ lic.* Recte hoc modo iudicia ordinaria. Nam in vsu veterum ordo dicitur forma & ratio, siue mos rei gerẽdę certus & solemnis, idemq; iam olim constitutus: quod quæ certa sunt & cõstituta, ea certo ordine constant & administrantur. Hoc sensu dicitur ordo iudiciorum publicorum exercendorum exoleuisse, *l. ordo. ff. de pub. iud.* Hoc sensu ius ordinarium, id est, certum & vsitatum, *l. ordinarii. C. de rei vind.* Hinc feriæ extraordinariæ solemnibus oppositæ, *l. sed et si. § si feriæ. ff. ex quib. cau. mai.* Hac ratione dicta exsecutio ordinaria, cum iudicio de iure nostro agitur. Contra cum prætor vi & manu decretum suum exsequitur, dicitur extra ordinem exsequi, *l. 3. ff. ne vis fi. ei, qui in poss. miss. est.* Nempe quia ratio vsitata & solemnis iuris nostri persequendi hæc est, vt iudicio experiamur, *l. 1. C. de exse. rei iud.* Recte ergo iudicia ordinaria appellata, quę certo & stato tẽpore atq; ordine exercentur. A quo ordine cum discessum est, quod tunc factum est, cum cœperunt quouis tempore iudicia exerceri: recte dicta sunt exerceri extra ordinem, quia præter morem veterem & vsitatum. Vt autem in tempore a vetere ordine discessum est: sic discessum est ab ordine iudiciorum exercendorum, vt ambages verborum & circuitus non necessarii in iudiciis exercendis omitterentur, *tit. de succes. subl. C.* Hinc conceptio formularum in iudiciis obseruari desiit: quod & Pauli temporibus valuit, *l antepen. ff. de neg. gest.* Ius deinde renouatum, & constitutum apertius lege Constantini, *l. 1. C. de for. & imp. act. sub.* In hoc genere erant interdicta, quæ constabant formulis & conceptionib. verborũ, *Inst. de interd. in pr.* Ex his iam intelligimus, cur dicantur hoc loco interdicta in iudiciis, quæ nunc extraordinaria sunt, proprie locum non habere. Proprie adiectum est, quia interdictorũ cõceptiones locũ non habent, vis ipsa, & effectus interdictorum manet.

*L. vlt.*

Impp. Arcad. & Honorius AA. Æmiliano præfecto prætorio.

*Si quis quodlibet interdictum efflagitet ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia; actionem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere. Dat. 13. Cal. Aug. Constãtinop. Arcadio A. VI. & Probo Coss. 406.*

SVMMARIA.

1 *Ambages interdictorum hæ, formulæ verborum, deductiones in rem præsentem, impetratio actionis ex caussa interdicti.*

2 *Ambages interdictorum hac lege ita sublatæ, vt interdictum ne postulare quidem hodie liceat.*

AMBAGES † interdictorum hic nominantur, non 1 solum quod interdicta formulis verborum non necessariis constarent; sed etiam quod impetrato & reddito interdicto deductiones quædam in rem præsentem more fieri solent, vbi possessio restitueretur, aut declararet reus se vi abstinere, vim possidenti non facere; *vt colligere licet ex oratione Cic pro Cæcin.* Hic si interdicto prætoris paritum nõ esset, tunc deniq; impetrabatur actio aduersus eum, qui non paruisset, quæ ex caussa interdicti reddebatur, *vt significatur in* §. *vlt. Inst. de interd. quæ bene & erudite annotata sunt a Barone ad tit. de interd. in pr.* Hos circuitus & has ambages inutiles esse perspicuum est. Itaq; his sublatis statim iubetur actor actionem suam de possessione proponere. Sed cum hæ ambages iam ante obseruari desiissent, *vt declaratur lege præcedente*, quid opus fuit hac constitutione?

Hoc † videtur hæc constitutio adiecisse. nam ante 2 interdicta non obseruabantur, id est, non necesse erat obseruari. si quis tamen interdicto experiri vellet, nõ prohibebatur: vt res hæc videretur relinqui libera, vtrum quis interdictum postularet, an non postularet. Hac constitutione res in necessitatem iuris translata est, vt si quis interdictum postulet, non audiatur.

## AD TITVLVM II. QVORVM bonorum.

SVMMARIA.

1 *Pand. Florentinarum lectio in interdicto Quorum bonorum emendata. & num. 13.*

2 *Quorum bonorum interdictum propositum ei cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est: & hoc totum quid sit, quidque hodie contineat.*

3 *Non omnibus heredibus quorum bonorum interdictum competere, sed solis qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt.*

*L.1.C.hoc tit.exponitur, ibidem.& num.6.*

4 *Quorum bonorum interdictum ideo necessarium ad rerum singularum possessionem adipiscendam, quia hanc bonorum possessio data non tribuit.*

5 *Non sufficere ad hoc interdictum bonorum possessionem datam, sed probare oportere ex iusta & vera caussa datam.*

6 *Hoc interdictum competere de rebus hereditariis nō solum quæ nunc tales sunt, sed etiam quæ a possessore vsucaptæ sunt. vbi explicatur illa verba interdicti,* possideresue, si nihil vsucaptum esset.

7 *Pro herede possidentem non aliter vsucapere posse res hereditarias, quam si iustam caussam habeat existimandi se heredem esse.*

8 *Hoc interdictum cur de re hereditaria a possessore vsucapta, aduersus dominum, & eum qui actionem & exceptionem de re habeat.*

9 *Hoc interdictum solum aduersus corporum hereditariorum possessores, non etiam aduersus debitores hereditarios. aliter atque petitio hereditatis. & differentiæ ratio.*

10 *Hoc interdictum cum persequatur res singulas, quid sit, quod dicitur in l.1. D. hoc tit. referri id ad vniuersitatem bonorum, non ad res singulas.*

11 *Interdictum dari aduersus eum solum qui pro herede, proue possessore, non etiam iusto titulo possideat; & cur.*

12 *Hoc interdictum competere etiam aduersus eum, qui dolo desiit possidere.*

*Tenor interdicti quid sit in l.2.C.hoc tit.ibid.*

13 *Hoc interdictum ad hoc competere, vt quod de hereditate possidetur, restituatur, id est, præstetur actori.*

14 *Petitionem hereditatis, & hoc interdictum competere de iisdem rebus, iisdem personis, & aduersus easdem personas: sed interdictum ad possessionem adipiscendam vna in re commodius. vnde & comparatum.*

OMISSIS iis interdictis, quæ sunt de rebus sacris, religiosis, publicis, quæ proponuntur in Pandectis, solum hic traduntur interdicta de rebus priuatis, eaque sequuntur deinceps, initio facto ab iis, quę sunt restitutoria, & adipiscendæ possessionis, vt fert ordo diuisionum interdictorum, quæ traduntur *in* §.1. & §. *seq. Inst. de interd.*

1 Interdictum † quorum bonorum, quod hic primū proponitur, exstat *in l.1. ff. eo.* In quo cetera recte scripta sunt in Pandectis Florentinis, illud nō recte: *quod quidem dolo malo fecisti.* legendum est enim, vt in aliis exemplaribus: *quodque dolo malo fecisti*, vel, *quodque item dolo malo fecisti*, vt in partibus huius interdicti explicandis suo loco pluribus ostendemus. Complectitur id interdictum quatuor, quæ ad naturam eius pertinent; quibus expositis, simul & natura & vis interdicti, & rescripta huius tituli, quæ easdem partes confirmant, intelligentur. Sunt igitur in hoc interdicto hæc quatuor; *Cui detur*; *Quibus de rebus*; *Aduersus quos*; *Cuius rei gratia*, siue, *quid in condemnationem huius iudicii veniat.*

2 Primum † proponitur interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est. Bonorum possessionem cū dicimus, bonorū verbo hereditatem & patrimonium defuncti intelligimus. Possessionis verbo ius eius patrimonii retinendi, persequendiq; *l.3. in pr. ff. de bon. poss.* Bonorum possessionē olim dabat prætor, cum ei, cui ex edicto prætoris delata erat bonorū possessio, petenti & agnoscenti prætor dicebat se bonorum possessionem date. Hodie vt quisq; apud magistratum testatus est se hereditatem alicuius ex aliqua caussa amplecti & agnoscere, bonorū possessio ei data intelligitur. Annuit enim magistratus; annuendo intelligitur admittere petentem; admittendo possessionem dare, vt est constitutum *l. vlt. §. qui adm. ad bon. poss pos.* Dare possessionem bonorum ex edicto, est dare possessionem bonorum secundum edictum prætoris, id est, ex ea caussa, ex qua prætor edictis suis pollicetur se bonorum possessionem daturum. cuiusmodi caussæ sunt, ex testamento quidem, secundum tabulas, & contra tabulas testamenti; ab intestato autem, vnde liberi, vnde cognati, vnde vir & vxor, §. *sunt autem. Inst. de bon. poss.*

3 Cum † hoc interdictum proponitur ei, cui bonorum possessio ita data est, ex eo intelligimus competere quidem hoc interdictum heredibus, aut iis, qui vice heredum sunt, non tamen omnibus, sed iis duntaxat, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerunt, vt intelligatur prætor possessionem singularum rerum ei soli promittere, cui prius ex edicto hereditatis siue bonorum possessionem dedisset. Est quidem *in l.1. hoc tit.* hoc interdictum dari ei, qui probauerit se aut ad hereditatem, aut ad bonorum possessionē admissum esse; quæ verba vulgo sic acceperunt, vt hoc interdictum non minus detur heredibus, hoc ipso quod heredes exstiterūt, quam bonorum possessoribus agnita apud magistratum bonorum possessione: quamuis concedeant heredibus solum competere vtile. Sed non recte his verbis aduersus superiorem sententiam mouentur. Nam & is bonorum possessionem agnoscere intelligitur, qui dicitur ad hereditatē admitti. Is enim admittitur ad hereditatem, qui admittitur a magistratu, apud quem quis testatur se hereditatem amplecti. Hoc autem testari apud magistratum annuente magistratu est possessionem bonorum agnoscere & accipere, *l. vlt. §. qui ad bon. poss. admit. pos.* Tantum hoc interest inter eum, qui ad hereditatem admittitur, & qui admittitur solum ad bonorum possessionem, quod heres verus sic admittitur ad bonorum possessionem, vt etiam admittatur ad hereditatem, qui reuera heres erat. Is autem, qui iure ciuili heres non est, admittitur duntaxat ad bonorum possessionem. Sic fit in summa, vt non alii detur hoc interdictum, quam ei, qui apud magistratum bonorum possessionem agnouerit.

4 Sed † si bonorum possessio alicui data est, quid opus est hoc interdicto ad nouam possessionem adipiscendam? Eo opus est, quod bonorum possessio iuris, id est, hereditatis tantum possessionem tribuit, corporum possessionem & detentionem non tribuit, *l.3. ff. de bon pos.* Hæc igitur adhuc restat. Ea est, quæ hoc interdicto petitur, *l. vlt. hoc tit.*

5 Hactenus † verba interdicti solum hoc exigere videntur, vt data bonorum possessio sit ei, qui hoc interdicto experiri volet. sed adiicitur *in l.1. hic.* quod sit ad interdictum interpretationis vice; ita demum scilicet hoc interdictum competere ei, cui bonorum possessio data est, si etiam cum effectu sit data: id est, si ea

si ea caussa, ex qua bonorum possessio data est, vera sit, vt intelligamus eum, qui hoc interdicto experiri velit, duas res suscipere & probare debere: primũ se ad bonorum possessionem admissum; deinde admissum ex ea caussa, quæ vt iusta, ita sit etiam vera. Id *in d. l. 1.* declaratur hoc exemplo. Filius testamento patris præteritus est. is bonorum possessionem contra tabulas agnouit, vt ius est, §. *sunt autem. Inst. de bon. possess.* Non poterit hoc interdicto vti, nisi se & bonorum possessionem accepisse, & filium defuncti esse probauerit; ex qua caussa videlicet bonorum possessionem agnouerat. Quo exemplo idem de aliis caussis ceterarum bonorum possessionum dicendum est. vtputa, qui bonorum possessionem agnouit secundum tabulas testamenti, probare debet testamentum esse, & id iustum: qui agnouit bonorum possessionem, vnde agnati, probare debet se proximum agnatum esse. Idemque de similibus iudicandum est. Is probat se filium esse, qui probat se ex vxore defuncti natũ, *l. filium. ff. de his qui sunt sui vel al. iur.* Quod si quis vulgo talis habeatur, is necessitate probationis liberatur, quasi qui sit in eius iuris possessione, *argum. l. non nudis. §. de prob. l. quidam. ff. de prob.*

6 Cui † detur hoc interdictum, dictum est. Sequitur, quibus de rebus competat. Id expressum est illis verbis interdicti, *quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides possideresue, si nihil vsucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, vti desineres possidere, id, illi restituas.* Quorum verborum hic est sensus: *restituas quod de his bonis possides pro herede aut pro possessore.* Item, *& quod pro herede proue possessore non possides; possideres tamen pro herede proue possessore, si a te vsucaptum non esset.* Quibus in summa declaratur hoc interdictum competere de iis quidem bonis, quorum possessio data est, id est, quæ fuerunt hereditaria, cum defunctus mortuus est; sed id dupliciter. Non enim tantum competere de his rebus, quæ hereditariæ fuerunt, & etiam nunc in eadem caussa manent (hæ sunt, quæ possidentur a te pro herede proue possessore) sed etiam de iis, quæ prius quidem fuerunt hereditariæ, nunc autem a te vsucaptæ sunt. quæ iam a te non possidentur pro herede proue possessore; cum priuato titulo, id est, pro suo possideantur, *l. hereditatem. §. in quib. cau. ces. long. temp. præs.* sed tamen sunt eiusmodi, quæ pro herede proue possessore a te possiderentur, si a te vsucaptæ non essent.

7 At † enim quomodo quid ex his rebus a te vsucapi potest, quod ante impletam vsucapionem isto titulo possidebas? Etenim qui pro herede possidet, is vero titulo non possidet. Is namque dicitur pro herede possidere in hoc interdicto, qui reuera heres non est; sed putat se esse, *vt postea dicemus.* Ita hic titulus, vt dixi, verus non est. Nihil porro vsucapi potest, nisi quod vero titulo possidetur. quam ob caussam etiam receptum est, eum qui pro herede hoc modo possidet, vsucapere non posse, *l. vlt. supra pro hered.* Sed hoc sic acceptum est, nisi is, qui pro herede possidet, iustam caussam habeat existimandi se heredem esse, vt & in ceteris titulis non veris receptum est, *l. non solum. §. 1. versic. hoc amplius. ff. de vsucap. l. quod vulgo. ff. pro emt. l. vlt. ff. pro suo.* Finge igitur hoc modo: cum pater filium peregre profectum haberet, certis nuntiis allatum est, illum esse mortuum. Ita cum se putaret filium non habere, extraneum heredem instituit. Is heres eodem errore se vere heredem putans bona hereditaria possedit. Si iusto tempore possederit, vsucapiet. Hic nos dicimus, quamuis heres in hoc errore res hereditarias vsuceperit, tamen filium reuersum, si bonorum possessionem agnouerit contra tabulas patris, etiam de his vsucaptis reb. hoc interdicto experiri posse. Sed obstant huic sententiæ duo.

Illud † primum, quod petitio hereditatis non datur aduersus eum, qui iusto titulo & priuato possidet, *l. hereditatem. §. in quib. causs. cess. long. temp. præs.* Atqui qui vsucepit, iure dominus rei effectus est. Quam ob caussam maxime iusto & priuato titulo possidet, *Insti. de vsuc.* Ex quo effici videtur, neque hoc interdictum aduersus eum dari debere. Alterum est, quod nulli res sua auferri debet, *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* ne ei quidem qui vsuceperit. Nam etsi is rem vsucaptam non possideret; tamen ad eam persequendam actionem haberet, *l. in rem. ff. de rei vind.* Quare si rem a se vsucaptam possidebit, multo magis exceptionem habebit ad eam retinendam, *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.* denique hæc ipsa definitio est eius rei, quæ est in bonis nostris, vt sit ea, quam possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandã eam actionem habemus, *l. rem in bonis ff. de acq. rer. dom.* Et vt vera sunt, ita admittenda essent hæc omnia, si in hoc interdicto constaret eum, cum quo agitur, rem hereditariam aliquã vsucepisse. Sed neque hoc constat, neque adeo in hoc interdicto constare potest: nam si possessor hac exceptione vtatur, rem quam tibi restitui vis, vsucepi: possedi enim pro herede; sed probabilis error meus fuit, cur putarem me heredem; hac, inquam, exceptione si vtatur, exceptio obscurior est, & quæ altiorem quæstionem habeat. Huius generis exceptiones in præparatoriis iudiciis non admittuntur, sed differuntur in iudicium directum proprietatis, *l. 3. §. ibidem. ff. ad exhib.* Multo minus recipiendæ sunt in iudicio, quod est de momentaria possessione. Sic enim vocant interdicta, *l. momentariæ. §. vnde vi.* Neque hoc modo fit iniuria actori: cui de possessione victo nihilominus caussa proprietatis integra relinquitur, *l. vnica. §. si de momen. poss. f. ter. appell. l. vlt. in fin. hoc tit.* 8

Tertium sequitur, aduersus quos detur hoc interdictum. Datur autem aduersus duo hęc genera possessorum, primum aduersus eum, qui pro herede, proue possessore possidet aliquid de iis bonis, de quibus agitur, vt interdicto expressum est his verbis, quod de his bonis possides. Possidendi † verbum si ad hereditatẽ aut bona referretur, iuris possessionẽ intelligeremus, vt fit, cum nominatur bonorum possessio, *l. 3. in pr. ff. de bon. poss.* Nunc cum referatur ad res singulas, quæ de his bonis possidentur, seruata hic est propria possidẽdi significatio, qua res solum corporales continentur, *l. seruus. §. incorporales. ff. de acq. rer. do.* Vnde placuit solum corporum restitutionem in hoc interdictum venire; non etiam competere interdictum aduersus hereditarios debitores, tametsi hi quasi iuris possessores habeantur, *l. vlt. §. l. 2. ff. eod.* Atqui petitio hereditatis aduersus debitores hereditarios datur, *l. regulariter. l. nec vllam. §. vlt. l. quod si in diem. §. Iulianus. ff. de pet. her.* Cur igitur non datur & hoc interdictum, cum interdicto de re non vsque adeo magni momenti agatur? Differentię ratio est, quod in petitione hereditatis cõstat eum, qui agit, heredem esse: neq; enim aliter vincit, quam si se talem esse probauerit. Æquum vero est, hereredi soluere debitores hereditarios. At in interdicto quorum bonorum is qui agit, non plene probat se heredem, aut bonorum possessorem esse, vt mox dicetur. Proinde ne illud quidem æquum in hac incer- 9

titudine ei solui, qui heres non sit; quia soluendo non possessio tantum pecuniæ in eum transfertur, sed etiam dominium.

10 Datur † interdictum aduersus eum, qui possidet quid de his bonis. Ergo non tantum aduersus eum, qui res omnes hereditarias possidet, sed etiam, qui vnã aliquam etiam minimam, vt de petitione hereditatis placet, *l. regulariter. & l. licet. ff. de pet. her.* Non est contrarium, quod scribitur *in l. 1. ff. eod.* hoc interdictum referri ad vniuersitatem bonorum, non ad res singulas. Hoc enim sic accipiendum est, si persona agentis spectetur. diuersum, si spectetur is, cum quo agitur. At enim nihil distinguitur, dicet aliquis. Sed ex ratione iuris necessario id intelligendum est. Nam cum de cõditione actionis agitur, eam metiri oportet ex iure eius, qui agit, non eius, cum quo agitur, vt de hoc ipso genere actionis nominatim traditum est *in l. 1. §. 1. D si pars her. pet.*

11 Datur † interdictum non aduersus quemlibet possessorem, sed aduersus eum, qui pro herede aut pro possessore possidet, id est, qui nullo titulo possidet. Nã is dicitur hoc loco pro herede possidere, qui se dicit heredem, cum non sit, siue sciat se heredem non esse, siue se esse putet. Pro possessore autẽ, qui nullam caussam possidendi habet aliam, quam quod possidet. vide nomen natum hæc *in l. pro herede. & l. seq. ff. de pet. her. §. sequens. Inst. de interd.* Aduersus eum autem, qui iusto aliquo titulo possidet, hoc interdictum non datur, nõ magis, quam hereditatis petitio, *l. hereditatem. §. in quib. cau. ces. long. temp. præs.* Merito: non enim si quis heres est, & res, de qua agitur, hereditaria, continuo heres est dominus. Nam & res pignori datæ defuncto, & bona fide ab herede possessæ hereditariæ sunt, *l. item veniunt. ff. de pet. her.* neque ideo heres earum dominus est. Iniquum est autem eum, qui dominus non sit, aut certe quẽ dominum esse non constat, rem domino auferre, aut ei qui pro domino rem bona fide & iusto titulo possideat, *l. vlt. ff. de publ.* Addita est exceptio in interdicto, præterquam si quis vsuceperit, quod prius pro herede possidebat: cuius exceptionis rationem supra reddidimus.

12 Est † alterum genus eorum, aduersus quos hoc interdictum datur. est autem eorum, qui dolo fecerunt, quominus pro herede proue possessore possiderent. Quod illis verbis comprehensum est, *quodq; item dolo malo fecisti, vti desineres possidere*, quę verba in interdicto ita restitui debere initio monuimus, quod nõ obscure declaratur in *l. 2. hoc tit.* vbi scriptum est, hoc interdictum propositum esse aduersus eos, qui pro herede, proue possessore possident, doloue malo fecerint, quo magis desinerent possidere. Et nominatim adiicitur, hunc esse tenorẽ interdicti, id est, hæc interdicto teneri seu contineri. Et vero consentaneum est omnibus regulis iuris; quibus efficitur, vt quæcunq; actiones, quæcunque interdicta aduersus eum dantur, qui possidet, dentur etiam aduersus eum, qui dolo desiit possidere, vt sit par vtriusque caussa, *l. qui petitorio. ff. de rei vind. l. parem. l. qui dolo. ff. de regul. iur.* Illa autem verba, quæ sunt in Pandectis Florentinis; *quod quidem dolo malo fecisti*, penitus delenda sunt ex libris nostris. Habent enim aperte non tantum sententiam falsam, sed etiam absurdam. Hoc enim exprimunt, siquidem dolo fecisti, vt desineres possidere, vt sit in illis verbis conditio. At hoc certo statui debet, quisquis rem hereditariam pro herede, proue possessore possidet, eum teneri hoc interdicto sine vlla conditione. Tum autem conditio est stulta & absona; quia naturæ aduersatur. Perinde enim valet, quasi diceretur: restituas quod possides, si modo desiisti possidere.

Quod † reliquum est, datur hoc interdictum huius rei gratia, vt quod de bonis hereditariis possidetur, vt supra dictum est, id restituatur petitori, id est, in petitorem transferatur, *vt est in l. vlt. hic.* Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis prius profecta nobis restituuntur. Sed interdum & de iis accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur, *l. verbũ reddendi. ff. de verb. sig.* quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res, quas aliquando possedit; sed quas nunquã. Vnde interdictum est, vt restitutorium, sic adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. ff. eo.* 13

His † de interdicti atque huius tituli sententia cognitis, non abs re quæritur, quid opus fuerit hoc interdicto; cum videatur ad possessionem rerum hereditariarum adipiscendam sufficere petitio hereditatis, iudicium & plenius & efficacius, quam hoc interdictũ. Nam petitio hereditatis datur aduersus omnes, qui pro herede, proue possessore possident; neq; tantum corporum possessores, sed etiam debitores hereditarios, *l. regulariter. l. nec vllam. de pet. hered.* Sed & possessio, quam eo iudicio obtinemus, a nobis auocari non potest ei, quem vicimus. Nec maiora onera esse videntur in petitione hereditatis, quam in hoc interdicto. nam in petitione hereditatis qui agit, probare debet se esse heredem. At idẽ probare debet, qui hoc interdicto experitur, *l. 1. hoc tit.* Quare non abs re videri possit hoc interdictũ inutile esse & otiosum. Dicẽdum est cetera in petitione hereditatis esse pleniora & commodiora. Vnum in hoc interdicto esse commodius; rationem probandi. Nam in petitione hereditatis, si quis se filium defuncti esse contendat, exempli gratia, eoq; heredem patris, non tantum probare debet se esse filiũ defuncti, sed etiam si ex aduerso dicatur eum ex illo non esse natũ, puta aut eam ex qua natus est, vxorẽ defuncti non fuisse, aut si vxor fuit, a defuncto concipi nõ potuisse: exceptiones sunt, de quibus in eo iudicio quæri oportet. Est enim petitio hereditatis directum iudicium. quo in genere plena inquisitio requiritur, *l. iudices. §. de iud.* In interdicto autem satis est, si quis se primo filium esse ostenderit in speciem, cui si contra obiicientur exceptiones superiores, hæ in hoc iudicio non admittuntur, sed differuntur in directum iudicium petitionis hereditatis, *vt supra docuimus.* Quare hoc interdictum ad possessionem adipiscendam commodius, quia in eo breuior & expeditior via ad possessionem adipiscendam. 14

## AD TITVLVM III. QVOD LEGATORVM.

### SVMMARIA.

1. *Interdicti Quod legatorum summa, nominis ratio, & verba restituta, ac sigillatim confirmata.*
2. *Hoc interdictum esse inutile heredi, nisi aut neget rem legatam esse, aut dicat supra dodrantem esse legatum. & num. 3.*
3. *L. vnica C. hoc tit. sententia.*
4. *Hoc interdicto sic res legatas legatorum nomine occupatas recipi, vt heres sola quarta retenta, cogatur reliquum legatario restituere: dissimiliter, si legatarius legatum subtrahat. quo casu totum amittit: & differentia ratio.*

5 *Lega-*

5 *Legatarium rem legatam sua auctoritate, non vi occupantem non teneri iis constitutionibus, quæ damno rei afficiunt eos, qui res inuaserunt.*

1 ETsi legatarius rei legatæ dominus est, & ita dominus, vt ad eam rem non indigeat heredis traditione, sed dominium rei legatæ a testatore ad legatarium recta via transeat, *l. legatum ita. ff. de leg. 2. l. a Titio ff. de fur.* placuit tamen eum hactenus dominum esse, vt nō eo minus iubeatur legatum ab herede petere, non sua auctoritate occupare. Si contra facit, iubetur rem legatam heredi restituere; in quam rem hoc interdictū comparatum est, quod appellatur *Quod legatorum*, ex initio videlicet interdicti, vt & superius interdictum Quorum bonorum. *l. 1. ff. eo.* Interdicti verba hæc fuerunt: *Quod legatorum nomine non ex voluntate eius ad quem ea res pertinet, occupatum possides, aut dolo desiisti possidere, si de eo tibi ab illo satisdatum est, aut per eum nō stat, quominus satisdetur, id illi restituas.* Illa verba, quod legatorum nomine possides occupatum, indicantur *in l. 1. in prin. & versic. redigit. ff. eo.* Illa autem, aut dolo desiisti possidere, indicantur *in d. l. 1. §. quod ait prætor, aut dolo.* Nam quod illic ita verba sunt, aut dolo desiit possidere, in tertia persona scilicet; intelligendum est edicti verba referri, quo prætor pollicetur hoc interdictum generaliter aduersus eum, qui dolo desiit possidere. Sed vel hinc maxime idem interdicto caueri intelligimus: mutata tamē persona, vt interdictis mos est, quo interdictū dirigatur ad eum, cum quo ex interdicto agitur. Sic ex edicto interdicti verba intelligimus, & vice versa. Illa verba, non ex voluntate eius, expressa sunt *in d. l. 1. §. quod ait prætor*, non ex voluntate. His autem verbis, *eius ad quem ea res pertinet*, significantur heredes & bonorum possessores, & generaliter, qui in ius vniuersum defuncto succedunt, *l. sciendum. §. vlt. ff. de verb. sign.* Vnde intellectum est, hoc interdictum & heredi & bonorum possessori competere. Adde & heredes heredis, *l. 1. §. 1. ff. eod.* quod & *in l. vnica. hic.* confirmatur. Illa, si de eo tibi satisdatum est, indicantur *in d. l. 1. §. pen.* vbi pro *nisi satisdatum est*, legendum est, *si satisdatum est*, vt apparet ex interpretatione Vlpiani, quæ sequitur, qui illa sic interpretatur, *si satisdatum perseueret.* Quod si legeremus, nisi satisdatum sit; sic interpretari debuit, *nisi satisdatum perseueret.* Et sane hoc interdictum competit heredi non hac conditione, si non satisdatum sit, sed si satisdatum sit. Illa autem, aut per eum non stat, exstant *in l. vlt. ff. eo.* Id illi restituas, indicantur *in d. l. 1. in prin. & fere tota l. 1. & 2.*

2 Sed † aduersus hoc interdictum initio hoc occurrit, non videri dari debuisse heredi. Meminisse enim debemus eius, quod ante dixi, legatarium rei legatæ a se occupatæ dominum esse. Vnde etiam ita propositum est interdictum, vt placeat heredem cum hoc interdicto nactus fuerit possessionem rerum occupatarum, tamen postea nihilominus eas restituere debere legatariis, *l. 1. §. 1. ff. eo. & mox pluribus ostendemus.* Hoc posito, videtur hoc interdictum aut iniquum esse, aut inutile: certe pugnare cum regulis manifesti iuris, his de caussis. Primum legatarius ad legatum petendum actionem habet, vtpote dominus, *leg. in rem. ff. de rei vindic.* Igitur multo magis possidens ad legatum retinendum actionem habebit, ex regula iuris, *l. inuitus. §. 1. ff. de regul. iur.* Deinde nulla est actio, nisi ei, cuius interest, præsertim in hoc interdicto, quod tantum ei datur, ad quem res legata pertinet. Nec in eo alia condemnatio est, nisi in id, quod heredis interest, *l. vlt. §. ex hoc. ff. eod.* At heredis nihil interest, rem legatam recipere, si res tota legatarii est, & eam acceptam heres cogitur legatariis restituere. Postremo hoc ipso, quod rem receptam legatariis restituere cogitur, dolo facit, si eam petit. Proinde & petens doli exceptione remoueri potest, vt sunt regulæ iuris, *l. dolus. ff. de dol. mal. exc.* Et hæc ita se habere fatendum est, si heres & rem legatam esse agnoscat, & idem fateatur nihil supra dodrantem legatum esse. Nam in hanc rem cadunt ea, quæ supra obiecimus. Sed si quid horum deest, æquissimum est, heredi interdictum ad res legatas occupatas restituendas dari: neque superiora aduersantur. Primum tum huic dari æquum est, cum negat res occupatas legatas esse. Sic enim fit, vt petat res non alienas, sed suas: quæ ipsi reddi ob eam caussam eius interest. Et quamuis fieri possit, vt res vere legatæ sint; tamen in hac incertitudine æquum est, legatarium rem ab herede petere, nō ipsum sibi ius dicere: quod iura auersantur, *l. exstat. ff. quod met. causs.* Et hanc rationem huius interdicti proponendi posuit Vlpianus *in l. 1. in princ. ff. eod.* Sed etsi heres fateatur, rem legatam esse, de qua hoc interdicto agitur; si tamen dicat supra dodrantem hereditatis legatum esse, æquissimum est, hoc interdictum dari ad rem restituēdam, ac ne hic quidem superiora obstant, quæ obiecimus. Nam quatenus supra dodrantem legatum est, eatenus res legata ad heredem pertinet ex lege Falcidia *l. 1. l. lineam. ad leg. Falcid.* Sic fit, vt heres rem legatam repetendo, eam repetat, quæ ipsius sit ex parte, & quam ipsi reddi hac ipsa de caussa eius intersit. Et quamuis pars tantum eius sit; tamen eius interest rem totam legatam recipere, vt & ea recepta suo iure quartam retineat, quam ex lege Falcidia habere & retinere debet. Et † ob hanc quartæ retentionem maxime comparatum esse hoc interdictum demonstratur *l. vnica. hoc tit.* cuius est hæc sententia: *Herede instituto testator totā hereditatē legatis erogauerat.* Ita fiebat ex lege Falcidia, vt in singulis reb9 legatis quarta portio ad heredem pertineret, *d. l. 1. & l. lineam. ff. ad leg. Falc.* Et quoniam ad heredem pertinebat, eueniebat hoc quoq; vt pertineret ad heredem heredis; quoniam heres in ius defuncti succedit, *l. heres. ff. de acquir. here.* Itaque si res iure & ordine gereretur, ita geri oportuit, vt res legatæ permitterentur heredi; ex quibus ille quartam partem ex lege Falcidia retineret, reliquum dodrantem legatariis restitueret. Sed legatarii sua auctoritate legata occuparant. quo fiebat, vt heres quartam retinere non posset ex iis rebus, quas non possidebat. Consulit heres, non an quartam de singulis rebus legatis petere possit, & cōsequi, de quo ius certum erat; sed quomodo eam quartam consequatur. fortasse enim rem vindicare volebat. Respondent Imperatores, heredi, cum supra dodrantem legatū est, satis prospectum esse lege Falcidia per quartæ retentionem. Quibus verbis significant, non esse necesse heredi ad quartam cōsequendam vindicationem instituere aduersus legatarios, & ita iudicii & probationis molestiam suscipere, cum ei per retentionem quartæ satis consultum sit. Non indiget actione, qui retentionem habet. Quod si obiiciatur, heredem in proposito retentione vti non posse, cum res legatas non possideat: in promtu remedium est. Est enim paratum heredi interdictum *Quod legatorum*, quo consequatur a legatariis, vt sibi res occupatæ restituantur: quibus restitutis, sic deinde competente ratione vtetur. Hæc, *inquam*, rescripti sententia est: qua declaratur, hoc in- 3

terdictum comparatum esse, vt heres ex hoc interdicto possessione recuperata rerum legatarum, quartam ex lege Falcidia retineat. Ex quo duo colligimus notatu digna. Primum, si rem legatam esse constet, quam legatarius occupauit, & fateatur heres supra dodrantem hereditatis legata relicta non esse, non esse huic interdicto locum, quia appareat nihil esse, quod heres restitutis rebus possit retinere. Et certe perspicuum est hoc casu illi obstare ea, quæ supra diximus: & quod eius nihil interest, & quod dolo facit, qui petat id, quod constet illum statim restituere debere.

4 Alterum, † etsi legi Falcidiæ locus sit, tamen sic heredem recipere legatas res ex hoc interdicto, vt solum quartam possit retinere. Quo efficitur, eum reliquum legati legatariis debere restituere. Alioqui hic diceretur, eum totius rei legatæ retentione vti, non autem competentis partis siue quartæ. Nõ aduersantur huic sententiæ ii loci, quibus scriptum est, legatarium siue fideicommissarium, si rem sibi legatam subtraxerit, legati petitionem amittere, *l. non est dubium. supra de lega. l. Paulus respondit. ff. ad sen. Trebel.* Multum enim interest, vtrum legatarius rem legatam occupet legatorum nomine, de quo genere hic agitur, & aduersus quod hoc interdictũ propositum est, *l. 1. in prin. ff. eo.* an vero legatarius rem legatam subtrahat. Is rem occupat legatorum nomine, qui agnoscit rem sibi legatam, & pro tali tanquam suam occupat. Is ideo legati petitionem non amittit: quia ita occupando legatum agnoscit; agnoscendo, & legatum & rei legatæ petitionem acquirit. Contra is rem legatam subtrahit, qui furatur. hoc enim subtrahere significat, §. *interdum etiam. & §. seq. Inst. de obl. quæ ex del. nas.* ac præcipue in hac specie rei legatæ subtractæ, subtrahendi verbum id significat, *vt declaratur in d. l. Paulus respondit. ff. ad Trebell.* Porro is rem legatam furatur, siue subtrahit, qui tanquam alienam occupat, non suam; quoniam nemo rei suæ furtum facit, *l. merito. ff. pro soc.* Id si ita est, non est mirum, si is qui rem sibi legatam subtraxit, eius rei petitionem amittere dicatur. Nam qui ita subtrahit legatum, repudiat, repudiando, vna & legatum & legati petitionem amittit. Quod ita facile probabitur. Nam vti est hereditas, sic legatum. Hereditas adeundo siue agnoscendo nuda voluntate acquiritur; repudiando amittitur, *l. sicut. s. de repud. her.* Sic & legatum, *l. seruum filii. 44. §. 1. l. si tibi homo. 86. §. cum seruus. ff. de legat. 1.* Hereditas repudiatur, siue recusatur non tantum verbis, sed re & facto quouis voluntatem repudiantis significante, *l. recusari. ff. de acquir. here.* In quo genere facti est, si heres extraneus rem aliquam hereditariam surripiat, vt significatur *in l. si quis extaneus. in princip. ff. de acquir. hered.* vbi traditur, heredem, qui ita rem subtraxit, non videri pro herede gerere; quia admissum eius cõtrariam voluntatem declaret. Contraria adeundi voluntati est voluntas repudiandi. Hęc voluntas superiore admisso declarari recte dicitur. Nam qui rem surripit, hoc facto declarat, se velle rem alienam esse, & pro tali se eam habere. Non potest id velle heres, nisi hereditatem repudiet. Idem igitur & in legatario rem legatariam surripiente probandum est. Ex quo intelligimus, quod dicitur in hac specie legatarium rei legatæ petitionem amittere, non esse ius ob id constitutum, vt furtum pœna afficiatur; sed esse ius ratiocinatione prudentum effectum; hinc natum, quod qui rem ita surripuisset, idem simul legatum repudiasset. Constare autem hoc ius responsis & auctoritate prudentum, declaratur *in dict. l. Paulus respondit. ff. ad Trebellian.* illis verbis, *iure respondetur.*

Multo † minus superiori sententiæ aduersantur illæ constitutiones, quæ damno rei occupatæ afficiunt eos, qui res inuaserunt, *vt l. vlt. l. si quis in tantam. j. vnde vi. l. exstat. ff. quod met. cauß.* Nam l. vlt. constituta est aduersus eos, qui res alienas possessoribus vacuas inuaserunt. Hic legatarius rem suam occupat, non alienam. Lex *si quis in tantã* pertinet ad eos, qui possessionem apud alios constitutam vi inuadunt. Hic legatarius rem occupat, non quidem consentiente herede; sed tamen non vi, non denique ita, vt illi extorqueat; propterea quod hic agitur de rebus occupatis, quæ prius ab herede non possidebantur. argumentum est, quod hoc interdictum quod legatorum proponitur heredi adipiscendæ possessionis caussa, *l. 1. in pr. ff. eo.* id est, eius acquirendæ, quam prius non habuit, §. *sequens. Inst. de interd. l. exstat. ff. quod met. cau.* pertinet ad eos, qui rem sibi debitam a debitore possessam inuito debitore occupant. Hic legatarius & rem occupat ab alio non possessam, *vt iam dixi*; & occupat suam, non sibi debitam. Ex his apparet, si forte heres iam ante rerum hereditariarum nactus esset possessionẽ, quam illæ a legatariis occuparentur, hoc interdictum heredi non competere ad recuperandam possessionem. Sed & illud apparet dicere nos, legatarios si inuito herede res occupassẽt, res legatas eo facto amisisse; quia vi possideant. Vnde res incidat in pœnam, *l. si quis in tantam. j. vnde vi. & l. exstat. ff. quod met. caus.* 5

## AD TIT. IV. VNDE VI.

### SVMMARIA.

1 *Vnde vi interdictum hic intelligi, & vnde appellatio. Vnde vi interdictum vsitate dici: legi tamen & interdictum De vi pro eodem.* ibidem.
2 *Collocationis huius tituli ratio reddita.*
3 *Inuasionum species, quæ quibus constitutionibus hoc titulo vindicentur.*

His verbis vnde vi, significatur interdictum, quod vnde vi appellatur *in l. 1. §. ex interdicto, l. neque. l. cum fundum. §. vlt. ff. eodem. §. recuperandæ. Inst. de interd. l. 4. j. hoc tit.* vt sit titulus, quasi ita dictum esset, *de interdicto vnde vi.* quomodo & superiores inscriptiones accipi debent, & inferiores. Nomina ex initio interdictorum nata, *vt supra dixi.* Nam initium huius interdicti ita fuit, vnde tu illum vi deiecisti, *l. 1. in prin. ff. eo.* Itaque rectius fortassis ad eundem modum legatur titulus eiusdem argumenti in Pandectis, restituaturque ita, *Vnde vi, & de vi armata.* vt sit sensus, *de interdicto vnde vi*, id est, vi priuata; & de interdicto de vi armata, quæ & publica dicitur, §. *recuperandæ. Insti. de interdict.* Et sane interdictum vnde vi sub eo titulo passim appellatur. Legimus tamen & interdictum de vi pro eodem *in l. si quis vi. ff. de acq. poss.* 1

Est † hoc interdictum recuperandæ possessionis, *d. §. recuperandæ.* Ideo superioribus, quæ sunt adipiscendæ possessionis, subiicitur propter coniunctionem possessionis, quæ vtroq; genere interdictorũ petitur. Petitur enim ea possessio, quam non habemus; petiturque eo, vt quod non possidemus, nobis restituatur. sic fit, vt vtrumque genus & restitutorium sit, & quodammodo eandem petitionem habeat. Hoc eo monemus, quia alius ordo seruatur *in Instit. sub tit. de interdictis.* Nam interdicta adipiscendæ possessionis sequuntur interdicta possessionis retinendę. Extremo 2

loco proponitur id, quod est recuperãdę possessionis. Habet id quidem & suam defensionem. hoc enim ordine sequimur progressum naturalem possessionis: quippe natura prius est, vt possessionem acquiramus: proximum, vt quæsitam teneamus: tertium, vt cum cœperimus tenere, si amittamus, sic deinde de recuperanda cogitetur. Sed, vt dixi, coniũctio & similitudo possessionum & interdictorum hic spectata est: *vti & in Pandectis*. Est ergo hic titulus pręcipue de interdicto vnde vi, vt inscriptio indicat. Sed † monendi
3 sumus titulum seu tractationem subiectam plus cõplecti. Et in summa hoc titulo prohibetur omnis iniusta alienarum possessionum detentio, siue quis vi possessionem occupet, siue clam inuadat, siue precario acceptam, aut ex locatione rem inuito domino retineat. Itaque totidem sunt genera constitutionum, quæ ad vnum quodque horum generum referuntur. Ad tertium genus iniustæ detentionis pertinet *l. pen* Ad secundum duæ, *l. meminerint. & l. vlt*. Ad primum, reliquæ constitutiones; in quo genere de his agitur, qui vim intulerunt ad occupandas alienas possessiones. de quo dicere incipiemus ex *l. 1*,

*L. I.*

Imp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodoro.

*Recte possidenti, ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illã vim populsare licet PP. 15. Kal. Decemb. ipsis* IV. *& III. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Aduersus vim remedia duo constituta.*
*Vim vi propulsare licere. ibidem.*
2 *Vim concessam quæ propulset, quæ adhibeatur tuendi sui caussa, non etiam vlciscendi.*
3 *Propulsationis non est exspectare, dum quis pulsetur, sed ne pulsetur, prohibere.*
4 *Tuendi sui caussa quidquid fiat, quia iure fit, impunitum esse.*
5 *Vitiose, id est, vi, aut clam, aut precario possidenti nõ licere se aduersus vim aduersarii defendere: quia non licet impune: & quomodo id accidat.*
6 *Tutelæ inculpatæ moderamen requiri, & id quodnam sit.*
7 *Armis licere se defendere etiam aduersus inermem, si inuadentem nos aliter prohibere non possumus, ne ad nos perueniat.*
8 *Non esse contra moderamen inculpatæ tutelæ, si quis se defendat aduersus inuadentem, etsi alioqui potuit fugiendo sibi consulere.*

SI quis alicuius rei possessionẽ obtinere vult, is iubetur iudicio de ea re agere; vim ad rem occupandam facere prohibetur. *l. exstat. ff. quod met. cau.* Ideo etiam aduersus vim legibus prospectum est, ne frustra vis prohibeatur.

1 Aduersus † vim duo sunt remedia iure constituta. Vnum aduersus vim, quæ infertur. Alterum aduersus vim, quę illata est. Aduersus vim q̃ infertur, hoc remedium est cautũ hac lege, vt liceat vim vi defendere, ꝓpulsare nostra auctoritate. ꝙ ius aliis multis locis proditum est. *vt l. vt vim. ff. de iust. & iur. l. scientiam. §. qui cũ aliter. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. vim vi. ff. eo. l. 1. 3. quan lic. vnic. si. iu. se vind.* vbi & ratio hui⁹ iuris reddita est. Sed nusquã hoc ius melius constitutum, q̃ hac lege, vbi nõ tantum permittitur vim vi propulsare, quod fit superioribus locis: sed adiicitur, cui liceat, & præterea ad quem modum. quæ singula nobis expendenda sunt.

Primum id quod permittitur. Aiunt † Imperatores; *vim vi propulsare licere*. Propulsare est arcere a nobis, & prohibere, ne vis & iniuria ad nos perueniat. Quo verbo admonemur, si quis rebus integris, cũ vis infertur, neq; dum illata est, hanc prohibet, hunc iure facere videri. Si quis autem vi illata & iniuria iam accepta, cum nouam iniuriam non metuat, vim inferat aduersario, veluti si fugientem persequatur, & ei noceat; hunc ad hanc definitionem non pertinere; quia non propulsandæ iniuriæ caussa faciat, quæ iam accepta est, sed vlciscendæ. Tuitio & propulsatio permissa est; prohibitum, quicquid fit vlciscendi caussa. *d. leg. scientiam. §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil.* 2

Eodẽ † verbo admonemur, falsum esse, quod quidam censuerunt, quorum sententia in glossa refertur, eum qui se recte tueatur vi, exspectare debere, vt prius pulsetur ab aduersario, argumento sumto *ex l. si ex plagis. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Qui exspectat, vt pulsetur, is iniuriam & vim admittit, non propulsat. Nunc autem propulsare illi permittitur. Ergo & illud non admittere, vt pulsetur. Iam & in hac promissione expendendum est, quid valeat, quod dicitur licere propulsare. nẽpe vt liceat iure, & omni iure, *vt dicitur in d. l. vim. ff. de iust. & iur. in d. l. scientiam. §. qui cũ aliter.* 3

Ergo † etiam hoc dicitur, quicquid fit propulsandi caussa, impunitũ esse. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, *vt est in l. Gracchus. ff. ad leg. Iul. de adult.* Hinc intelligimus, si quis, cum inuaderetur eius possessio, vim vi repulerit, neque eum vi possidere videri, neque eo nomine aduersario teneri vllo interdicto. Præterea si quid damni eo facto aduersario dederit, atque adeo si eum occiderit, impune esse, vt neque teneatur lege Aquilia de damno dato, neque lege Cornelia de sicariis. *l. itaq. & l. seq. & d. l. scientiam §. qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil.* 4

Sed permittitur hoc duabus conditionibus, quæ hic expressę sunt. Primum † permittitur ad defendendam possessionem vim vi propulsare: sed recte possidenti, &, vt adiicitur, ei, qui sine vitio possidet. Is recte possidet, qui nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidet. Contra non recte, sed vitiose is, qui ab aduersario possidet aut vi, aut clam, aut precario. *l. 1. in fin. & l. seq. ff. vti poss.* id est, qui aut aduersarium vi expulit, aut illo ignorante possessionem recuperauit, aut qui precario, id est precibus, ab illo impetrauit, vt sibi possidere liceret, & domino reposcenti rem non reddit, vt hæc verba interpretatur Iustinianus *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Ergo hoc dicitur, eum recte vim vi propulsare, qui aut omnino nec vi, nec clam, nec precario possidet, aut ita possidet, vt saltem non possideat ab aduersario. Quod autem dicimus ei, qui ita possidet, licere vim aduersarii propulsare; eo spectat, vt intelligatur, si fecerit iure eum fecisse & impune. Proinde & eo nomine aduersario nulla actione teneri. Contra vero si quis secus possideat ab aduersario, ei non licere aduersarii vim propulsare. exemplo interdicti vti possidetis. in quo, cum prætor pollicetur se eum tuiturum in possessione, qui nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidet, ex eo omnes iuris auctores collegerunt, eum non defendi a prætore, qui non recte ab aduersario possideat, id est, possideat aut vi, aut clam, aut precario ab aduersario. *dict. leg. 1. §. vltim. ff. vti poss.* Quod & nobis in hac constitutione intelligendum est. Ideo autem dicitur ei, qui vi, aut clam, aut precario ab aduersario possidet, non licere se aduersus vim aduersarii defen- 5

dere, quia impune non licet. Nam si prius aduersariũ vi deiecerat, non efficiet sua defensione posteriore, quo minus illi interdicto vnde vi teneatur, vt prius. Si aduersario ignorante possessionem occupauerat, deinde venientem vi repellat, aut certe non admittat; iam incipit vi possidere, non clam, *l. clam possidere. in fin. Dig. de acquir. poss.* Quo fit, vt iam incipiat aduersario teneri interdicto vnde vi, tanquam illo deiecto, hoc ipso, quod admissus nõ sit in suam possessionem. *leg. cum fundum ff. vnde vi.* Item probandum est in eo, qui cum fundum precario accepisset ab aduersario, reposcenti nõ reddit, seu venientem in possessionem non admittit. Sic enim eum quoque deiicere intelligitur, incipitque similiter ei interdicto vnde vi teneri. *d. l. cum fundum. ff. eo.*

6 Altera † cautio est, hoc rescripto expressa, vt vis propulsetur ad moderamen inculpatæ tutelæ, id est ita, vt quidquid tuendi nostri caussa factum est, & vis illatæ propellendæ, in eo tutela sit inculpata. Inculpatam intelligimus eandem, quæ innoxia dicitur *in dict. l. scientiam. §. qui cum aliter. D. ad leg. Aquil.* Cum autem innoxia definiatur eo loco, cum aliter tueri nos nõ potuimus, aduersus vim aut iniuriam, quæ inferebatur, quam id faciendo, quod fecimus; intelligere debemus eandem quoque definitionem esse eius tutelæ, quam hic inculpatam appellamus. Vtrum quis aliter se tueri non potuerit, quam id faciendo, quod fecit, partim ex personis, partim ex loco æstimandum est. Ex personis hoc modo: nam si is puer est, aut imbecillis, qui vim infert, is autem cui infertur, vir & robustus, hic neque gladium stringere debuit, neque vllis armis inuadentem petere, cum licuerit negligere præsentem. Ex loco ita, si quis cum pro foribus suis staret, potuerit aduersarium minitantem & ad se pergentem arcere occluso ostio ædium suarum; maluerit autem aduersario suo coram resistere. Eodem modo cum ex ædibus videret aduersarium sibi minitantem, aut se prouocantem ad certamen; non seruauit moderamẽ inculpatæ tutelæ, si quid in illum misit, aut si in animum induxit descendere, & cum aduersario digladiari. nam vtroque modo satis septis ædium suarum defendebatur, vt si quid præterea fecerit, intelligatur nõ tuendi sui caussa fecisse, quod necesse non erat; sed vlciscendi. Quod si cum domi esset, aduersarii irruptionem in ædes faciebant, aut scalis admotis murum peruadere conabantur; iure facit, si ad aduersarios deturbãdos & propellendos omnibus armis vtitur, quibus deturbari cominus, & propelli possunt. Similiter si quis nudus in agro aduersarium aut parem viribus aut superiorem vidit ad se venientem cum minis, primum se verbis tueri debet, denuntians aduersario, ne accedat; se non passurum, vt accedat. Si his verbis nihil proficit, licet aduersarium submouere omnib missilibus, quibus homines a nobis arceri possunt. Id lapide fieri posse indicatur *in d. l. scientiam. §. qui cum aliter. D. ad leg. Aquil.* Quare & aliis telis potest; potest & ense, non vt illum impetat, sed vt ensem venienti opponat.

7 Vnde † intelligimus, id quoque falsum esse, quod in glossa positum est, ad moderationem inculpatæ tutelæ non posse nos armis vti, nisi armis impetamur. Si sine armis aduersarium inuadentem prohibere nõ possumus, ne ad nos perueniat, recte armis vtimur, cum aliter nos tueri non possumus. Non obstat, quod dicitur, arma armis defendere licere. *l. 1. §. vim vi. l. 3. §. eum igitur. D. eo.* Non enim hoc ita dicitur, quia aduersus inermem non liceat omnino nos armis defendere, si quid ad tutelam necesse sit; sed quia non semper licet. Non enim semper est necesse, ceterum aduersus arma semper armis vti licet.

Ex † his quæsitum est, si quis aduersus vim, quæ infertur, fuga sibi consulere potuit, & nihilominus restitit, an videatur moderationem inculpatæ tutelæ excessisse. Mouet, quod aliter sibi cõsulere potuit, quam resistendo; vt sic non videatur ad superiorem definitionem pertinere. Sed non dubiũ est ex hac lege, quin iure faciat, qui non fugit. Perspicuum est enim hic pmitti propulsare vim ad defendendam possessionem. Non defendit autem possessionem, qui deserta possessione fugit. Permittitur igitur in possessione & loco suo consistere, & ibi vim propulsare. Nihil ad rem pertinet, quod potuit aduersus vim se tueri aliter, quã resistendo, nempe fugiendo. Hoc enim vere dicitur, si de persona tantum tuenda agatur, cui fuga consulere possumus. Sed si de loco etiã tuendo agitur, hunc tueri nisi in eo consistendo non possumus. Nunc autem hac lege potestas fit & personæ nostræ, & loci quem iure obtinemus, tuendi. 8

*L. II. & tres sequentes.*

Iidem AA. & CC. Alexandro.

*Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si nec tũ vtilis annus excessit, certissimi iuris est: & heredes teneri in tantum, quantum ad eos peruenit S. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Aduersus vim illatam quæ remedia iure prodita.*
2 *Interdictum vnde vi competere solum vi deiecto, & deiici solum, qui ante vere possederit.*
3 *Interdictum vnde vi solum intra annum vtilem, nõ continuum. quis annus vtilis, quis continuus.*
4 *Interdictum vnde vi aduersus quos.*
5 *Cuius rei gratia.*
6 *Prædonem rebus peremtis non secus atq; exstantibus interdicto vnde vi teneri.*
7 *Dubitatum, an idem sit, si res intra tempora iudicati perierint: & idem esse.*
8 *Condemnatum qui ante sententiam morã fecit, etiã intra tempora iudicati moram facere perseuerare.*
9 *Quod dicitur, nullam ibi morã fieri, vbi propter exceptionem pati non potest, ad exceptionem dilatoriam iudicati non pertinere.*
10 *Condemnatus in quadruplum, triplum, aut duplum singulare ius esse, vt re principali intra tempus iudicati peremta, eius rei nomine liberentur.*
11 *Quid, si res eodem modo apud actorem peritura fuerit?*
12 *Interdictum vnde vi pœnale esse; eoq; nec vltra annũ, neq; in heredes dari.*
13 *Quomodo probari possint res; quæ ibi fuerunt, vnde quis deiectus est.*
14 *Fructus in hoc interdictum venire; & qui.*
15 *Eum qui deiectus est, ex interdicto sine vlla exceptione restituendum.*

ADVERSVS vim, quæ nobis facta est, qua de possessione deiecti sumus, non vi agitur, *vt supra*, ad recuperãdam possessionem, quam amisimus; sed idoneis iudiciis ad eam rem vindicandam constitutis. quod genus remedii alterum est, quod aduersus vim propositum esse supra *ad leg. 1.* diximus. Estque id remedium ordinarii iuris, quo de rebus ad nos pertinẽtib. licet tantum iudicio experiri. *l. negantes. ſ. de obl. & act.*

*act.l.1.ȝ.de exsec.rei iudic.* De vi agitur & criminaliter, & ciuiliter. Criminaliter accusatione, & pœna constituta lege Iulia tam de vi publica, id est, armata, quam de vi priuata, id est, ea quæ fit sine armis, *vt indicatur in l.4.hic.* de quibus legibus est cautum *in §. item lex Iulia, de vi publica. Inst. de pub. iud. item D. & C. ad leg. Iul. de vi publ. & priua.* Ciuiliter, cum de re pecuniaria agitur, iudiciis in eam rem constitutis, partim ex edicto pretoris, partim ex cõstitutionibus. Ex edicto pretoris est interdictũ vnde vi, de quo est inscriptio huius tituli. Interdictum proponitur *l.1.in pr.ff.eo.* Nũc loco interdicti agitur actionibus ciuilibus, *vt declaratur in l.2.& d.l.4. hic qua de re diximus ad l.pen. & vlt.sup. de interd.* Ex constitutionibus actio est condictio ex lege, ex *l.si quis in tantam.ȝ. hoc tit.* Natura interdicti vnde vi, siue eius actionis, qua loco interdicti vtimur, declaratur maxime his quatuor rescriptis seqq. quæ ob eam caussam coniungi oportet. Huius interdicti natura quatuor his in locis spectatur, qui nobis in his rescriptis obseruandi sunt: *Cui detur; Intra quod tempus; Aduersus quos; Tum cuius rei gratia.*

2 Datur † ei, qui vi deiectus est, *l.1.§.1.ff.eo.l.2.in prin. l.4.in pr.hic* Hoc verbo, *deiectus*, tacite continetur, nõ ad alium pertinere hoc interdictum, quam qui ex eo loco pulsus est, quem prius possidebat vel naturaliter, id est, tanquam prædo; vel ciuiliter, id est, iuste. Horũ enim vterque tenet rem animo dominantis. Is autem deiici intelligitur, qui ita possidet, *l.1. §. deiicitur. §. interdictum autem. ff.eod.* Proinde cum colonus aut inquilinus non possideat, si vel ille de agro, vel hic deiiciatur de ædibus, hoc interdicto nõ vtetur, non quod impunitum sit, si isti deiiciantur, sed quia ex hac deiectione interdictum ipsis dominis competit, non colono aut inquilino, *d.l.1.§.deiicitur.& l.vlt ff.eo.* Quippe domini per colonum aut inquilinum possident, *§. possidere. Instit. de interd.* Ita fit, vt istis deiectis in ipsorum persona videantur domini deiici. Hoc eodem ex verbo intelligimus non competere hoc interdictum, nisi ei, qui de rebus soli deiectus est: rebus aũt mobilibus ereptis, huic interdicto locum non esse, *l.1. §.2.& seq.ff.eod.* Non enim deiicitur de loco, nisi qui in loco consistit. Non consistimus autem, nisi in re, quæ non mouetur.

Non est satis, quem deiectum esse, vt sit interdicto locus: vi deiectum esse oportet. Sic enim verba sunt interdicti, vnde vi tu illum deiecisti *l.1.in pr.& §.2.ff.eo.* Idem expresse *in l.2.& 4.in prin.hic.* Huc referri debet *l.inuasor.ȝ.hoc tit.* vbi cauetur, ne inuasor aliter teneatur pœna legitima, quam si vi inuaserit, quia scilicet olim non aduersus alios pœna legitima fuit constituta, siue intelligatur vindicta criminis, siue pœna priuata, quam persequamur interdicto vnde vi. Hodie secus est in specie *l.vlt.ȝ.hoc tit.* Sed id ius postea secutum est, quo & *l.inuasor.* & priora iura immutantur, vt illic dicemus.

3 Datur † hoc interdictum intra annum, & eum vtilem, *l.1.in pr.& §.annus.ff.eo.l.2.hic.* Annus vtilis opponitur continuo, *l.vlt.ȝ.de dol.* Vterque annus dicitur, quia constat trecentis sexaginta quinque diebus, vt est anni dimensio, *l.anniculus non statim. D. de verb. sign.* Hoc interest, quod continuus superioribus diebus constat continuis; vtilis constat solum vtilibus, intellige ad agẽdum, id est iis, quibus actor experiundi cum aduersario potestatem habet, quod explicatur *in l.1.ff.de diuer.tem.præs.* Vnde in edictis prætores hũc annum ita circumlocutione efferre solebãt: intra annum, quo primum experiundi potestas erit, vt patet ex his locis, *l.1.in fi.ff.ex quib.caus.mai.iuncta l.vlt.ȝ.de temp.in integ.rest.& l.4.ff.vi bon.rap.l.1.ff.de incen.ruin. nauf.* Sed intra annum tantum datur hoc interdictum de iis rebus, quæ ad inuasorem non peruenerunt. de iis quæ peruenerunt actio perpetua, *l.1.in pr.ff.eo.* Hæc de actionibus prætoriis definitio tradita *in l. in honorariis.D.de obl.& act.*

Datur † interdictum aduersus eum, qui ipse, aut cuius familia deiecit, vt est interdicto expressum, & declaratur *in l.1.§.ait prætor.D.eo.* Quis deiecisse intelligatur, explicatur *in d.l.1.§.ait prætor.D.eo.* Datur præterea & aduersus heredes eius, qui vi deiecit; sed quatenus ad eos peruenit, *vt traditur in l.1.§.vlt.& l.2.ibidem.* Vnde intelligimus, si quid ad heredes non peruenit, eos hoc interdicto non teneri. scilicet quia hoc interdictum pœnale est, vt ex restitutione interdicti intelligetur. Ita pertinet ad eam regulam iuris, qua efficitur, ex maleficiis pœnales actiones in heredes non dari, *§.1.Inst. de per. & tem. act.* Sed si quid ad eos peruenit ex maleficio, tenentur. Placuit enim semper iniusta lucra heredibus extorqueri, *l.1.§. vlti.l.2.& 3.in princ.D.eo.l.in heredem.D.de calum.* 4

Datur † interdictum huius rei gratia, vt si quid amissum est, deiecto restituatur, *l.1.§. non solum.D.eod.* Quod his verbis expressum est *in l.4.hoc tit.* vt dicatur ei, qui deiectus est, caussam omnem præstari oportere. id enim verbo caussæ significatur, vt declaratur, *d.§. non solum.* Hac restitutione tria continentur. Primum res ipsa, a qua deiecti sumus, vt restituatur, *§.recuperãdæ.Instit. de interd.* Secundo loco omnia, quæ ibi fuerunt, cum deiiciebamur. Ibi, id est, in toto eo fundo, & totis ædibus, vnde deiecti sumus, *l.1.in princ.& §.ibi. D.eod.* Quid † ergo, si ista, quæ ibi fuerunt, postea perierint? Placet eum qui deiecit, teneri nihilominus earum rerum nomine, *l.1.§. rectissime. D.eod.* hac ratione, quod vt fur, sic prædo ex ipso tempore delicti moram facere, atque adeo plusquam frustrator debitor esse intelligitur, *l.penult.D.eod.l.in re.§.1.l.vlt.D.de con.fur.* Est autem certi iuris constitutio, moram perpetuare obligationem, & quod idem est, si res debita post moram perierit, debitoris detrimentum esse, vt non aliter teneatur perpetuo, quam si res exstaret, *l.si seruum.91.§ sequitur. l.si ex legati.23.l.nemo.82.§.1. D. de verbor.obl.l.quod te. D si cert. petat.* Quid, † si, postquam is, qui deiecit, condemnatus est, res perierit intra tempora iudicati actionis, an ne sic quidem reus liberabitur? Nascitur hinc dubitatio. Quia enim perpetuo moram facit inuasor, ideo consequens est superioribus eum perpetuo teneri: idque ita scriptum *in dict.l.vlt.ff.vnde vi.* Rursum videtur tradi *in l.si cum exceptione.§. quid si homo. & §.seq. D. quod met. causs.* reum in hac specie liberari. Quem tractatum, quia ad moræ periculum pertinet, licebit iis, quæ de mora alibi scripsimus, adiicere. Sunt qui putent, re intra tempora iudicati peremta, quod sine dolo malo & culpa debitoris factum sit, debitorem liberari, etiamsi hoc interdicto teneatur. Nam si hoc de eo dictum est, qui actione quod metus caussa tenebatur, *in dict. l.item si cum.§.quid si homo.quod met.causs.* par est idem & in hoc interdicto admitti, cum vtrumque iudicium ex vi & maleficio nascatur. Sed quid hic argumentis est opus, cum ibidem in extremo ista iudicia in hac specie comparentur? Nec caret hæc sententia defensione. Constat enim, si res perierit, cum debitor in mora non esset, eum liberari, *l.si ex legati.D.de verbor.obli.l.* 5 6 7

*quod te.ff.si cer.pet.* Nunc autem tempore iudicatis ad soluendum constituto, intra id tempus debitor moram facere non videtur. Nam sic est alia regula iuris, non videri in mora esse eum, a quo propter exceptionem peti non potest. *l.lecta.ver.pen.ff.si cert.pet.l.nulla. ff.de regul.iur.* Ego autem puto verissime dici, eum qui ante rem iudicatam teneretur re peremta, multo magis condemnatum teneri oportere, quamuis res intra tempora iudicati perierit. Non enim vtique qui ante sententiam tenebatur, liberatur condemnatione, sed magis teneri incipit: siquidem pro vna actione duæ fiunt. Nam & vetus manet & noua nascitur iudicati. Denique iuxta regulam iuris, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt, quam si non esset, sed melior. *l.non solet.leg. nemo enim seq.ff.de regu.iur.* Nec ad rem pertinet, quod iudicato tempus legitimum ad soluendum datum est. Nã hæc intercapedo debitori dilationem dare, non etiam lucrum adferre debet, vt est sententia Papiniani in *l.3.1. res.ff.de vsur.* Afferret autem lucrum, si eum, qui prius tenebatur, liberaret re peremta. Neq; † moueri debemus, quod re ante morã peremta, debitor liberetur. Nam & hoc in hac specie admittendum est. Sed intelligendum est eum, qui ante rem iudicatam moram faciebat, condemnatum multo magis facere, quamuis intra tempora iudicati. Quisquis enim moram facere cœpit, is facere nõ desinit nisi purgata mora. Nõ purgat autem, nisi qui rem debitam offert. *l.si seruum §.sequitur.l.interdum.§.vlt.ff.de verb.obl.* neque offert, qui ideo dilatione vtitur, ne offerat. Quare condemnatus morã facere, vt prius, nõ desinit. Sic fit, vt iuxta eandem regulam, re peremta nihilominus teneatur.

8

9 Nam † quod dicitur eum moram non facere, a quo ppter exceptionem peti nõ potest, ad ceteras omnes exceptiones pertinet; ad exceptionem iudicati dilationis non pertinet. non enim hæc ideo reo datur, quod in præsentia non debeat; sed quod cum debeat statim, tamen hoc spatium humanitatis caussa illi indulgetur, *vt est in l.si cum militi.§.vlt.ff.de comp.* beneficia humanitatis caussa in alterius iniuriam concedi non solent. *l. nec auus.* ꝫ*.de eman.lib.* Ex quo est illud superius Papiniani, legitimum iudicati faciendi tempus reo dilationem dare, non lucrum adferre consuesse. Multo minus aduersatur huic sẽtẽtiæ exemplum actionis *Quod metus caussa*, in qua diximus cõdemnatũ re intra tẽpora iudicati peremta ab eius præstatione relaxari. *d.l.itẽ si cum.§.quid si homo.q. me.cau.*

10 Nam † id singulari ratione in eo iudicio receptum est, vt Vlpianus diserte illic ostendit. Id enim fieri nominatim ait, non quod res perierit intra tempora iudicati; sed quod propter facinus debitor tripli pœna satisfacere cogatur; qua pœna creditori abunde satisfactum est. Loquitur enim Vlpianus de eo, qui rẽ metu extortam restituere iussus, cum arbitrio non pareret, in quadruplum condemnatus est, vt est vis & potestas illius iudicii. Qua ex ratione perspicuum est recte colligi, quibus in iudiciis præter rem, quæ actori abest, non condemnatur reus in triplum aut duplum, eum re debita peremta non liberari, ne res sua creditori pereat, cui aliunde non satisfit.

11 Quæritur † amplius hoc loco. quid enim si res, quæ periit, eodẽ modo apud actorẽ peritura fuerit; an nihilominus reus inuasor eo nomine tenebitur? Quæstio ex eo, quod duobus locis scriptum est, cum apud actorem eodem modo res peritura esset, debitorem liberari, si sine dolo & culpa eius perierit. *l. item si cũ. §.quid si homo.in fi.ff.quod met.cau.l.si plures.§.vlt.ff.depositi.* Contra aliis locis, & si res natura perierit, veluti morte, quæ vitari non potuit, nihilominus debitorẽ teneri, si res post moram perierit. *leg.item si verberatum.§.vlt.ff.de rei vind.l.cũ.res.§.vlt.ff.de leg.1.* De quo cum scripserim iam olim in commentario de mora, & pluribus *ad l.si ex legati.ff.de verb.obl.* ne actum agam, inde peti iubebo.

Illuc † redeo, eum qui vi aliũ de fundo, aut alio loco deiecit, teneri earum omnium rerum nomine, quæ ibi fuerunt, tam quæ ad eum non peruenerunt, quam quæ peruenerunt, & non exstant. Inde apparet, hoc quoque interdictum pœnam continere. *arg.in l. 1.§.si plures.ff de eo per quem fac.erit.* Quam ob caussam hoc interdictum neque perpetuo, neque in heredes dari supra suis locis diximus. 12

Sed † cum dicamus omnia restituenda esse, quæ ibi fuerunt, vnde quis deiectus est, exsistit hoc loco illa difficultas, quomodo probari possit, quæ res ibi fuerint. Nõ enim videtur facile posse: vbi quis scilicet repente deiectus est, neque ad cognitionem earum rerũ testes adhiberi potuerunt; vt res videatur propemodum eo redire, quasi reus de iis reb. nec teneatur. Sed aduersus hanc difficultatem remedium comparatum est, de quo *in l.si quando* ꝫ*.hoc tit.* 13

Tertium † continetur superiore restitutione, positum in iis rebus, quæ non fuerunt tunc, cum quis deiectus est. hi sunt fructus; de quibus *in l.4.hic.* Percepti primum, etiamsi inhoneste percepti sint. *l.ancillarum in fin.ff.de pet.her.* Deinde & qui percipi potuerunt, dummodo honeste. *l.fructus.ff.de rei vin.l.generaliter. ff.de vsur.* In quo si quæritur, vtrum spectari oporteat, a quo fructus percipi potuit, eumne, qui deiecit, an eum, qui deiectus est: certa regula vtimur spectari debere actorem; seu eum fructum, qui percipi ab actore potuerit, *vt est in leg.4.hic.l.si nauis.§. vltim.ff.de rei vindicatio.* 14

Atque hæc vis & potestas est interdicti vnde vi. Sed † *an, qui hoc interdicto tenetur, nulla exceptione & defensione tueri se potest, quo minus ea restituat*, quæ supra diximus? Et placet nulla vti posse. *§.recuperandæ. Inst.de interd* Id esse interpretor, quod dicitur *in l.momentariæ.* ꝫ*.hoc tit.* interdictum vnde vi mox audiri debere, vt illic pluribus exponemus. Quod si verum est, apparet eum, qui vi alium de possessione deiecit, sibi possessionem iure defendere non posse; cum sit aduersus eum interdictum, quo rem sine exceptione retinere cogatur. Quod est æquissimum, tum vt vis prohibeatur, tum vt is, qui malo more deiectus, primo quoque tempore in integrum restituatur. *l.1.§.1.ff.eo.* hinc pendet. *l.3.hoc loco.* 15

*L.Meminerint. VI.*

Imppp. Grat. Valentinia. & Theod. AAA.
Potito P.V.

*Meminerint cuncti siue vulgato rescripto mansuetudinis nostræ siue sententia cuiuslibet iudicis vtantur in caussis conueniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actiones ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuabuntur.*

¶ *Sin autem habito plerũq; colludio, curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione peruadant, vt pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur.*

*tur: his eatenus subuenimus, vt eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: Sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur: Curatores autem vel tutores æterna deportatione punitos, bonorũ quoq; publicatio persequatur. Dat. 9. Aprilis, Antonino & Syagrio Coss. 382.*

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*

2 *Hæc lex quid adiiciat decreto D. Marci, quod exstat in l. exstat. D. quod met. cau.*

*Vulgato rescripto Principis, & sentẽtia iudicis vti, quid sit in principio huius legis: & quid vulgatum rescriptum. ibidem.*

3 *Inde iniuriarum occasionem nasci non debere, vnde iura nascuntur, quam sententiam habeat, & quid in hac lege ad rem pertineat hæc ratio.*

4 *Colludium, collusio quid, & quã in tutorib. ac curatoribus de reb. ad minores pertinentib. coercẽda.*

QVi rem alienam sine vi, sua auctoritate tamen inuaserunt, aduersus eos duæ sunt hoc titulo constitutiones. Vna aduersus eos, qui rem alienam non sibi debitam, possessoribus vacuam, occuparunt: ea est *l. vlt. j.*

1 Altera † aduersus eos, qui rem alienam sibi debitã & a dominis possessam ignorantibus dominis occupant: ea est hoc loco, cuius hæc est sententia. Qui rem sibi debitam sine vi, sua tamen auctoritate non conuentis & consentientibus iis, ad quos ea res pertinet, occupauit, is ius crediti amittit, etiãsi in ea caussa aut rescripto principis vtatur, aut alicuius iudicis sententia. Si tutores aut curatores minorum, rem minorib⁹ debitam eodem modo occuparint, collusione cum aduersariis interposita, vt eo facto minores iure suo exciderent; id factum minoribus non nocebit, tantumque hi hactenus tenebuntur, vt quod inde ad eos peruenerit, restituant. Tutores autem & curatores ita coercentur, non vt ius crediti amittant, quod nullum habuerunt; sed vt propter improbam collusionem in necem minorum instructam deportentur, & simul eorum bona publicentur. Agi hac constitutione de re, quam quis sibi debitam occupauit, intelligimus ex posteriore parte constitutionis, vbi pœna constituitur aduersus tutores & curatores, qui rem minoribus debitam inuaserunt. Nam initium ab extremo non distinguitur rebus occupatis, sed personis occupantiũ. Initio enim agitur de iis, q sibi occupant. In extremo de iis, qui occupant nomine minorum. Pertinere constitutionem ad eos, qui rem occupant sine vi, non conuentis iis ad quos ea res pertinet, illa verba declarant, *conueniendos dom. nos locorum esse,* & quæ sequuntur. Hanc autem pœnam constitui, vt qui ita rem occupauit, ius crediti amittat, illa verba, satis aperte significant, quibus cauetur, *vt qui præceptum huius legis impleri neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuentur.* hæc enim verba plane idem exprimunt.

2 Ergo † initio huius constitutionis confirmatur vetus illud decretum D. Marci, quo ius supra a nobis cõprehensum constitutum est, exstatq; in *l. exstat. ff. quod met. cau.* Neque ideo hæc constitutio otiosa est. Nam duo eadem hac constitutione adiiciuntur: vnum confirmandi illius decreti caussa, alterum augendi. Primum hoc adiicitur, *eum qui, vti supra scriptum est, rem sibi debitam occupauerit, ius crediti amittere, etiamsi in ea caussa ad repetitionem & persecutionem rei suæ vtatur vulgato rescripto principis, atq; adeo alicuius iudicis sententia.* Sensus est; *nihil prodesse ei, si principem de iure suo consuluerit, & rescriptum retulerit, quo princeps respondebat, eum rem sibi debitam recepturũ.* Quod rescriptum hic vulgatum appellatur, quia vulgatum & vsitatum erat litigatoribus principem de iure suo consulere: ac consulentibus reddebantur huiusmodi rescripta: qualia sunt ea, quib. hic totus Codex est refertus. Adde nihil ei prodesse, si cum aduersario egerit & aduersarius sit condemnatus de re debita præstanda, restituendaue. Quorum tamen vtrumque cõtra existimari poterat. Nã is certo iure vti videtur, qui auctoritate principis vtitur, cum principis sit ius constituere. *l. 1. ff. de const. princ.* Ei autem, qui iam aduersarium suum condemnauit, nihil videtur deesse ad iuris sui certitudinem, atque adeo persecutionem. Vtrumque hac cõstitutione remouetur, & merito: quia princeps rescripto suo de iure respondet. relinquitur facti quæstio: cuius disceptatio & exsecutio per iudicẽ trãsigitur. Et cum Princeps rescribit, *rem tibi debitam recipies,* hoc sic accipitur, *recipies eo modo, quo oportet, siue consueto iure recipies.* Est autem vsitata ratio iuris nostri tenẽdi, vt iudicio agatur, vis absit, *d. l. exstat. ff. quod met. cau. l. negantes. s. de obl. & act.* Et quod ad sententiam attinet, etiam post sententiam deest exsecutio rei iudicatæ, quæ non priuatis, sed iudici permittitur; ad quam obtinendam nihil amplius tribuitur litigatori, qui sententiam obtinuit, quam actio iudicati. *l. miles in fin. ff. de re iud.* Hæc est illa actio, per quã in hac constitutione iubentur cõueniri domini rerum, aut dominorum actores procuratoresue. Ceterũ qui litigator contemta iudicati actione sua actoritate aut rem, de qua agitur, occupat, aut pignora capit, aut capta distrahit, is perinde tenetur, quasi nullam sententiam obtinuisset. *d. l. miles. §. qui iudicati. ff. de re iud.*

Cuius † ratio hæc reddita est hac constitutione, 3 quod non debeat iniuriarũ occasio inde nasci, vnde iura nascuntur. Porro ex responsione principis, omnique sententia iudicis iura nascuntur. Sunt enim ista comparata, vt ius quod est de re quaque, declaretur, & constituatur, vt secundum ea ius nostrum nobis obtinere liceat. Non debet igitur ex his nasci iniuria. Est autem genus iniuriæ, id est, eius quod contra ius fiat, vim adhibere, & sibi in sua re ius dicere, *d. leg. exstat. ff. quod met. causs.* Proinde hoc genus vis & iniuriæ ex superiorib. rebus nasci non debet. Hoc igitur primum est, quod hac constitutione adiectum est ad confirmationẽ eius decreti, de quo supra diximus.

Etiã alterum adiectum est, q est in pœna aduersus tutores & curatores constituta, qui rem minorib. debitam colludio habito, vt lex loquitur, occuparunt.

Colludium † collusio est. Colludere is dicitur, qui 4 simulat se aduersarium aliquo facto suo oppugnare, vt sibi vel aliis consulat; reuera autem consilio inito cum aduersariis id agit, vt eos oppugnet, quibus consulere velle videbatur, aduersariis autem maxime cõsulat. *l. si perlusorio. ff. de appel. l. si suspecta. in pr. ff. de inof. test.* Vt in hoc facto tutorum accidit, qui res minorib. debitas inuadẽtes simulant se aliquid aduersariis velle eripere, quod ad minores trãsferant; reuera autem id agunt, vt hoc delicto minores rebus suis cadant, & sic ad veteres possessores transferantur, iisque confirmentur. Hoc genus est delicti, quod hac constitutione coercetur. Est enim in eo singulare improbitatis genus. Primum quod tutores vel curatores minores fidei & tutelæ suæ commissos nefarie produnt. Deinde ad id factum adhibent collusionem cũ aduersariis;

scilicet cum maxime fraudant, id agentes, vt boni viri videantur. Quo genere iniustitiæ nullam esse detestabiliorem præclare a Cicerone scriptum est *lib. 1. Offic.* Ex quo intelligere licet, tutores aut curatores si in re minorum inuadenda nullam talem collusionem adhibuerunt, pœna huius constitutionis non teneri. Et recte: neque enim sola occupatio rei debitæ, vt minoribus cõsulatur facta, deportatione & publicatione bonorum digna est. Argumẽtum est, quod ceteri, qui rem sibi debitam occupant, ista pœna non tenentur. multo minus igitur tenebuntur tutores, qui officio aliquatenus functi sunt, dum volunt minoribus consulere. In hac tamen specie puto eos litem suam facere, & quo modo tenerentur minores, si ipsi occupassent, eodem modo tutores & curatores quasi sibi occupassent, teneri debere, *l. non est ignotum ff. de adm. tut.*

### *L. si quis in tantam. VII.*

Imppp. Valentin. Theod. & Arcad. AAA. ad Messianum Com. rer. priuatarum.

*Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, vt possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii violenter inuaserit: dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori & dominium eiusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem inuasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationẽ earundem rerũ restituere cõpellatur. Dat. 17. Kal. Iun. Treueris Timasio & Promoto Coss. 389.*

SVMMARIA.

1 *Eum qui violenter inuadit possessionem rerum apud alios constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrii, hac lege coerceri: Inuadere quid.*

2 *Violenter quid.*

3 *Possessores qui.*

4 *Res omnes corporales hac lege contineri, etiam mobiles, incorporales non item.*

5 *Arbitrium iudiciale hic accipiẽdum, iussum iudicis, quo sit potestas vbi licet, rẽ manu militari occupãdi.*

6 *Qui rem suam vi inuasit, eum ex hac lege dominiũ non amittere ipso iure sed solum sententia iudicis, a quo id peti oportet, vt iubeat in actorem trãsferri.*

7 *Dominium rei occupatæ hac lege amissum adduci nõ fisco, sed priuato cui res erepta est, aut qui vi deiectus est.*

*Si pœnas omnes pecuniarias, quæ nominatim lege non applicantur fisco. ibidem.*

8 *Qui rem alienam vi inuasit, præter damnum actionis, etiam eum æstimationem subire non possessionis ablatæ, sed ipsius corporis rei.*

9 *Ad dominium aut æstimationem rei petendum, itemque ad possessionem ablatam recuperandam esse ex hac constitutione condictionem ex lege, neque vnius petitione alteram consumi.*

10 *Hac lege non teneri qui dolo carent: patrem filio patronum liberto: magistratum iure officii rem occupantem priuatum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam aufert.*

11 *Etiam fœminas teneri hac lege.*

12 *Iuris errorem aduersus hanc legem nullis prodesse.*

13 *Teneri hac lege etiam eos, quibus rerum suarum alienatio interdicta est.*

14 *Exceptos filiosfamilias, qui de bonis suis aduentitiis quem deiecerint.*

ADVERSIS vim, quæ illata est, præter interdictum *Vnde vi*, etiam priuatam actionem esse diximus ex hac constitutione. In qua expendendum est, quid coerceatur, & quæ sit delicti, de quo agitur, pœna.

Delictum † eiusmodi est, Coercetur, qui inuasit. 1
Inuadere est rem ab alio non traditam auctoritate sua occupare. Itaque hoc verbo remouentur ii, qui possessionis controuersiam tantum nobis faciunt, dum nos re nostra vti libere non sinunt. nihil enim isti occupant. Aduersus hos est interdictum vti possidetis, aut vtrubi, *§. retinendæ. Inst. de interd.* Remouentur & illi, qui vim adhibuerunt; sed vim, nõ qua ipsi rem occuparent; sed qua dominum aut possessorem cogerẽt, vt sibi res traderetur. Tenentur hi actione quod metus caussa, *l. 1. & toto tit. quod met. caus.* Vulgo appellant priorem vim turbatiuam; posteriorem compulsiuã.

Addit constitutio, *qui inuasit violenter*, † Is violen- 2
ter, seu vi inuadit, qui vetere possessore deiecto rem occupat. *l. 1. §. vi possidere D. vnde vi.* Itaque qui ignorante domino aut possessore rem occupauit, hac cõstitutione non tenetur, sed pertinet aut ad *l. meminerint. §. aut ad l. vlt. J. hoc tit.* Quod sic accipiendum est, nisi is, qui ab initio clam occupauit, reuertentem dominum aut veterem possessorem non admittat. Nam hoc facto clam possidere desinit, & incipit vi possidere. *l. clam. in fi. & l. seq. ff. de acq. poss* quod ad hanc constitutionem pertinet.

Ait, *Qui inuasit possessionem.* † Is possessionem in- 5
uadit, qui ipse non possidens rem, quæ ab alio possidetur, occupat. Qui autem possidet, & rem, quæ corpore ab alio detinetur, occupat, is detentionem inuadere dici potest; possessionem non potest; sed magis possessionem, quæ apud se fuit, retinere. Hinc iudicari potest de eo, qui rem a se depositam aut cõmodatam depositario aut commodatario vi eripuit. item de eo locatore, qui aut inquilinum eiecit ex ædibus, aut colonum ex fundo; nempe hos omnes hac cõstitutione non teneri. Nam neque depositarius neque commodatarius, neque colonus, aut inquilinus possident; sed dominus per eos *§. possidere. Inst. de interd.* Hinc quoque intelligi potest, quid iudicandum sit de proprietario, qui fructuarium expulit ex fundo fructuario, & eum frui non patitur. Apparet hunc quoque proprietarium hac constitutione non teneri. Nam fructuarius non possidet, non magis quam superficiarius. Proprietarius est, qui possidet, *§. idem placet. Instit. per quas pers. no. acquir. l. sciendum. §. eum vero. D. qui satisd. cog.* Non obstat, quod fructuario interdictum vnde vi cõpetit, si proprietarius eum frui non patiatur, *l. 3. §. vnde vi. D. eod.* Hoc enim non ideo fit, quia fructuarius deiectus sit de possessione, quam prius habuerit: sed quia aduersarius non patiatur eum vti frui. Et ideo in *d. §. vnde vi.* dicitur interdictum vnde vi necessarium fuisse fructuario, id est, necesse fuisse ei speciatim proponere hoc interdictum. quod non fuisset necesse, si fructuarius possideret, & dici posset de fundo deiectus, quia verbis interdicti satis deiecto consulitur. Nihil etiam ad rem pertinet, quod fructuarius dicitur naturaliter possidere, *l. naturaliter. ff. de acq. poss.* Nam hic naturaliter valet corporaliter: quod significat eum proprie non possidere, sed tenere tantum. In re autem dubia a verbis legis recedi non oportet, *l. 1. §. licit. vers. in reg. iur. ff. de exer. act.* & præsertim cum de pœna agitur. Nam pœnæ legum interpretatione molliendæ potius sunt, quam exasperandæ, *l. interpretatione. ff. de pœn.* Huc pertinet, quod dicitur, odia nõ esse interpretatione adiuuanda,

*l. cum*

*l. cum quidam, D. de lib. & post.* vnde regula iuris Pontificii, *in c. odia. extr. de reg. iur.*

Ait constitutio, *rerum apud alios constitutarum*. Re-
4 rum † dixit generaliter, non distinguens, mobiles essent, an immobiles. Ex quo intellectum est, hac constitutione teneri omnes, qui rem quamlibet inuaserunt etiam mobilem. quod positum est *in §. pen. Inst. de vi bon. rap.* Hinc quæsitum est, *an hac constitutione teneatur, qui possessionem iuris alieni occupauit, puta seruitutis.* Vt si dominus qui iter debet per fundũ suum, prohibeat vi aduersarium eo itinere vti: aut si proprietarius, qui vsumfructum debet, fructuarium e fundo eiiciat, eumque vti frui prohibeat. Et perspicuum est hunc non teneri: non quod non teneretur, si istarum rerum possessionem inuadere posset: sed quod earum rerum nulla est possessio, quam inuadat. De vsufructuario iam supra dixi. De eo, qui prohibetur itinere sibi constituto vti, palam est huius iuris possessionem non inuadi, quia res incorporales non possidentur, nisi abusiue, *l. seruus, §. incorporales, D. de acq. rer. do.* Deinde dominus, qui vsum huius iuris prohibet, nihil possidere intelligitur, eoq; nullius rei possessionem sibi inuadere. Is enim inuadit possessionem, qui occupatam sibi tenet. Postremo etsi inuaderet possessionem itineris, non tamen inuadit possessionem rei apud alium constitutæ. Qui enim iter per fundum debet, is nihilominus fundum apud se constitutum habet.

Addit cõstitutio: *ante aduentum iudicialis arbitrii.*
5 Hic † arbitrium iudicis accipere debemus, nõ quamuis sententiam iudicis de re controuersa, non quemuis eius iussum; sed arbitrium & iussum de re, de qua in hac constitutione agitur, id est arbitrium, quo iudex pro potestate iudicis potestatem facit rei, de qua controuersia est, vi occupandæ. Pro potestate autem iudicis facere intelligitur, cũ in rei vindicatione possessor rem restituere iussus iudici non paret. Nam si reus rem possideat, licet iudici manu militari rẽ trãsferre, *l. qui restituere, D. de rei vind.* Hinc colligimus, si quis ante arbitrium & sententiam iudicis de re controuersa restituenda, rem sua auctoritate occupet, citra controuersiam hac cõstitutione teneri. Idem esse probandum est, etsi iam quis obtinuerit sententiam & arbitrium iudicis, quo aduersarius iubetur rem restituere. Nam hæc sententia actorem non excusat, si sua auctoritate rem, de qua agitur, occuparit, *vt dixi, ad l. meminerint supr.* Sed etsi magistratus iusserit rem alienam occupari, si id fecit caussa non cognita, denique non pro officio & iure magistratus: hæc sententia & arbitrium neque magistratui patrocinatur, neque inuadenti, qui iniusto arbitrio vtitur, *arg. l. 3. D. quod met. caus. l. nec magistratibus. D. de iniur.* Idque consentaneum est verbis huius constitutionis, quæ arbitrium exigit: sed iudiciale, id est, conueniens iudici. Summa est hæc: qui rem, quæ ab alio possidetur, vel [illegible]pit mobilem, vel immobilem occupat vetere possessore deiecto, si id auctoritate legitima magistratus non facit, hac constitutione tenetur.

Habemus delictum, quod coercetur, & eum, qui coercetur. Pœna constitutionis hæc est. Primum qui rem inuasit, sine exceptione rem restituere cogitur: quod est cum interdicto vnde vi commune. Deinde, quod est proprium huius constitutionis, si dominus fuit, iubetur dominium amittere. Quo loco duo quæsita sunt.

6 Primum, † *an qui inuasit, dominium iure ipso amittat, an per iudicem dumtaxat, iudice de eo sententiam ferente.* Verius est, idque vulgo placet, solum per iudicem, nõ ea ratione, quæ illis redditur: quia constitutio ita scripta sit, vt dicat, amittat in futurum: non autem amitit, aut amisit (quod certe eius sententiæ non idoneum argumentum est: cum ideo constitutioni necesse fuerit vti verbo futuri temporis, quia constitutio in admissum futurum cõcipiebatur, vt de eo etiam necesse fuerit pœnam futuram constituere) sed potius hoc argumento, quod constitutio eodem loco iubet eum qui rem inuasit, simul & rem restituere & dominium rei amittere. Hæc enim cum vna oratione in vnam personam coniuncta sint: quod in altero membro intelligitur, necesse est etiam in altero intelligi. *arg. in l. 4. §. 1. D. de vulg. & pup. subst.* At cum iubemur rem restituere, intelligimus per iudicẽ. vis namque prohibetur. *l. exstat. D. quod met. caus.* Ergo & cum eodem cõtextu iubemur dominium amittere, hic quoque per iudicem intelligere debemus. Quo admisso, consequens est, nisi a iudice petitum sit, vt qui rem inuasit, dominium transferat, iudicem de eo statuere nihil posse. *l. vlt. supr. de fidei. lib.* proinde etiam dominium apud inuasorem manere.

Illud notandum, inuasorem dominium sic amittere, si dominium ad eum, cui res ablata est, transire possit. Quod si Iudæo mancipium Christianum ereptum sit, ideo qui inuasit, dominiũ nõ amittet Christiani mancipii, quia ad Iudæum transferri non potest. *l. 1. supr. ne Iud. Christ. mancip.* Sed pro domino reus, qui eripuit mancipium, æstimationem præstabit ex constitutione, quæ alterutrum præstare iubet.

Quod tamen apparet ita recte dici, siquidem dominum ad eum redire debet, cui res erepta est. Hinc
quæsitum † secundo loco, *id dominum cui adiici de-* 7
*beat, vtrum fisco, an priuato, cui erepta res est, aut qui deiectus est?* Dicendum est priuato, ad quod confirmandum recte adhibetur *l. vlt. D. de litig. l. pen. supr. de legi.* Et generaliter definiemus, cum aduersus delictum pœna pecuniaria infligitur, neq; nominatim applicatur fisco, toties pœnam priuato tribui in solatium iniuriæ & damni, quod passus est, *d. l. vlt. D. de litig.* Quod satis probatur argumento earum pœnarum, quæ constituuntur aduersus raptores, fures, & qui vim intulerunt. quæ omnes certo iure iis, qui vim & furtum passi sunt, præstantur.

Quod si is, † qui rem inuasit, dominus non sit, iu- 8
betur æstimationem ipsius rei possessori præstare, vel vt sunt verba constitutionis, æstimationem ipsarum rerum. Quæ verba diligenter expendenda sunt, vt intelligamus non hic præstari æstimationem possessionis, quæ possessori ablata est, vt scilicet æstimetur, quanti interfit eius ipsum possedisse, sed æstimationem ipsius corporis, etiamsi is, a quo res occupata est, nullo modo dominus fuerit, sed prędo. Hoc contra fit in interdicto vti possidetis aduersus eum, qui alienam possessionem turbauit, *l. pen. in fin. D. vti poss.* item in actione quod metus caussa aduersus eũ, qui vim fecit, vt sibi possessio fundi traderetur, *l. si mulier. §. qui possessionem. D. quod met. caus.* Sed hoc ius nouum est, quod vt in maiore delicto pœnam grauiorem constituit. Pœnam supra scriptam actione consequimur.

Et † cum hic noua obligatio constituatur, neque 9
cautum sit, qua actione experiamur, constat ex lege agendum, seu in eam rem conductionem esse ex lege, *l. vnica, de condict. ex leg.* Hæc possessori, cui pos-

sessio ablata est, datur his verbis, *restituat possessori*. Datur & recuperandæ possessionis nomine, & pœnæ, quam diximus, persequendæ: proinde duarum rerum diuersarum caussa. Ex quo intelligitur, vnius rei condictione alterius condictionem non consumi, *l. si pro fure, §. 1. D. de cond. fur.* Itaque qui prius de possessione egit solum, non prohibebitur postea petere, vt dominium in se transferatur, aut sibi æstimatio rei præstetur. Quinetiam si is, cui possessio ablata est, vltro possessionem receperit sine iudice, nō prohibebitur tamen pœnam postea persequi, quia qui delicto suo in pœnam postea incidit, is vt pœnitentia sua non mutat delictum, sic nec teneri desinit, *l. qui ea mente. D. de fur.*

Etsi autem constitutio hæc generaliter scripta est aduersus omnem, qui vi possessionem inuasit: sunt tamen quatuor ordines eorum, quos putamus hac lege non teneri.

10 Primum † non tenentur omnes, qui intellectu & dolo carent, quo in numero sunt furiosus, *l. Diuus. D. de off. præs.* item infans, & qui infantiæ proximus est, *§. in summa. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Secundo loco non tenentur parens filio, patronus liberto. Nam hi certo iure non tenentur liberis aut libertis vlla actione, quæ iniuriæ, aut doli, aut vis habeat mentionem, propter honorem natura his debitum, *l. parens. & 2. seqq. D. de obseq. par. & pat. præst.* Nec ad rem pertinet, quod hæc constitutio neminem excipit. hæc enim regula nobis tenenda est in omni interpretatione legum, quoties vna aliqua lex de toto genere in vniuersum scripta est & alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari *l. in toto iure, D. de reg. iur.* id est, speciem generali constitutione non contineri. Hæc constitutio est de omnib. inuadentibus: species inuasorum sunt, pater, patronus. Proinde si quid de his proprii iuris constitutum est, ad generalem constitutionem non pertinet. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod hæc constitutio generalis posterior est illo iure de parentibus & patronis constituto. Nam & hoc in iure est, posteriores leges ad priores referri, si contrariæ nō sint, *l. sed & posteriores. D. de legi.* Proinde priores sic accipi debere, quasi posteriores de prioribus cogitassent, easque confirmassent, aut quasi priores postea essent secutæ. Tertio loco ad hanc constitutionem non pertinent magistratus, qui iure officii, quo funguntur, possessionem a reo occupant, & in actorem transferunt. Hoc enim iure fit, & quod fit iure, pœnam non meretur, *leg. 3. D. quod met. caus. l. nec magistratibus. D. de iniur. l. Gracchus. infr. ad leg. Iul. de adult.* Eadem in caussa priuatos haberi oportet, qui auctoritate iudicis possessionē occuparunt: quod ipsum verbis huius constitutionis effici videtur. Postremo recte vulgo putant, non teneri pœna huius legis eum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam abstulit, *argumēto l. ait prætor. §. si debitorem. D. quæ in fraud. cred.* Quod & ipsum ex sententia huius legis satis colligitur, cum aduentum arbitrii iudicis exspectari iubet. Hinc enim intelligitur constitutionem ad eas caussas non pertinere, in quibus permittitur sine iudice se defendere. Licet autem toties, quoties post vulnus acceptum non licet remedium adhibere, *l. 1. supr. quan. lic. si iud. se def.*

His exceptis, sic statuemus de omnibus, de quib. hoc loco quæsitum est: quicunque rem vi inuaserint, quę ab alio possidetur: omnes in hanc cōstitutionem incidere sine exceptione sexus, ætatis, cōditionis, beneficii a lege tributi. De quibusdā tamen dubitatum est. Primum † de fœmina; quoniā constitutio ita scripta est *si quis, nō si qua.* Sed res hæc decisa est iure certo *in l. hoc verbum si quis. 1. l. pronuntiatio. in pr. D. de verb. sign.* nempe in omnibus legibus hoc verbum, *si quis*, tam fœminas, quam masculos cōtinere. quod vel maxime admittēdum est in hac lege ex legis sententia. Nam hic non est constitutio in odium sexus virilis; sed ad delictum coercendum lata. Hoc delictum maius in fœmina inuadente, quam in masculo; quia illa inuadens, præterquā quod delinquit, quod sit illi cum aliis inuasoribus commune, etiam facit contra modestiam & pudicitiam sexui congruentem. Magis igitur ex sententia legislatoris delictum in ea coercendum. 11

Deinde dubitatū est † de iis personis, quibus permittitur in iure errare, in quo genere sunt minores, 12
fœminæ, milites, item rustici. *l. regula. D. de iur. & fac. ignor. l. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Nam hoc iure posito licere supra scriptis personis hoc ius & cetera ignorare, effici videtur, eas si quid aduersus hāc constitutionem commiserint, non teneri. Sed sciendum est, nullorum delictis iuris errorē patrocinari, si quid in faciendo deliquerint, non negligendo, quod indicatur *in d. l. regula, in pr. de iur. & fac. ignor.*

Postremo † dubitatum est de iis, quibus prohibi- 13
tum est, res suas alienare, quo in numero sunt minores 25. annis, *l. 1. D. de reb. eor. l. lex quæ. supr. de adm. tut.* item prodigus, cui bonis interdictum est, *l. 1. D. de cur. fur. l. is cui bonis. D. de verb. ob.* item filiusfamilias in bonis aduectitiis *l. vlt. §. filiis. supr. de bon. quæ lib.* Ac de his dubitandi caussa ex eo, quod hac constitutione, qui rem inuasit, dominium suæ rei amittit, & alienat, aut etiam æstimationem rei de suo præstat. quod isti superioribus legib facere prohibentur Sed recte sentiūt, qui existimant istos omnes hac constitutione teneri, si rē inuaserint. Neq; impedimur iis legibus, quæ istis personis alienationem rerū interdicunt. Interdicitur enim alienatio voluntaria, non etiā necessaria. *l. 1. D. de fun. dot. l. alienationes. D. fam. erc.* Ea aūt de qua hic agit. necessaria est. Primo enim liberum fuit non inuadere. Postquam inuaseris. hæc necessitas lege imponitur, vt alienes. sed & illud iure imponitur, vt delictū coerceatur. Non incōmode etiam in istis personis respondeatur hoc modo: plane superioribus legib. prohiberi istas personas, ne alienent. Nunc aūt ex hac constitutione eas non alienare, sed legē. pro qua sententia facit, ꝙ dicitur *in l. 1. D. de auct. tut.* in iis, quæ fiūt, spectari debere, quod principaliter fit, non quod per consequentiā. Principaliter hic delinquitur: per consequentiā fit, vt res alienetur. Itaque & de prodigo hoc ius probandum est, qui minoribus curatorem habentibus comparatur. *l. si curatorē, supr. de in integ. rest. min.* Obiiciet tamen fortasse aliquis, quod est de prodigo *in l. hi qui. §. 1. D. de tut. & cur. dat.* prodigum furioso comparari in bonorum alienatione. Sed hoc dictum est de prodigo, cum volens alienat, non cum inuitus facit. Et sane in proposito, cum prodigus rem inuadit, non hoc animo est, vt rem alienet, sed vt sibi acquirat.

Recte † tamen iudicare mihi videtur Bartolus, 14
qui putat, ad hanc regulam non pertinere filiosfamilias, qui possessorem de bonis suis aduentitiis deiecerunt, aut rem alicui eripuerunt: deniq, eos bonorum suorū aduentitiorum dominium non ideo amittere, hac ra-

hac ratione: quia quod interdicitur illis, ne alienent aduentitia, non magis ipsorum caussa constituitur, quam parentum, ad quos filiis mortuis peculium aduentitium pleno iure redit. Neque vero delictum filii ipsis nocere, & rem eis in aliquem casum destinatam illis auferre debet, in quam sententiam ille recte vti videtur *arg. l. sed si alia. D. de bon. dam. l. Statius. §. vlt. D. de iur. fisc.*

*Ad L. 8. Momentariæ.*

Impp. Arcad. & Honor. AA. Pasiphilo.

*Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel priuatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur, Da. 6. Id. Iu. Mediolani, Olybrio & Probino Coss. 395.*

SVMMARIA.

1 *Momentariam possessionem recte dici omnem, quæ obtinetur ex quouis interdicto: & cur ita dicta.*
2 *Momentariæ possessionis interdictum in hac lege non aliud dici, quam interdictum vnde vi.*
3 *Interdictum vnde vi cur per excellentiã dictum interdictum momentariæ possessionis.*
4 *Mox restituendum, qui deiectus est, id est statim, & sine exceptione.*
5 *Aliud interdictum fuisse olim de vi publica, quæ fit hominibus coactis & armatis: aliud de vi priuata & quotidiana, quæ fit sine armis, differentiam hac lege maxime sublatam.*
6 *Interdictũ vnde vi non semper ad vim publicã pertinere, vel priuatã, quam hic significationem habeat.*
7 *In interdicto vnde vi vim obiicientem, in crimen se inscribere ad pœnam talionis non cogi.*
8 *Deiecto interdictum esse etiam ei, qui prius aduersarium deiecisset, neque hic locum habere, quod dicitur paria delicta mutua compensatione tolli.*

MOmentariæ possessionis interdictum, quod hic appellatur, sunt qui interpretẽtur omne interdictum: non tantum recuperandæ possessionis, *Vnde vi*, sed etiam adipiscendæ & retinendæ, vt sit sententia: *Omne interdictum, siue sit adipiscendæ, siue recuperandæ, siue retinendæ possessionis, mox transigi debere.*
1 Et certe † in omnibus interdictis de possessione momẽtaria agi videtur, quia omni interdicto ea possessio obtinetur, quæ apud victorem momento manet: nempe eo vsq; donec iudicio petitorio de proprietate agatur, quo vti non prohibetur is, qui de possessione victus est, *l. vn. §. si de mom. poss. fuer. appel.*
2 Sed † multa sunt, quæ hanc interpretationem repudient. Primum rescripti verba. Dicitur enim hic *interdictum*, non *interdicta*, vt species vna certa notetur. Additur momentariæ possessionis: quo significatur, esse quædam interdicta non momentariæ possessionis, vt si quis diceret, *interdictum recuperãdæ possessionis, aut actionem rei persequendæ caussa:* intelligeremus ideo dici, quia esset aliquod interdictum non recuperandæ possessionis, actio aliqua non rei persequendæ caussa. Deniq; si hic omnia interdicta intelligebantur, ita scribi oportuit: *Interdictum omne, quod non semper ad vim pertinet, mox audiri meretur.* Iam vero in ea constitutione, vnde hoc fragmentum sumtum est, quæ extat in Codice Theodosiano, *libr. 2. tit. 1. l. 8.* interdictum momentariæ possessionis intelligitur tantum interdictum *Vnde vi.* Consulebantur enim Imperatores a Pasiphilo, cuius erat iurisdictio de caussis criminalibus, an de caussis priuatis & pecuniariis cognoscere interpellatus posset & deberet, si in his aliqua species criminis versaretur, & ob id quærebatur an momẽtariæ etiam possessionis interdictũ proponi apud eum posset, ita vt mox audiri mereretur. Quæ quæstio interdictis adipiscendę & retinendæ possessionis conuenire non potest, in quibus crimen non versatur. Postremo huius ipsius loci sentẽtia repugnat, quo minus de interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis interpretemur. Nam quod dicitur, interdictum momentarię possessionis mereri audiri, interdum etiam sine inscriptione, nullo modo potest his interdictis conuenire, in quibus nullum crimen est. Proinde nulla accusatio: ob eamdemque caussam nulla inscriptio in crimen. stulte enim constitueretur id, de quo dubitari non potest, *l. Domitius, D. qui test. fac. poss.* Absurde etiam constitueretur interdum ista audiri debere sine inscriptione, quasi aliquando cum inscriptione audiri deberet: quod falsum est. Vbi enim nulla accusatio est, illic inscriptionem locum habere non posse constat. *l. vlt. infr. de accus.*

Ex his apparet momentariæ possessionis interdictum hic intelligendum esse interdictum *Vnde vi*, in quo crimen vis versatur.

Sed † cur hoc præcipue dictum momẽtariæ possessionis, cum & ex ceteris quæcunque possessio est, ea sit momentaria, vt qua constituta, nihilominus integra proprietatis caussa seruetur, *vt est in l. vnica. §. si de mom. poss. fue. app.* Eo fit, quia in ceteris interdictis solum tunc proprie possessio est momentaria, cum ex his iam obtinetur: quæ autem adhuc in petitione est & persecutione interdicti, non item. In interdicto autem *Vnde vi*, vtroque tempore recte dicitur momentaria, & quo iam recepta est, quod est cum ceteris interdictis cõmune, & quo de ea adhuc controuersia est ex interdicto: quia momẽto & summatim res transigitur. Nã in ceteris interdictis reo competunt suæ exceptiones aduersus interdictum, vt, in interdicto *Vti possidetis*, hæc exceptio est aduersus eum, qui agit: Nisi ille a reo vi, clam, aut precario possideat, *l. 1. §. vlt. D. vti poss.* In interdicto, Quod legatorum est hæc exceptio, Nisi legatarius satisdederit, *l. 1. §. pen. D. quod leg.* Idemque in aliis interdictis similibus licet obseruare. In interdicto aũt *Vnde vi*, qui deiectus est, sine exceptione restitui debet. Hinc vere & præcipue interdictum momentariæ possessionis. 3

De hoc interdicto duo hic constituũtur. Primum hoc interdictũ † audiri mox debere. Mox valet confestim & sine mora. Id sic interpretamur, *sine vlla exceptione*, vt scilicet qui deiecit, statim restituere debeat eum, qui deiectus est in eum locum, vnde deiecit: quamuis hic prius illum vi deiecisset, aut clam ab illo, vel precario possideret. Hæc sententia iuris posita est *in §. recuperandæ, Inst. de interd.* Conuenit etiam verbis huius loci. Proinde quin huic loco recte a nobis aptetur, dubitari non potest. Sed hic quæret aliquis, si interdictũ *Vnde vi*, iam olim fuit momentariæ possessionis & id ita interpretamur, fuisse eius possessionis, de qua statim & sine exceptione cognosci potuerit, quid opus fuerit hac constitutione. Et ex iure antiquo id facile intelligi poterit. 4

Sciendum † est olim aliam fuisse caussam, si quis alium deiecisset vi publica, id est, hominibus coactis & armatis: aliã si vi priuata, id est, sine armis, quæ etiam vis quotidiana dicebatur, quia & inferret a priuatis, & morib. inferri soleret, *teste Cicerone in orat. pro Cæcin.* Si quis vim publicã fecisset, huic nulla erat 5

exceptio aduersus interdictum, quin eum, quem deiecerat, eo vnde deiecerat, restitueret sine vlla exceptione. Ei autem, qui vim priuatam & sine armis fecisset, competebat hæc exceptio, nisi is qui deiectus est, a reo vi aut clam, aut precario possideret, *vt Cicero in eadem oratione docet*: quod & ab aliis eruditis viris annotatum est, *vt Duareno lib. 1. Disp. c. 20. Eguin. Barone ad initium huius tit. D.* Hoc ius ita valuit temporibus Ciceronis, vt peruenerit etiam ad tempora Vlpiani & Pauli quod hæc fragmenta probant, de vi publica, *l. sed si vi armata. D. de vi. & vi ar.* de vi priuata & sine armis, *l. 1. §. qui a me, & l. cum fundum, illic, non enim ab ipso. D. eo.* Postea hoc ius immutatum est, & obtinuit, vt etiam qui sine armis alium deiecisset, eum qui deiectus est, sine exceptione restitueret, quamuis ab aduersario prius deiectus esset, aut aduersarius prius clam ab ipso, aut precario possideret. Hoc ius primum cōstitutum videtur a Constantino *in l. si quis. infr. ad l. Iul. de vi. publ.* vbi hæc verba sunt: *si quis vim possidenti intulerit, vt ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta de crimine quæratur.* Sed tamen restabat adhuc hæc dubitatio, an ea constitutio generaliter scripta ad vim priuatam pertineret. Hæc dubitatio hac constitutione sublata est. qua cauetur interdictum *Vnde vi* mox audiri debere, non tantum, si ad vim publicam pertineat, sed etiam si ad priuatam.

6 Id enim † significant illa verba: *interdictum quod non semper ad vim publicam pertinet, vel priuatam.* Est enim hic sensus: interdictum quod non semper ad vim armatam pertinet, aut semper ad priuatam, sed interdum ad publicam, interdum ad priuatam, mox audiri meretur: vt scilicet sine vlla exceptione ad vtramque vim pertineat, siue de hac, siue de illa agatur. Ex quo iam dubitari non oportet, quin quod *in §. recuperandæ, Inst. de interd.* generaliter secundū verba scriptum est, eum qui deiectus est, sine exceptione restitui debere eo, vnde deiectus est: id etiam re & sententia generaliter accipi debeat ex hoc loco de vi vtraque.

7 Alterum † adiicitur hac constitutione: hoc idem interdictum etiam sine inscriptione interdum audiri debere. Interdum dicunt Imperatores, quia si is, qui interdicto agit de re pecuniaria & sua, idē criminaliter agat de vi: eum ex forma vsitata iuris se in crimen inscribere oportet. de quo iure est *in l. vlt. C. de accu. l. libellorum l. si cui crimen. D. de accu.* Quod si qui interdicto experitur, idem criminaliter non agat de vi: quantumuis interdicto vim obiiciat aduersario, tamen se in id crimen inscribere ad pœnam talionis subeundam non cogitur: quoniam ciuiliter agitur, non criminaliter, *vt patet ex suprascriptis locis.*

8 Illud monendi sumus, † quod supra dictum est, *si a te sim deiectus, deinde ego te deiiciam ex interuallo, me tibi teneri interdicto Vnde vi,* sine vlla exceptione, quāuis a me vi possideas: id non eo pertinere, vt tu mihi vim impune feceris. Nam & mihi interdictum *Vnde vi* aduersus te competit, quo possessionem mihi restituere cogeris. Vnde quæsitum est, videaturne id contrarium ei sentētiæ iuris, qua placet paria delicta mutua compēsatione tolli: vt qui illa inuicem admiserunt, neuter aduersus alterū eo nomine actionem habeat. *l. si duo, D. de dol. l. viro. D. sol. mat.* Respondeo, nihil hanc sententiam aduersari, nec ad hoc interdictum, de quo agimus, pertinere. Tunc enim verum est paria delicta mutua compensatione tolli, cum licet vtrinque ea delicta obiicere, vt sic in iudicio audiantur. At in interdicto *Vnde vi*, tātum quæritur de vi eius, qui deiecit, non autem de vi eius qui deiectus est: quoniam illi vim obiicere ad defensionem non licet: quo fit, vt mutua vis accusatio in hoc iudicium incidere non possit.

*Ad L. 9. Si quando.*

Imp. Zeno A. Sebastiano præfecto prætorio.

*Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel inuasis, vel damno dato tempore impetus quæstio proponatur: si nō potuerit, qui vim sustinuit, quæ perdidit, singula comprobare: taxatione a iudice facta pro personarum, atque negotii qualitate, sacramento æstimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei vltra taxationem a iudice factam iurare: & quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratū iudicem condemnare oportet. Dat. 7 id. Decemb. Constantinop. post consulat. Basil. II. & Armatii V. C. 476.*

SVMMARIA.

1 *Deiecto iuranti, quas res & cuius æstimationis habuerit in eo loco, vnde deiectus est, fidem hac lege haberi, & huius iuris æquitas.*

2 *Taxare iurisiurandi quantitatem iudici licere, idq; faciendum pro personarum & negotii qualitate & horum vtrumque quid sit.*

QVi dicit sibi res in eo loco fuisse, vnde deiectus est, & sibi eas periisse, secundū regulas iuris probare debet, ac nisi probat, reus absoluendus est. *leg. 2. D. de prob. l. qui accusare. supr. de eden.* Porro idonea & legitima probatio ad id docendum est in testibus. non est idonea, si is qui dicit, iuret ita esse aduersario non deferente *l. 3. in pr. D de iureiur.* Veruntamē hoc genus probationis necessitas duab. in caussis admisit. Vna est, cum actor probauit rem sibi debitā fuisse, eaque culpa debitoris periit. Nam tunc rei eius æstimatio, quæ ab actore iam facile probari non potest, eius iureiurando cōmittitur, ne debitoris mora & culpa ei fraudi sit *l in action. §. plane, D. de in lit. iur.*

Altera caussa est, † cum quis vim fecit in ædes aut fundum alienum, & dicuntur in eo loco res mobiles fuisse, quæ perierint, de quibus is, qui deiectus est, dicat se probare non posse, quæ & cuius æstimationis fuerint. De hac specie est hæc constitutio: qua cauetur, vt actori de quantitate & æstimatione earum rerum iuranti fides habeatur. Quod æquissime constitutum est. Quod enim generaliter traditur, neminem in sua caussa iudicem aut testem fieri debere, idque iniquum esse, *l. vn. C. ne quis in sua cau. iud. l. Iul. ait. D. de iud. l. nullus. D. de test.* ita verum est, nisi culpa & vitio aduersarii necesse sit rem actoris iuriiurando committi. Quod in hac specie accidit. necesse est enim id ita fieri, si volumus actorem ius suum consequi quod aduersus vim quouis modo constitui æquissimū est. Primum, quia ipsa per se maleficia impunita esse nō debent, *l. ita vulneratus, D. ad l. Aquil.* Deinde, quia ita statui tunc fit æquius, cum periculum est, ne quis impune vim aut damnum patiatur, *l. si longius. §. 1. D. de iud.* Ergo, vt supra proposui, in his caussis hoc iusiurandum ad probationem necessitas induxit, sine qua iniquissimum est cuiquam in re sua quamuis iurato fidem haberi. Adiicitur hac lege, quod actor de æstimatione earum rerum iurauerit, id iudicem sequi oportere.

Sed quoniam † fieri potest, vt in immensum iuret, 2
adiicitur eadem lege recte facturum iudicem, si cum audierit, quid actor dicat de illis reb. quas sibi periisse dicit

se dicit, priusquam iusiurandum illi deferat, taxet iusiurandi quãtitatem, seu modum statuat, quem iureiurando non liceat excedere, ne in infinitũ iuretur, quod iudici sequi postea necesse esset. Hæc eadem de necessitate sequẽdi iurisiurãdi, & de taxatione initio adhibenda, ex iure vetere sunt, traduntur que explicati⁹ in *l. videamus. §. iurare, & §. seq. D. de in lit. iur.* quorum de vtroque ad eum locum scripsimus. Adiicitur his, *iudicem æstimationem taxaturum pro personarum & negotii qualitate.* Quod sic interpretandum est, vt si pauper sit, & dicat *sibi supellectilẽ aureã & pretiosam ibi fuisse:* vel si locus angustus sit, & dicat, *plura ibi fuisse, quam locus videbatur posse capere*, non audiatur.

*Ad L. 10. Non abs re.*

Imper. Zeno A Sebastiano præfecto prætorio.

*Non abs re est, quemadmodum possessionis alienæ inuasores, tam vetus quam præsens sacra constitutio censi esse puniendos: ita nec conductoribus, & possessionis alienæ detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: & non pretinus, id est, non exspectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta suæ iniquitatis impudentia, si cognitionis iudiciariæ euentu fuerint cõdemnati: rei cuius possessionem sponte restituere vsque ad definitiuam sententiam minime passi sunt, æstimationem victrici parti vna cum ipsa re præbere compelli. Datum V. Cal. April. Constant. Theodorico & Venantio Coss. 484.*

SVMMARIA.

1 *Sententia huius legis.*
2 *Generalem hanc constitutionem esse pertinẽtem non ad conductores tantum, & precario possidentes, sed ad depositarios, commodatarios, & omnes alienæ possessionis detentores.*
3 *Constitutio hæc solum vtilis in rebus soli.*
4 *Rei acceptæ recusandæ interdum iustas caussas esse, ex his recusantem reddere pœna huius legis nõ teneri.*
*L. si quis conductionis. C. de loc. & con. exposita. ibid.*
5 *Qui rem iudicato denegatam ante sententiam restituit, ad hanc legem non pertinere.*
6 *Qui res suas repetunt ab iniustis detentoribus, recte petere vna cum re etiam rei æstimationem, & iudicem ita condemnare reum posse & debere, etsi æstimatio debeatur sub conditione, si reus rem ante sententiam non restituerit.*

1 QVi rem † ab alio acceptam eius nomine possident, quales sunt conductores, & qui rem precario acceperunt, hi quamuis reposcenti rem non reddant, ac propterea inuito eo, a quo acceperunt, detineant, non tamen dici possunt rẽ inuasisse, quam ab initio volente domino acceperunt, & quem postea aditu ædium aut fundi locati non prohibuerunt, eo etiam in pœnam, *l. si quis in tantam*, non incidunt. Placuit tamen hac constitutione eos eadem pœna afficiendos esse, si modo hæc concurrant: vt & sine iusta caussa recusent rem restituere iis, a quibus acceperunt, & præterea iudicio conuenti in ea recusatione perseuerent vsque ad sententiam definitiuam, id est, eo vsque, donec sententia iudicis de restituenda condemnentur. Hanc autem improbæ recusationis pœnam ferunt, vt vna cum re etiam æstimationem rei reddere compellantur. Quæ plane pœna est aduersus inuasores rei alienæ constituta in *dict. leg. si quis in tantam.* Vnde facile intelligitur, veterem constitutionem, quæ in principio huius legis nominatur & confirmatur, esse illam ipsam *leg. si quis in tantam.*

Obseruandum † est, hanc pœnam constitui nominatim aduersus conductores, & eos, qui precario acceperũt, *vt & in l. conductores, s. de loc. & cond.* Quid si erit is, qui rem commodatam aut depositam acceperit, quã eadem improbitate recuset reddere? Dicemus & hunc hac constitutione teneri, & omnes omnino, qui sunt in possessione alienæ rei, quã a possessore acceperint. Etsi enim cõductores & qui precario acceperunt, specialiter nominantur, tamen exempli caussa id fit. Nã alioqui generalis constitutio est in illis verbis, quæ sunt in principio, *ita nec conductoribus, & possessionis alienæ detentoribus.* Sed ideo & de depositario & de commodatario nihil his constitutionibus exprimitur: quia si quis rem mobilem sibi commodatam, aut apud se depositam reposcenti etiam extra iudicium non reddit, eius rei furtum facit, *l. si sacculum. D. deposit. l. 3. supr. depos. §. placuit. Instit. de obl. quæ ex del.* Et ita statim in duplicem pœnam incidit, vt merito neque litis contestatio, neque alia sententia sit exspectanda ad hanc pœnam persequendam, neque minor pœna desideranda, vbi maior suppetit. 2

Quamobrem † hæc constitutio solum vtilis est in rebus soli: quarum contrectatione furtum nõ committitur *§. quod autem, Instit. de vsuc.* Idcirco præcipue de conductoribus rerum soli & de iis, qui precario eas detinent, hic exempla posita sunt. 3

Pœna cõstitutionis habet duas has conditiones. Vna est, si qs reposcenti reddere rẽ recuset sine iusta caussa. Quod eo additum est, † quia iustæ & probabiles caussæ esse possunt recusandi, *l. colonos. in fi. D. eo. l. si quis rem. in fi. D. de acq. poss.* Cuius generis est, si is qui conduxit aut precario accepit, dicat se eius rei dominum esse. Nam neque precarium, neque conductio rei nostræ consistit, vt proinde qui dominus est, neque precario, neque ex locato teneatur, *leg. neque pignus. D. de reg. iur. l. qui rem, D. dep. l. qui rem, supr. de loc. & cond.* Non obstat, quod *in l. si quis conductionis, supr. de loc. & cond.* dicitur, si quis conductionis titulo rem acceperit, eum prius debere possessionem restituere, & tunc de proprietate litigare. Hoc enim ita interpretandum est, si de possessione agatur, quod fit ex interdicto, aut actione ex caussa interdicti. *§. retinendæ §. possidere. Inst. de interd.* Tunc enim prius de possessione lis dicẽda est, deinde quærendum de proprietate. Diuersum est, si ex locato agatur ad rem conductam recipiendam. Nam hac actione dominus non tenetur certo iure, *d. l. qui rem, D. dep.* Tales sunt caussæ conductoribus, si nondum finito tempore conductionis res repetatur, dum illi mercedem soluerint, *l. 3. supr. de loc. & cond.* Item, si quas illi impensas vtiles in rem conductam fecerint, quo nomine non tantum retentione vti possunt, sed & vltro actionem ex conducto habent, *l. dominus, §. 1. l. penul. in prin. D. loc.* Altera † conditio adiicitur, si supra scriptæ personæ in ea recusatione vsq; ad sententiam perseuerauerint. Vnde intelligimus, si pœnitentia acta rem ante sententiam restituerint, eos pœna huius legis non teneri. Itaque hic pœnam non 4 5

inficiationi & cõtrectationi alienæ constitutam esse, sed improbæ & contumaci recusationi.

Quod de pœna scriptũ est in fine legis, conductores scilicet suprascriptos vna cum re etiã rei æstimationem præstare compelli, puto hanc sentẽtiam habere ex perpetuo iudiciorum more, vt compelli debeant sententia iudicis, qui & ad rei æstimationem, & ad rei restitutionem condemnabit.

6 Quo † loco quæsitum est, *vtrum eodem iudicio & eadem sententia iudicis id fieri possit, an vero condemnato conductore ad rei restitutionem, nouo iudicio & noua petitione sit opus ad rei æstimationẽ consequendã*? Quin nouo iudicio æstimatio peti possit, si forte priore iudicio reus in rem cõdemnatus non sit, dubitare non debemus. Nam cum sit hac constitutione noua obligatio de æstimatione cõstituta, intelligimus etiam petitionem, nempe condictionem ex lege, de ea esse constitutam, *l. vnic. D. de cond. ex leg.* Quocirca & ea separatim vti possumus. cumque sint duarum rerum petitiones, vna rei altera æstimationis, nunquam vna alteram consumit, *l. si pro fure. §. 1. de cond. fur.* Sed hoc dubitatur, quod dixi, apud quem de rei restitutione agitur, possitne is eadem sententia reum & de restituenda re condemnare, & præterea in eius rei æstimationem. Verba huius constitutionis significant, iudicem eadem sententia id facere posse. Non enim potest conductor compelli rei æstimationem præstare vna cum re, nisi eodem tempore atque eadem sententia, eodemque iudicio id fiat. Sed rursum ius videtur id vetare, non enim potest iudex conductorem condemnare in rei æstimationem, nisi id petitũ sit. *l. vt fundus. D. com. diuid. l. vlt. supr. de fideic. libert.* Iam vero hæc æstimatio ab initio in iudiciũ deduci nõ potest. Vetat enim ius id peti, quod sub conditione debeatur, ne iudicium sit in pendenti, *l. non quedam, D. de iud.* At æstimatio rei, de qua hic agitur, debetur a conductore sub conditione, si is patiatur, se de re restituenda condemnari. Quo effici videtur, eam æstimationem pendente hac conditione peti non posse. Quod si verum est, nec de ea æstimatione iudex sententiam ferre potest, quapropter & ad eam petendam nouo iudicio erit opus. Nos de recepta sententia dicemus iudicem, qui de re restituenda cognoscit eadem sententia conductorẽ, & ad eam rem restituendam, & ad rei æstimationem condemnaturum, si actor ab initio id petierit. Quo minus autem id recte petat, eum iure non prohiberi. Nam quod dicitur, nihil peti posse pendente cõditione, ad eam conditionem, de qua hic agitur, non pertinet. Sciendum est enim, eas conditiones pro conditionibus non esse habendas quæ ex iure tacite insunt, etiamsi non exprimantur, *l. muto. §. 1. D. de tutel. l. heredis. l. cum fine. §. 1. D. quan. di. l. g. ced.* Multo minus etiam pro conditionibus habẽtur, quas certum est esse extituras, *l. si pupillus. §. qui sub conditione. D. de nouat.* Talis autem ea conditio est, sub qua rei æstimatio a conductore hic debetur, si de re restituenda condemnatus erit. Hæc enim conditio inest iure, etiam si non exprimatur, & præterea talis est, vt iudice sententiam ferente de re restituenda omnino exsistat.

## *Ad L. Vltim.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Cum quærebatur inter Illyricianam aduocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerũt, quia veteres leges nec* Vnde vi, *interdictum, nec* quod vi aut clã, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem vsurpare, sancimus talem possessorem, vt prædonem intelligi, & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculum enim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione iamdudum veteribus legibus definita est, dicentibus, si quis alienam rem aduersus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, 30. ann. excesserint curricula. Datum 13. Calen. Nou. Constantin. post consul. Lampadii & Orestis VV. CC. anno secundo, 532.*

SVMMARIA.

1 *Sententia legis sigillatim verbis legis confirmata.*
2 *Vacua possessio occupata quæ hic intelligatur.*
3 *Rem suam quæ a nullo tenebatur, qui sine vi occupauit, eum nullo iure teneri.*
4 *Idem esse, si quis bona fide putet suam.*
5 *Teneri iurisdictione declarata legibus, pro teneri eo iure, quod ex legibus dici solet.*
6 *Aduersus eum, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupauit, pœnam hic statui eamde, quæ vetus fuit ex interdicto vnde vi aduersus prædones.*
7 *Possessori veteri ex hac lege actionem esse, non domino, nisi & is possedit.*
8 *Pœnam aduersus eum qui sine vi rem alienã immobilem occupasset, nullam fuisse veteribus legibus, ideo hanc lege fuisse necessariam, qua pœna induceretur.*

Sententia est: qui possessionem quamuis vacuam rei alienę occupauit, quam intelligat ad se nõ pertinere, is tanquam prædo tenetur eo iure quod veteribus legibus constitutum est de restituenda possessione aduersus prædones, qui rẽ vi inuaserunt. Dixi, *qui vacuam possessionem*, verba sunt in principio constitutionis. 1

Vacua† possessio proprie ea dicitur, quæ omnib. aliis iustis possessoribus & detentoribus vacua est, *l. 2. §. vlt. D. de act. emt.* sed nihilominus recte dicemus, hac lege teneri eum, qui rem ab iis vacuam, qui corpore rem teneret, sine vi occupauit; tametsi a domino absente possessio eius rei animo retineretur, q. fit, cum quis exempli gratia ad nundinas profectus est nemine domi relicto. *l. clam, §. qui ad nundinas D. de acq. poss.* Nam si quis pœna & nomine prædonis dignus est, qui rem, quæ a nullo neque teneretur, neq; possideretur, occupauit, multo magis eodem iure teneri debet, qui rem occupauit, quæ ab absente possidebatur, quamuis eam nemo corpore teneret. 2

Dixi † *possessionem rei alienæ*: quam lex initio vocat possessionem absentium. Hanc se intelligere indicat postea in illis verbis: *nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones.* Item illis, *ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit.* Quare si quis suæ rei possessionem sine vi occupauit, cum res a nullo possideretur, 3

sideretur, is nullo iure tenetur. Merito: nulli enim quidquam detrahit, neque rem, neq; possessionem.

4 Dixi, † quam intelligat ad se non pertinere. Verba sunt ex versic. *omnes autem*. Sane enim, qui iustam caussam habet, cur putet rem suam esse, is bona fide possidet, eoque pœna dignus non est. Pœna, quam dixi, expressa est in constitutione his verbis: *Sancimus talem possessorem, vt prædonem intelligi, & generali ea iurisdictione teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sit legibus.*

5 Teneri † ea iurisdictione dixit, pro *teneri eo iure*, quod constitutum veteribus legibus, ex his ipsis legibus dici solet. Quæritur, quodnam sit id ius, quod veteribus legibus sit constitutum aduersus prædones & inuasores pro restituenda possessione. Palam est, non intelligi *l. si quis in tantam. s. eod.* cuius pœna non est pro restituenda possessione, sed de dominio amittendo aut rei æstimatione præstanda.

6 Restat † igitur, vt interdictum *vnde vi* intelligatur, quo is, qui deiecto vetere possessore vacuam possessionem occupauit, tenetur; sitq; hæc sententia, eum, de quo agitur, teneri ex hac lege eodem modo, quo prædo, si cum eo ex interdicto *vnde vi* ageretur; vt scilicet non solum rem restituat, quam inuasit, sed etiam omnia, quę ibi fuerunt, cum occuparet, quamuis ad eum non peruenerint. Et præterea vt de iis, quæ non peruenerunt, teneatur intra annum dumtaxat, non etiam perpetuo, vt est ius de eo interdicto constitutum. *l. 1. in pr. §. rectissime. & seq. ff. eo. l. 2. s. eod.* Non obest, quod scribitur in extremo huius legis, ea, quæ de recipienda possessione hic constituta sunt a Iustiniano, locum habere intra triginta annos. Apparet enim hoc scriptum esse de possessione, quæ peruenit ad eum, qui rem alienam occupauit: quia non recipitur, nisi quæ peruenit. De eo actio est perpetua etiam ex iure vetere. *l. 1. in pr. ff. vnde vi* Sed hoc ita interpretatur Iustinianus ex posterioribus constitutionibus, dum actio non excedat triginta annos, *ex l. omnes. l. sicut. s. de præsc. 30. vel 40. an.* Quod ad eas res non pertinet, quæ ad eum, qui non occupauit, nō peruenerunt. Erit ergo de his ius vetus, vt is, de quo agitur, de istis rebus intra annum dumtaxat teneatur. Nam qui vere prædo est, quique vi rem inuasit, de his rebus, quæ ad eum non peruenerunt, non nisi intra annum tenetur. *l. 2. s. hoc tit.* Multo minus, qui vi non deiecit, sed tantum clam occupauit, tametsi pro prædone habeatur: de quo hæc lex lata est.

7 Erit † autem de his rebus actio, non domino, sed veteri possessori, quoniam veteribus legibus possessores restituuntur. *l. 1. ff. eo.* Itaq; si vetus possessor dominus fuit, bene est: si non fuit, satis est, si pro domino rem tenuit: quod est possessoris. Deniq; cū is, qui rem inuasit, pro prędone habeatur; sequitur, vt eo iure, quod est de prædonibus, condēnetur. Quo iure fit, vt res veteri possessori sine alia exceptione restituatur.

8 Quæsitum † est, quid opus fuerit hac constitutione, cum tam multæ leges fuerint veteres aduersus eos, qui res alienas inuaserunt. Iustinianus initio constitutionis hoc diluit, dum si in hac specie pœnam constitutam volumus, negat rem ad veteres leges pertinere. Et recte: nam qui rem sine vi occupauit, certum est eum neq; interdicto *vnde vi* teneri, neq; *l. si quis in tantam. s. h. t.* Sed etsi clam occupauit, non tenetur tamen interdicto *quod vi aut clam*. Propositum est enim id interdictum, non aduersus eos, qui res alienas occupant; sed qui in rebus alienis aliquid vi aut clam fecerunt. *l. 1. ff. quod vi aut clam.* Proinde ad pœnam in hac specie constituendam noua constitutione fuit opus. Hic occurritur. At saltem iure vetere in hoc genere fuit rei vindicatio aduersus omnem, qui quoquomodo rem alienam quamlibet occupasset. Cui bono igitur noua actio constituta? Hoc rursum diluit Iustinianus in extrema parte huius constitutionis, indicans ideo pœnam a se constitutam, quia vindicatio non sufficeret ad delictum coercendum. Delictum autem hic versari hoc ipso, quod quis rem alienā sciens inuito domino, quamuis ignorāte, contrectaret, prope non minus, quam si sciente eo aut vi contrectaret, argumēto esse res mobiles, quibus inuito domino contrectatis, non minus furtū facere intelligitur is, qui clam domino rem contrectat, q̄ qui inuito domino rem eripuit. Idem igitur & in reb. immobilibus fuisse statuendum. Nō potuit autem in his esse furti pœna: quoniam in res soli furtum non cadit. §. *quod autem. Inst. de vsuc.* Ex quo vult intelligi hac constitutione opus fuisse.

Ex his apparet vere scriptum esse *in l. inuasor. s.* de re, quam quis sine vi occupasset, pœnam nullam esse. Hoc enim verum fuit, cum lex illa scribebatur. Hic pœna constituta est, sed hoc secutum postea ad veteris illius iuris emendationem, vt hic liquet. Itaque quin sit lex contraria, dubitari non debet, vt appareat stulte facere eos, qui in his conciliandis laborant, quę Iustinianus voluit esse contraria hac lege, vt priora emendarentur. Neque offendemur dicto Iustiniani, qui in hoc Codice vt & in Digestis negat vllum contrarium esse, si quis rem subtiliter attendat. *l. 1. §. 1. l. 2. §. contrarium. sup. de vet. iur. enucl.* Hoc enim ab eo dictum est de iis constitutionibus, quæ nondum in Codice exstabant, non de quinquaginta eius decisionibus, quæ postea emendato Codici sunt insertæ, quas ad veteris iuris emendationem consulto compositas esse constat. *l. vnica. sup. de emend. Cod. Iustinia.* Est autem hæc constitutio vna ex illis decisionibus, vt ex præfatione apparet: item ex subscriptione illa *Post consulatum Lampadii & Orestis.*

## AD TITVLVM V. COD. SI per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.

SVMMARIVM.

1 *Argumentum & sententia tituli.*

Occupata aliena possessione, † consulitur superiore titulo maxime præsentibus: hoc titulo absentibus, quorum possessio occupata sit, siue per vim, siue alio modo turbetur. Per vim turbatur absentis possessio tunc maxime, cum deiicitur: ad hanc speciem pertinet *l. 1.* Turbatur & tunc, cum possidenti vis fit, quo minus illi re sua libere vti liceat: quæ species ad hunc titulum non pertinet, sed ad interdictum *vti possidetis*, quo de ea re agitur. *l. 3. §. hoc interdictum. ff. vti poss.* Alio modo, quam per vim possessio turbatur, cum clam absentis sine vi res occupantur, quod fieri prohibetur *in l. vlt. hic.* vt appareat eam constitutionem ad hanc partem referri. 1

*L. 1. Iudices.*

Imp. Constantinus A. Seuero.

*Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione priuati sunt, suscipiant in iure personas, & auctoritatis*

*suæ formidabile ministerium obiiciant: atque ita tueantur absentes, vt id solum diligenter inquirant, an eius, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus seu seruus quolibet titulo retinebat: nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio caussæ mandata sit, ab experiunda re secludant; nec si serui sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiusmodi conditionis hominibus caussas perorare fas non sit. Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri conuenit: vt eos momentariæ perinde possessioni sine vlla cunctatione restituant, ac si aduersus dominos litigasset. Cui tamen domino quolibet tempore reuerso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus: quia fieri potest, vt restitutio propter seruos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia quæ superer unt ad disceptationem litigii, immutilata permaneant: iudicio seruato iustis legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra præsentium violentiam subueniri. Datum 10. Kal. Nouemb. Constantin. Constantio VIII. A. & Constante Cæsare III. Coss. 324.*

SVMMARIA.

1 *Absentem deiici deiectis iis, qui ipsius nomine erant in possessione.*

2 *His, qui absentis nomine tenuerunt, deiectis actionem absentis nomine dari hac constitutione, non aliis.*

3 *Prioribus absentis nomine actionem dari omnimodo, nulla habita ratione mandati, satisdationisve, status personæ, aut temporis, intra quod agitur.*

4 *Et dominis reuersis quandoque actionem dari.*

5 *Restituta absenti ex hac lege possessione, nihilominus victo superesse proprietatis quæstionem.*

6 *Deiectis absentis nomine actionem dari: sed de possessione, non de rei proprietate.*

HAc lege consulitur absentibus, qui sua possessione priuati sunt, id est, qui deiecti sunt.

1 Hic † statim subibit quærere, quomodo absens possessione sua priuari possit: neque enim potest, nisi deiiciatur. *l. naturaliter. ff. de vsurp. & vsu.* Quomodo autem absens deiici potest, qui in eo loco non est, vnde eum deiectum dicimus? Et id fit hoc modo, si quis domi aut in fundo reliquerit eos, qui absentis nomine rem tenerent, vt amicos, propinquos, seruum, colonum, inquilinum, & similes, & hi deiiciantur. Nam vti dominus per istos possidet. *l. vlt. ff. de acq. poss. §. possidere. Inst. de interd.* sic his deiectis, non ipsi, sed dominus per eos deiici intelligitur. *l. vlt. ff. vnde vi.* Ad hos absentes hæc constitutio pertinet, vt declarant illa verba: *Possessio ablata sit, quam propinquus vel parens,* & quæ sequuntur. Sunt autem huius constitutionis quatuor capita.

2 Primo capite † absenti deiecto, vt supra diximus, consulitur: vt non tantum ei reuerso detur actio recuperandæ possessionis caussa; sed etiam eo absente, & ignorante detur iis, qui eius nomine tenentes deiecti sunt; illis verbis, quæ sunt ver. 2. *Nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes.* Quo loco quæsitum est: *An aliis, qui absentis nomine rem non tenuerunt, agere liceat absentis nomine ad recuperandam possessionem.* Et non puto aliis dari, quam qui absentis nomine tenuerunt. Primum illa verba, *nec eos, qui deiecti sunt,* ad hos tantum pertinent: quæ ideo ad alias personas porrigi non debent. Est enim hic ius singulare constitutum contra rationem iuris. Proinde eiusmodi, quod ad consequentiam produci non debeat. *l. quod vero. & l. seq. ff. de legi.* Deinde si aliis actionem dabimus, fiet contra sententiam huius constitutionis, quæ absentibus consultum voluit, vt apparet ex illis verbis, quæ sunt in principio, *atque ita tueantur absentes.* Pessime autem absenti consulitur, si possessio eius alii permittitur, quam ei, cui dominus eius curam absens demandauit. Non obstat, quod in principio constitutionis iubentur iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione priuati sunt, suscipere in iure personas indefinite. Nam quas personas intelligat constitutio, postea declarat.

Vt † autem intelligeremus ius nouum hic constitui, & antea inusitatum; sic iis, qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, datur actio recuperandæ detentionis caussa, vt detur sine vlla exceptione, omissa quæstione, an illis mandatum sit a domino, necne: an legitimam personam standi in iudicio habeant, an non habeant; & an intra tempora interdicto *vnde vi* constituta, agant, an secus. Primum non nocet eis, si forte a domino mandatum non habeatur. Hoc singulare, & præter rationem iuris communis. Nemo enim alieno nomine sine mandato domini agere potest: exceptis quibusdam personis, de quibus in edicto de procuratoribus comprehensum est. *l. si pupilli. §. vlt. l. si autem. in pr. ff. de neg. gest. l. sed & hæ. ff. de procur.* Quo loco quæsitum est, an ii, qui sine mandato domini absentis agunt, saltem satisdare debeant, dominum, cum redierit, rem ratam habiturum. Vulgo placet satisdare debere: quia quæ personæ ex edicto sine mandato experiri possunt, ab his saltem hoc exigitur, vt caueant dominum rem ratam habiturum. *l. Pomponius. in fi. ff. de procur.* Ego puto satisdare non debere, idque satis effici his verbis constitutionis: Iudices ita tueantur absentes, vt id solum inquirant, an possessio absentis ablata sit. Si solum hoc inquirendum est; vti non exigitur mandatum, sic nec satisdatio. Est etiam huius rei hoc argumentum, quod si satisdationem exigemus, faciemus manifeste contra voluntatem constitutionis, cui propositum fuit, vt statim possessio in suum statum restitueretur, & vt esset, qui absentis nomine id posset omnimodo consequi. At si ab agentibus satisdationem exigimus, aut nolent iudicium suscipere, quia se alieno nomine obligare nolent; aut non poterunt agere, quia non facile fideiussorem reperire poterunt, qui idem spondeat, quod ipsi. Sed & omnes ad hanc actionem admittuntur, puta etiam serui. Hoc quoq; singulare. Nam iure communi serui in iudicio consistere non possunt. *l. seruus. ff. de iud.* Postremo quamuis qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, intra annum non egerint ad possessionem recuperandam, & eas res, quæ ibi fuerunt, cum deiiciebantur, nihilominus iubentur admitti. Hoc quoque singulare, & præter naturam interdicti vnde vi. *l. 2. ff. tit. pro.* Sed cur istis post annum agentibus negligentia sua non nocet, cum omnibus iuris error noceat, & multo magis contemtus. *l. regula. & toto tit. ff. de iu. & fac. ig.* Hoc eo fit, quod de re deiectorum non agitur, sed de re absentium, quibus alienam negligentiam fraudi esse non oportet. Sed huic parti obiicitur *l. vlt.*

item l.1.§.deiicitur.ff.vnde vi. quibus in locis declaratur, cum hi, qui alieno nomine rem tenent, vt coloni, deiiciuntur, ipsos deiici non videri, sed dominos; ac proinde dominis solis interdictum competere. Cur igitur hac constitutione his actio recuperandæ possessionis caussa datur, cum ipsi deiecti non sint? Nempe quia non suo nomine agunt, sed absentium, qui vere sunt deiecti. Vnde in constitutione iubentur iudices tueri absentes. Et de iis, qui deiecti sunt, sic loquitur constitutio: Nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes: vt intelligamus, hic absentium caussam agi, non eorum, qui deiecti sunt corpore.

4 Secundum † caput huius constitutionis est in versic. *Cui tamen domino.* Hoc capite etiam domino reuerso actio datur, quamuis post tempus interdicti cõstitutum redierit, quod & in iure vetere fuit. Nam annus, intra quem hoc interdictum competit, vtilis est. *l.1.§.annus.ff.vnde vi.* Est autem vtilis, in quo non computentur ii dies, quibus absens agere non potuit. Sed ideo de eo in hac parte cautum est, ne putaremus eorum, qui possidentes deiecti sunt, negligentiam dominis absentibus nocere, si forte ipsi de recuperanda possessione agere cœpissent, & destitissent.

5 Tertium † caput est in illis verbis, *sed reformato statu* huc pertinens, vt siue dominus reuersus, siue ii, qui absentis nomine possidebant, in possessionem restituti sint, omnia immutilata maneant, quæ supersunt ad litigii disceptationem. Quibus verbis significatur, sic superiores personas recuperare possessionem, vt tamen caussa proprietatis integra maneat aduersario: quæ sententia expressa est *in l.vnica.§.si de mom.poss.fu.app.* Appellat Constantius id, quod superest ad disceptationem litis, caussam proprietatis: idcirco, quia caussa possessionis & proprietatis vna lis est, nempe sola proprietatis lis, cuius appendix & accessio tantum est caussa possessionis. Non enim agitur de possessione, nisi propter proprietatis controuersiam, vt sciatur in caussa proprietatis, vter sit petitor, vter possessor. *l.exitus.ff.de acq poss.§.retinendæ.Inst.de interd.* Vnde vtriusque caussæ dicitur esse vna continentia *in l.nulli.§ de iud.* Et iubetur vtriusq; caussæ vnus iudex esse, quasi vnius litis iudex *ibidem.*

Postremum caput est in his verbis: *Iudicio seruato iustis legitimisque absentibus personis.*

6 Quod † & ipsum habet temperamentum superioris sententiæ initio positæ, quo cauet Constantius, sic se iis, qui absentium nomine possidentes deiecti sunt, permittere actionem, vt tamen tantum agere possint de possessione, quam tenebant: iudicium autem ipsum seruetur iustis & legitimis personis. Iudicium appellat κατ' ἐξοχὴν, iudicium proprietatis: quia hoc iudicium præcipuum & principale iudicium est, vt nominatur *in d.l.nulli.sup.de iud.* Legitimas personas vocat eas, ad quas ea res iure & legibus pertinet, de qua re agitur.

*L.vlt. Nec imperiale.*

Impp. Arcad. & Honor AA. Petronio Vicario Hispaniarum.

*Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innouare possessionis statum, eo qui rem tenet absente permittit, quia negotiorum merita, partium adsertione panduntur. Dat.15.Kal.Ianua. Mediolani, Cæsario & Attico Coss.397.*

Summaria.

1 *Nullius non conuicti & damnati possessionem occupare licere prætextu cuiusuis rescripti, aut sententiæ iudicis: & hoc quid sit.*

2 *Negotiorum merita partium adsertione pandi, quam sententiam habeat.*

3 *Rescriptum aut sententia iudicis, cur nihil prosit ad possessionem absentis occupandam.*

Vetat hoc † rescriptum absentis non conuicti & damnati possessionem occupare prætextu cuiusuis rescripti, aut cuiusuis interlocutionis iudicis, quibus quis ad occupandam possessionem vtatur. 1 Finge hoc modo: aliquem consuluisse Principem; narrasse se vi deiectum ab eo, qui nunc peregrinetur, petere, vt in possessionem restituatur: Imperatorem rescripsisse, cum consultor deiectus sit, eum possessionem fundi recepturum, vel, cum quis idem exposuisset iudici, & petiisset, vt restitueretur, iudicem pronuntiasse, & quod hic dicitur, interlocutum esse, vt petitor rediret in possessionem fundi sui, vt est species *in l.iudex.sup.commi.episto.* Dicemus neutrum ex his prodesse debere ad inuadendam & turbandam absentis possessionem.

Ratio † redditur in hoc rescripto, quia negotiorum merita partium assertione panduntur. Cuius 2 hic est sensus: ideo superiora nihil prodesse aduersus absentem, quoniam illa ipsa hanc vim non habeant, vt aduersus absentem sine iudicio indicta caussa quidquam noui statuatur, quod ius fieri vetat. *l.negantes.sup.de obl.& act.* Ita semper caussæ cognitione opus esse, vt cognoscatur meritum negotii, id est, an is, qui petit, mereatur obtinere id, quod petit, & quia iustum sit, & quia verum. Vtrum autem iusta caussa sit, & meritum id obtinendi, partium, id est, litigatorum assertione & disceptatione intelligitur. Præsentem igitur oportet esse eum, aduersus quem quid statuere volumus.

Ideo † autem placet, rescriptum Principis nihil 3 prodesse ad occupandam possessionem absentis indicta caussa, quia quidquid Princeps rescribit fieri debere, id ita rescribit, si verum sit, quod exponitur, qua de caussa & iudici adhuc cognoscendum relinquitur. Et quamuis Princeps sine caussæ cognitione aliquem absentem condemnaret: tamen rescripto stari non oporteret, quia est contra ius. *l.pen.supr.de prec.Imp.off.l.vlt.& prope toto tit.sup.si cont.ius vel vtil.publ.* Et quod ad interlocutionem iudicis attinet, certi iuris est, nullam interlocutionem iudicis caussa non cognita interpositam rei iudicatæ vim habere. *l.ex stipulatione.sup.de sent.& interl. d.l.iudex.supr.comminat.epistol.* Sententia non est absimilis ei, quam exposuimus *in l.meminerint.sup.hoc tit.*

## AD TITVLVM VI. COD. VTI possidetis.

Summarium.

1 *Interdicta retinendæ possessionis duo, Vti possidetis de rebus soli, Vtrubi de rebus mobilibus. Appellatio vnde, Vim vtriusque olim diuersam, nunc eandem: vt ex priore vtrumque intelligatur.*

Vt sunt interdicta † ad possessionem obtinendã, 1 quam nõ habemus, siue eã nunc primũ adipisci volumus, siue recuperare, quã amisimus, quæ hactenus proposita sunt: ita sunt interdicta ad retinendam, quam habemus, ex quibus ordine id subiicitur,

quod appellatur Vti possidetis. *l. 1. §. est igitur. ff. eod.* Fuerunt autem retinendæ possessionis interdicta duo: *Vti possidetis*, & *Vtrubi*, prius de rebus soli: posterius de rebus mobilibus. *§. retinendæ. Inst. de interdict.* Nomina ex initiis interdictorum nata similiter, vt & in superioribus interdictis fieri diximus, quod ex interdictis patebit, quæ exstant *in l. 1. ff. vti poss. & l. vnica. ff. vtrubi.* Ratio ista interdicta distinguendi hæc fuit. Alia enim conditione proponebatur interdictum *vti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia interdictum *vtrubi* ei, qui possideret res mobiles. Postea obtinuit, vt eadem vis esset vtriusque interdicti, atque ita in vtrasque res tam mobiles quam immobiles vnum interdictum sufficeret, vt declaratur *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Hinc factum est, vt hoc loco vnum tantum proponatur, *Vti possidetis*: scilicet quia quod de hoc dixerimus, idem etiam de interdicto rerum mobilium iuris esse, intelligere debeamus.

## *L. Vti possidetis.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Cyrillo.

*Vti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector prouinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet. Subscripta 3. Id. Octob. Nicomediæ. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Interdicti vti possidetis vis & sententia. eadem & huius l. 1.*
2 *Hoc interdictum possessori dari; & qui possessores habendi.*
3 *Etiam inter fructuarios, itemque inter fructuarium & eum qui sibi vsum defendit; hoc interdictum locum habere, quamuis possessores non sint; & cur.*
4 *Competere hoc interdictum etiam ei, qui vi, aut clam aut precario possidet, dum non ab aduersario: & hoc quid sit.*
5 *Interdictum vti possidetis duplex esse, quia in eo vterque actor fit & reus: & cur ita vterque.*
6 *Inter duos tantum detentores eiusdem fundi nunquam huic interdicto locum esse posse ita, vt ambo tanquam eius fundi possessores haberi & defendi possint.*
7 *Tribus solum detentoribus eiusdem fundi propositis reperiri posse duos, quorum ambo pro possessoribus habeantur ex hoc interdicto, & quomodo id contingat.*
8 *Duos in solidum reuera possidere non posse: non repugnare interdictum vti possidetis, quo non duo possessores fiunt, sed in re incerta pro talibus defenduntur.*
9 *Competere hoc interdictum ei, qui possidet tempore litis contestatæ.*
10 *Interdictum aduersus eum, qui vim facit possidenti, id est, qui facit possessionis controuersiam: & quibus rebus possessionis controuersia fieri intelligatur.*
11 *Teneri hoc interdicto, qui possessionis controuersiam facit, etiam si non dicat contra se possidere.*
12 *Eum qui deiectus est, eo qui deiecit, in hoc interdicto superiorem esse, quid sit in l. 3. in pr. ff. vti poss.*
13 *Interdictum vti possidetis cur conceptum de ædibus in l. 1. ff. eo. de fundo in l. 1. C. eo. cum competat de omnibus rebus soli.*
14 *Neque de rebus mobilibus, neque de seruitutibus rusticis, aut vrbanis interdictum vti possidetis etiam vtile competere.*
15 *De iurisdictionis, deque iuris vectigal aut alios reditus percipiendi quasi possessione non competere interdictum vti possidetis, quamuis vtile, sed agi ad exemplum interdicti de itinere actuque priuato.*
16 *Quarum rerum gratia detur hoc interdictum.*
17 *Interdictum vti possidetis de eo quanti ea res est, intra annum, eoque & pœnale: & cur.*
18 *Valde errare illos, qui putant illa verba, Vti possidetis, ita possideatis, esse debere sententiam iudicis in interdicto Vti possidetis.*
19 *Qualem sententiam iudicis esse oporteat in hoc interdicto ad possessionem vni possessori tuendam.*
20 *Possessori aduersarium cauere non debere se eum in posterum impediturum non esse, quo minus possideat.*
21 *In præteritum ob vim possessori factam condemnationem iudicis esse debere, quanti interest actoris vim ei factam non esse: & quid ea re contineatur.*
22 *Duobus possidentibus non aliam iudicis sententiam esse debere in controuersia possessionis, quam vt ambos in possessione tueatur, id est, declaret vtrumque possidere, deinde iubeat vtrumque possidere altero consentiente: inuito altero vetet.*
23 *Refutata, quæ hic a Bartolo proponuntur in hanc sententiam, quasi inter duos qui possident: tamen vnus possessor fieri debeat sententia iudicis.*
24 *Incommoda diluuntur, quæ nasci videntur ex ea sententia, qua ambo litigatores iubentur ita possidere, vti possident.*
25 *Remedium hac lege vnica proditum, quo inter duos possessores consequi possit iudex, vt vnus pro possessore habeatur, quo perueniatur ad petitoriam actionem, & id quale: & de sententia illorum verborum:* Ac satisdationis, vel transferendæ possessionis, &c.
26 *Satisdationem iudicatum solui recte non exigi ab eo possessore, quem solum talem esse constat: vbi autem duo pro possessoribus habentur, recte exigi, si vnus postulet ab aduersario, aut ipse offerat, vt in interdicto Vti possidetis.*
27 *Vno ex litigatoribus satisdante, & possessore constituto, non ideo adimi alteri commodum possessionis.*
28 *Solam satisdationem iudicatum solui hic intelligendam, quæ ab eo exigatur, quem ex duobus possessoribus solum pro possessore haberi volumus, & in eam rem argumenta.*

1 VErba initio obseruanda, † quæ ita explicanda sunt: *Rector prouinciæ vobis de possessione retinenda contendentibus vim fieri prohibebit* (supple, *quo minus ita possideatis*) *vti possidetis eum fundum, de quo agitur, cum alter ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis.* Idem & in interdicto aliis verbis expressum est. *l. 1. ff. eod.* Summa ea, quam posuit Vlpianus *in dict. l. 1. §. est igitur*, hoc interdicto nimirum prætorem possidenti vetare vim fieri, quo minus possideat, vti possidet. Quæ verba eo spectant, vt prætor vetet vim fieri non vni tantum ex litigatoribus, aut ambobus simul; sed modo vni, modo ambobus, prout scilicet hi possidebunt; vni quidem, si solus possidebit: ambobus autem, si ambo possidebunt, vt sit sententia: vnum defendi, si possideat: defendi ambos, si itidem ambo possideant. Ex quo intelligimus, his hoc modo suam posses-

possessionem defendi, ac retineri. Id autem ita fieri, prohibente iudice, ne possidenti vis fiat ab altero. Vnde merito hoc interdictum dicitur prohibitorium, & ad retinendam possessionem, seu retinendæ possessionis, *l.1. in pr. & §. est igitur. ff. eo.* Id quomodo obtineamus ex hoc interdicto, ita facile assequemur, si dixerimus distincte, Quibus hoc interdictum competat; *Aduersus quos: Quibus de rebus: Cuius rei gratia:* tum quod sit in hoc interdicto officium iudicis de hac petitione. Quæ edicto breuiter comprehensa sunt illa quidem, vt & hoc loco: sed breuius, & obscurius, quam vt inde facile intelligi possint, nisi explicentur: pleraque etiam in his obscura & difficilia explicatu: de quibus ideo sigillatim & attentius considerandum est.

2 Datur † hoc interdictum ei, qui possidet, his verbis: *Vti possidetis,* quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Possidere est animo seu affectu domini tenere, vt Theophilus bene definiuit *in §. idem placet. Inst. per quas pers. no. acq.* quod & exemplis eius loci liquido declaratur. Tenere rem hoc modo intelligitur, qui possessionem rei semel ingressus hoc animo, vt possideret, vel corpore est adhuc in possessione, vel egressus reliquit domi aut in fundo eos, per quos possideret, puta colonum, aut inquilinum. *§. possidere. Instit. de interd.* vel etiam qui peregre profectus est nemine domi relicto: hoc animo tamen, vt retineret possessionem. Nam etiam animo solo possessio retinetur. *d. §. possidere. l.3. § saltus ff. de acq. pos.* Animo domini is tenet, qui se pro domino esse vult, & pro domino se gerit. Soli autem possident, qui hoc animo rem tenent: qui alium dominum agnoscunt, & tanquam ab eo rem habent, vt sunt coloni, amici, serui, qui nomine domini sunt in possessione; hi tenent duntaxat, non possident. *d. § possidere. l. certe. §. is qui rogauit. ff. de prec.* Ex quo intelligitur, si colonus aut inquilinus controuersiam possessionis patiatur, eum hoc interdicto experiri non posse ad retinendam possessionem: idemque de similibus dicendum est. *l. 3. §. creditores. ff. vti poss.*

3 Quibus † consequens erat, vt nec fructuario vim patienti hoc interdictum competeret. Non enim magis possidet fructuarius, quam superiores. *d. §. idem placet. Inst. per quas pers. nob. acqu. d. l. certe §. is qui rogauit. ff. de prec.* Placuit tamen & inter fructuarios hoc interdictum reddendum: itemque inter fructuarium, & eum qui sibi vsum defendat. *l. vlt. ff. eo.* Excepti hi videlicet ex superioribus: ideo vt videtur, quod si inter se committantur, ambo pro dominis & possessoribus se gerant, idque pari iure: vt dum vni defenderetur possessio fundi aut ædium, nulla fiat iniuria aduersario, qui eandem possessionem, & ex eadem caussa sibi defendebat. Aliter, atque si his lis sit cum iis qui se vere possidere contendant. Neque nouum est in hoc interdicto plus tribui fructuario, aut vsuario; quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi deiecto propositum est interdictum Vnde vi. *l. 3. §. vnde vi. ff. vnde vi.* quod argumentum est, eum pro possessore haberi, quamdiu perseuerat vsusfructus: quoniam nec interdictum Vnde vi datur, nisi deiecto: nec putatur deiici, nisi qui possidet. *l. 1. §. deiicitur. ff. vnde vi.* Quo etiam argumento dici potest vsufructuario adhuc tenenti hoc interdictum dari ad possessionem retinendam. Et vero id ratione collectum esse a veteribus, non autem ideo esse constitutum, quia fructuarius vere possideret, indicio erit, quod Paulus *in d. l. vlt. ff. vti poss.* non dicit pro explorato hoc interdictũ fructuario reddendum; quod tamen dicendũ esset, si vere fructuarius possideret: sed dicit se putare dicendum, quasi in re controuersa, certe non explorata.

Ergo possidenti † solum hoc interdictum datur, 4 in quo nihil interest, vtrum quis iuste possideat, an iniuste. De eo qui iuste possideat, id est, bona fide, dum possessionem nanciscitur ab eo, quem dominum putat, nulla dubitatio est. *l. 3. in pr. ff. eo.* Sed hoc amplius dicimus, quod edicto expressum est, etiam ei hoc interdictum competere, qui vi, aut clam, aut precario possidet, id est, ei qui iniuste possidet: dummodo ab aduersario non ita possideat: quod si possidebit, contra esse. *l. 1. in pr. §. vlt. ff. eo.* Vi ab aliquo possidet, qui eum vi deiecit, & ita possessionem tenet. *l. 1. §. vi possidere. ff. vnde vi.* Clam possidet, qui possessionem furtiue ingressus est ignorante possessore, cuius controuersiam metuit. *l. clam. ff. de acq. poss.* Possidet precario is, qui ab alio precibus impetrauit, vt sibi rem eius possidere liceret. *l. 1. ff. de prec.* quæ singula indicantur obiter *in §. sed interdicto. Inst. de interd.* Hoc igitur dicimus, si quis patiatur controuersiam possessionis ab eo, a quo possessionem habet aut vi, aut clam, aut precario, vt supra eum impune vim pati, quia sit ei hoc interdictum inutile. Quod si ab alio, quamuis ita possidebit, eum recte hoc interdicto vsurum. *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. ff. eo.*

Quemadmodum † autem vni, qui possidet, hoc interdictum datur: ita si ambo litigatores possidebunt, ambobus dabitur. Et quoniam fere semper 5 ambo se possidere dicunt, vt declaratur *in §. retinendæ. Inst. de interd.* eo fit, vt interdictum ita sit conceptum, vt ad ambos litigatores referatur, his verbis: *Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Inde dictum hoc interdictum duplex esse, quia vterque & actor sit, & reus in hoc interdicto. *l. 3. §. hoc interdictum. ff. eod. §. pen. Inst. de interd.* Vterque actor, quia vterque possessorem se esse intendit. Vterque reus, quia dum se possessorem dicit, simul aduersarium negat possessorem, quod reorum proprium est. Et vt de vno possessore diximus, hoc interdictum ei competere, siue iuste, siue iniuste possidebit: ita in duobus possessoribus receptum est, vt inter eos hoc interdictum reddatur tuendæ illorum possessionis caussa, siue ambo iuste possidebunt, siue vnus iuste, alter iniuste, id est, vi, aut clam, aut precario, dummodo nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possideat, vt verba edicti dilucide significant: sed apertius declaratur *in l. 3. in prin. ff. eo.*

Quo † loco exsistit interpretibus magna & vetus 6 dubitatio. Quæritur enim, quomodo fieri possit, vt duo in solidum ita possideant, vt prætori necesse fuerit ita dicere: *Vti possidetis, ita possideatis.* Mouet dubitationem, quod non videtur fieri posse, si vnus nunc possidet, & alter postea cœpit rem possidere, vt ambo possideant. Nam si is, qui postea possessionem nactus est, eam nactus est iuste & bona fide, non potuit nancisci, nisi a priore possessore ei rem tradente, quo casu prior possessor citra controuersiam possidere desiit *l. . §. si vir. l. quod meo. §. si furioso. ff. de acquirend. possession.* Si posterior iniuste cœpit possidere, non alia de caussa id fit, quam quia aut priorem possessorem vi deiecit: quod cum fit, etiam tum prior possessor amittit possessionem. *l. [illegible] alter. ff. de acquiren. possess.* aut quia clam eo ingressus est

possessionem, ac tum solus prior possidet. *l. clam possidere. §. vlt. ff. de acq. poss.* aut quia precario accepit a priore possessore, quo casu interdictum de precario redditur, non interdictum *vti possidetis*. Quid verbis opus est? loci in medio sunt, quibus diserte traditur, duos in solidum eandem rem possidere non posse, & in summa possessionis nihil interesse, iuste quis, an iniuste possideat. *l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poss. l. si vt certo. §. vlt. ff. com.* Hæc illa est difficultas, quæ hanc partem interdicti dubiam reddidit, quæque in interpretatione *l. 3.* quæ est de hac parte. *ff. eod.* peperit apud Accursium tot sententias. Nam dum hanc difficultatem expedire conantur, alii interdictum de vno possessore interpretati sunt, quem verbo plurali prætor alloqueretur; contra significationem verborum, & vsum latine loquentium. Alii duos possessores sunt interpretati, quorum singuli pro parte possiderent, contra *l. 3. in pr. ff. eod.* vbi Vlpianus duos proponit in solidum possidere. Alii duos quærentes, qui in solidum possideant, exemplum attulerunt eius controuersiæ, quæ esset inter proprietarium & fructuarium, quorum vnus ciuiliter possidet, proprietarius; alter naturaliter, fructuarius: ambos autem prætor in sua possessione tuetur. Hoc rursum contra *dict. l. 3. in princ. ff. eod.* vbi Vlpianus proponit duos, quorum vnus iuste, alter iniuste possidet. Constat autem fructuarium non possidere, *vt supra ostendimus*; aut si possidet, iuste possidet, vtpote ex iusta caussa, non iniuste. Sed laborandum non est. Fefellit eos, quod exemplum duorum in solidum possidentium, & ad hoc interdictum pertinentium quæsiuerunt in duobus detentoribus. At in his fieri non potest, vt, si posterior siue iuste siue iniuste possideat, duo possideant simul: vnus ex his tantum possidebit, vt ante ostendi.

7 Sed † res procedet hoc modo, si proponamus nobis tres detentores, Primum, Secundum, Tertium: & Tertium possidere a Secundo vel bona fide, vel vi, aut clam, aut precario, hoc modo: Primus, qui iuste possidebat, peregre profectus est, nemine domi relicto. Eo absente Secundus clam occupauit possessionem. Exstitit deinde Tertius, qui a Secundo, quem dominum putabat, possessionem acciperet bona fide: aut qui Secundum vi deiiceret: aut qui eius controuersiam metuens, possessionem eo ignorante occuparet, aut qui precibus ab eo possessionem impetraret. In hac specie si proponas, Primum redire, & controuersiam facere Tertio, aut a Tertio controuersiam pati, ambo interdicto *Vti possidetis* recte agent, & ambos prætor tuebitur tanquam possessores. Primum, quia animo retinuit possessionem, quam ipse postea non amisit. Tertium vero, quia & is animo dominantis tenet. Nec ad rem pertinet, quod possidet iniuste, nempe vi, aut clam, aut precario. Nam ab aduersario Primo ita non possidet.

8 Sed obiicitur † hic superior illa sententia certi iuris, duos in solidum possidere non posse. *l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poss.* Nos de ea hoc recte respondebimus, reuera & ad effectum iuris, duos in solidum possidere non posse. Exempli caussa in specie proposita, quia Primus possidet, idcirco nec Secundus, nec Tertius reuera possident; quia vacuam possessionem non tenent. Et ideo quamuis Tertius possederit decem, aut viginti annos, idque bona fide, tamen non vsucapiet: quia sine possessione vsucapio non contingit. *l. sine. ff. de vsurp. & vsuc.* Nunc autem hic non possidet, tantum ideo, quia Primus possidet, & duo in solidum possidere non possunt. At in interdicto *vti possidetis* veram possessionem non quærimus, quæ talis sit natura, aut iure: sed quæ pro tali habeatur, dum quis se vere possidere contendit, nec quidquam in præsentia proponitur, cur non ita esse conuincatur. Intelligitur hoc satis ex eo, quod interdictum hoc solum vult spectari, an vnus ab altero nec vi, nec clam, nec precario possideat. Et ideo *in l. 2. ff. eo.* cum dixisset Paulus, iusta an iniusta sit possessio aduersus alios, nihil referre; adiecit *in hoc interdicto*. Hoc idem Eguinario Baroni visum est *ad l. 3. ff. eo.*

Est autem † animaduertendum, quod dicimus, 9 hoc interdictum competere ei, qui possidet. Id enim valet, competere ei, qui possidet, cum hoc interdicto agitur. Et hoc est, quod scriptum est *in §. sed interdicto. Instit. de interdict.* hoc interdicto eum vincere, qui possidet tempore litis contestatæ, quod ex verbis interdicti sumtum est. Nam prætor in interdicto reddendo non dicit, *vti possedistis*, vel *vti possidebitis, ita possideatis*; sed *vti possidetis*: nempe nunc, cum interdictum redditur inter vos litigatores. Cum autem redderetur interdictum aut actio a prætore, tum apud eum lis contestabatur. Vnde in vsu iuris hæc duo idem significant: tempus iudicii accepti, & tempus litis contestatæ. *l. illud. ff. de her. pet. l. cum fundus. ff. si cert. pet.*

Datur † hoc interdictum aduersus eum, qui pos- 10 sessionis facit controuersiam. *l. 3. §. hoc interdictum. & seq. ff. eod.* quod & ipsum sumtum est ex interdicto. Nam cum prætor vetat vim fieri, nimirum vetat fieri ab eo litigatore, cum quo agitur. Agitur igitur aduersus eum, qui vim facit, vt desinat vim facere. Porro vim facere possidenti, nihil aliud est, quam controuersiam possessionis facere: quod posterius tanquam planius iuris auctores retinuerunt. Vis possidenti fit dupliciter: aut verbis, aut re. Verbis, cum in controuersia proprietatis aliquis se possessorem dicit, & ita non patitur aduersarium frui commodo possessionis in ea caussa, propter quam controuersiam proprie interdictum est comparatum. Huc enim spectat interdictum *vti possidetis*, vt prius constituatur, vter nostrum sit possessor, sic deinde petitoria actio instituatur, vt declaratur *in §. retinendæ. Inst. de interd. & l. 1. §. 1. ff. eod.* Re fit controuersia possessionis, cum quis nos possessione vti prohibet, quomodo vti velimus: vel impediendo, ne quid in nostro faciamus: puta, ædificemus, agrum colamus, & quæ sunt generis eiusdem: vel in nostro aliquid faciendo, veluti, per fundum nostrum eundo, vel aquam ducendo, vel in nostrum aquam immittendo. *l. sicut. §. Aristo. ait, sed & interdictum. ff. si ser. vind. l. vim facit. ff. vnde vi.* Huius definitionis exempla sunt, quæ proponuntur *in l. 3. §. 1. & seqq. ff. eo.*

Quo † loco notandum est, competere hoc inter- 11 dictum aduersus eum, qui re controuersiam possessionis facit, quamuis se contra possidere non dicat: argumento est, quod aduersus eum, qui iure seruitutis sibi aliquid sumat in nostro, hoc interdictum competit. *d. l. 3. §. si vicinus ff. eo. d. l. sicut. §. Aristo.* Certum est autem, eum qui sibi seruitutem a nobis deberi dicat, hoc fateri se rem nostram non possidere.

Non tamen aduersus omnem, qui possessionis controuersiam facit, hoc interdictum competit. Non datur aduersus eum, a quo actor vi, aut clam, aut precario possidet, idque verba ipsa interdicti efficiunt.

sunt. Itaque si is, qui alium vi deiecit, patiatur controuersiam possessionis ab eo, quem deiecerit: ipse quidem possidet, & aduersus alios hoc interdicto experiri potest, sed aduersus eum, quem deiecit, a quo vi
12 possidet, interdictum hoc illi inutile est. Et † hoc est, quod dicitur *in l. 3. ff. eo.* eum qui deiectus est, eo qui deiecit, hoc interdicto superiorem esse. Hoc enim sic interpretandum est, ideo esse superiorem, quia absoluitur, si cum eo agatur hoc interdicto. Non enim prohibebitur hoc interdicto vim facere, & ita absoluetur. Ceterum non ita superior est interdicto, vt pronuntietur possidere, atque ita possessio ab aduersario ei restituatur. Nam hic qui deiectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *l. naturaliter. ff. de vsurp. & vsuc.* Porro hoc interdictum possessorem tantum tuetur. *l. 1. §. pen. ff. eo.* Sic fit, cum vnus alterum deiecit, vt vtrique agenti aduersus alterum hoc interdictum sit inutile. Deiectori quidem, quia is vi ab aduersario possidet. Deiecto autem, quia omnino non possidet. Neque obstat, quod *in l. 3.* dicitur simpliciter, *deiectum hoc interdicto superiorem esse*. Hoc enim dicitur, cum is, qui deiecit, agit hoc interdicto: non autem cum agit hoc interdicto is, qui deiectus est. Nam isto agente nullum interdictum *Vti possidetis* esse potest, quia non possidet.

Datur hoc interdictum de possessione rerum soli, id est de fundo & ædibus. *l. 1. §. 1. & §. pen. ff. eo. §. sed interdicto. Inst. de interd.* Vnde intelligimus, prætorem in edicto pollicitum esse generaliter, se hoc interdictum daturum, si de possessione rerum soli contro-
13 uersia esset. Cur † igitur in interdicto appellantur ædes tantum *in l. 1. ff. eo.* alias tantum fundus, *vt in hac lege?* Quia in interdicto concipiendo hoc necesse fuit facere prætori. Interdictum enim omne ad præsentem controuersiam refertur. Controuersia autem præsens omnis in rebus soli aut est tantum de ædibus, aut tantum de fundo.

14 Quæsitum est, † an hoc interdictum saltem vtile competat de rebus mobilibus, aut incorporalibus? Dicendum est, nullo modo competere, ne vtile quidem. De rusticis seruitutibus sunt interdicta nominatim constituta, de itinere actuque priuato, de aquæductu, de fonte, de riuis, de cloacis. *tit. de itinere actuque priuato. & seqq.* Eaque interdicta proposita sunt non possidenti, vt hoc interdictum, sed ei, qui hoc anno vsus est, vel superiore ætate, & si quæ sunt similia. De seruitutibus vrbanis nulla sunt interdicta nominatim proposita, sed non ideo de earum possessione hoc interdicto vtimur, quia est superuacuum, quod ita facile probabitur. Nam interdictum *vti possidetis* ideo comparatum est, quia in rebus soli controuersia de possessione moratur petitoriam actionem, neque potest ea controuersia dirimi, nisi iudicio. Dirimitur autem hoc interdicto. Cessat vtrumque in controuersia de seruitute. Nam etiam si non constet, vtrum is, qui sibi seruitutem deberi dicit, sit in seruitutis possessione, necne: tamen nulla affertur petitioni seruitutis mora, quoniam seruitutem petere potest tam qui possidet, quam qui non possidet. *l. & si forte. §. 1. ff. si ser. vind.* Deinde si quæratur, vter sit possessor, nihil iudicio opus est ad hanc quæstionem dirimendam, quia natura ostendit, vter sit possessor seruitutis vrbanę. Exempli gratia: Si quis dicat sibi deberi seruitutem tigni immittendi, is possessor seruitutis habetur, si tignum sit immissum. Idemque de ceteris dicendum est, si quis factum id habeat, quod proprium est seruitutis. *d. l. et si forte. §. 1. l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind.* Hoc autem an tignum immissum sit, testibus non probatur, sed oculis, modo in rem præsentem veniatur. Nihil ad rem facit in contrariam sententiam, quod scriptum est *in l. quoties. §. vlt. ff. de seruit.* possessoria interdicta esse constituta de via, & alio iure fundi. Hoc enim dictum est de interdictis, quæ a prætore constituta sunt nominatim de seruitutibus rusticis, de quibus supra diximus, in quo genere non est interdictum *Vti possidetis*, quod constat de rebus soli esse propositum, id est, de fundo & ædibus. Multo minus ad rem pertinet, quod *in l. sicut. §. Aristo. ff. si ser. vind.* dicitur, si quis in alieno faciat aliquid iure seruitutis, competere domino in eam rem interdictum *vti possidetis*. Nam hic interdictum non datur pro seruitute, sed contra seruitutem ad retinendam fundi nostri aut ædium possessionem aduersus eum qui facto suo eius possessionis nobis faciat controuersiam.

De † iurisdictionis possessione, item de possessione iuris vectigal, vel alios reditus percipiendi quæsitum est? Sed ne de his quidem hoc interdictum quamuis vtile dabitur. Potius de istarum rerum quasi possessione agetur ad exemplum interdicti de itinere actuque priuato, vt is scilicet in huius iuris possessione vincat, qui eo iure hoc anno vsus erit nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario. Et certe de itinere actuque priuato hoc ius constitutum esse Vlpianus scribit, quia plerunque itineribus vel via non semper vtimur. *l. 1. §. 1. ff. de iti. act. pri.* Sit ergo idem ius in iurisdictione, quia & ipsa ppetuo vti nõ possumus. 15

Competit † hoc interdictum duarum rerum gratia. Vna & præcipua hæc est, vt qui possidet ita possideat vt sunt interdicti verba. Id est in summa, datur interdictum ad retinendam possessionem. Vnde dictum retinendæ possessionis. *l. 1. §. 1. & §. est igitur. ff. eod. §. retinendæ. Inst. de interd.* Altera res est in præteritum tempus, vt is, qui vim facit, quo minus possideamus, damnetur in id, quod nostra interest, nobis vim factam non esse. *l. 1. in interdicto his verbis, neque pluris ff. eo.* 16

In † quo illud animaduersione dignum est, quod 17
de hac parte intentionis constituta est actio a prætore dumtaxat intra annum vtilem, ex quo vis fieri possidenti cœpit. Vnde intelligimus, hactenus pœnale interdictum esse: alioqui perpetuum esset, non intra annum. *l. in honorariis. ff. de obl. & act.* Pœnam autem hæc pars eo videtur continere, quod datur eius quod interest nomine de eo, quod ad aduersarium non peruenit: & præterea datur ei etiam, qui iniustus interdum possessor est, nempe qui vi, aut clam, aut precario possidet non ab aduersario: vt sic actor persequatur id, quod sibi ex patrimonio non abest: in quo pœnæ persecutionem ponimus. *d. l. in honorariis.*

Deinceps videamus, quam sententiam iudicis de his rebus esse oporteat. In † quo prius de verbis sen- 18
tentiæ monendi sumus, iudicem non debere ita sententiam ferre, vt verba interdicti concepta sunt, puta *vti possidetis vos litigatores, ita possideatis. aduersus id vim fieri veto.* Nam valde errat, si quis illis verbis sententiam prætoris de possessionis controuersia contineri existimat. Illis verbis exprimitur interdictum prætoris, id est formula iudicii de possessione, quam solebant prætores olim reddere litigatoribus, quo tempore formulæ iudiciorum in vsu erant, quæ postea sunt sublatæ. *tit. de formul. & imper. act. sub. s.* His

formulis prætores de iure pronuntiabant sub conditione facti, *Si hic aut ille possideret: Si Lucius Titius mutuum dedisset: Si Lucius Titius furtum fecisset:* & remittebatur res ad iudicem, qui de re & facto cognosceret, deinde de iure secundum formulam pronuntiaret. Longe alia ratio sententiæ iudicis, hæc certa esse debet. §. *curare. Inst. de act.* Incerta nullius momenti est. *ut. de sent. quæ sine cer. quan.* Denique sententia ea est demum, quæ controuersiam dirimit, nec aliter iudex iudicare debet. *l. 1. ff. de re iud.* Iam vero in hoc iudicio controuersia est, vter ex litigatoribus possideat, aut an ambo possideant. Ita hanc controuersiam a iudice dirimi oportet, & certo pronuntiari aut ambos possidere, aut vnum, aut neutrum, & si quis possidet, dici, quis possideat.

19 Hæc † de verbis sententiæ dicta sunt. In iure autem qualem sententiam dicat, cum quæritur de hoc interdicto, etiam atque etiam considerandum est. Et multum interest, vtrum vnus tantum ex litigatoribus possessor sit, an ambo possessores. Si vnus tantum possessor est, officium iudicis est, vt eum possidere pronuntiet. Non enim possessionem ei dat iudex, sed eam, quæ est, declarat, vt de dominio & seruitute dicitur *in l. & ex diuerso. §. 1. ff. de rei vind. l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind.* Deinde hanc possessionem ita confirmabit, vt condemnet aduersarium in futurum, ne vim faciat possidenti, quo minus ita possideat, vt verba interdicti indicant.

20 Sed † an aduersarius cauere debet possessori, se eum in posterum impediturum non esse? Et hoc plerisque placet, vt Bartolo hic, & Duareno *lib. 1. disput. cap. 21.* argumento seruitutum viæ, itineris, aquæductus: in quibus si dominus fundi de earum possessione victus sit, iubetur aduersario cauere se non impediturum euntem, agentem, aquamve ducentem. *l. pen. ff. de aq. quot. & æsti.* Aliis non probatur: quorum sententia, vt mihi videtur, vera est. Nam quod hæc cautio in seruitutibus nominatim exigitur a victo, vel hoc ipsum argumentum est, in controuersiis rerum corporalium a victo eam exigendam non esse. Nam & cum quis in confessoria actione de seruitute iudicatus est seruitutem debere, cautio superior ab illo exigitur. *l. agi. l. harum. ff. si ser. vind.* Et tamen inter omnes conuenit, in controuersiis de proprietate rerum corporalium nullam talem cautionem a possessore exigi. Non recte igitur, quod de genere seruitutum dicitur in hac specie, ad res corporales transfertur. Et certe differentiæ ratio est in promtu, quam bene reddidit Baro *ad l. 1. in pr. hic.* nempe hæc, quod nihil sit in seruitute, quod dominus, qui de seruitute victus est, restituat corpore: seruitutis namque nulla est possessio. *l. quoties. vlt. ff. de ser.* Et ob eam caussam subsidio exigitur cautio a victo, quæ sit pro seruitutis restitutione. Nihil tale in rerum corporalium possessione: quandoquidem possessio rei corporalis restitui potest, qua restituta, inepte quærimus aliud, quod restitutionis vice fungatur.

21 Hæc † ergo de possessione & eius tuitione iudicis sententia erit. In præteritum vero, prout petitum erat, ita aduersarium condemnabit in id, quanti interest victoris sibi vim factam non esse. Vbi non corpus ipsum rei æstimabitur, id est, quanti res ipsa est, de cuius possessione agitur: sed possessio ipsa, siue quanti interest possessoris possedisse sine interpellatione. In quo continentur fructus, & mercedes, quibus actor idcirco caruit, quia vis ei facta est, quo minus re libere vteretur: quæ sententia est *l. 3. §. vltim. ff. eodem.*

Hæc † de vno possessore. Longe alia caussa est, si 22
ambo pronuntientur possidere. Nam hic neque vnus alteri condemnabitur in id, quod alterius interest, neque prohibebitur vnus vim facere alteri, quo minus possideat libere. Quod vt intelligatur, sic habendum est: naturam non pati, vt duo libere in solidum possideant. Nam libere possidere est, re vti quomodo velis, vt significatur *in l. sicut. §. Aristo. vers. sed & interdictum. ff. si ser. vind.* Vti autem quomodo velis, est vti solum, si velis, & ab vsu rei prohibere ceteros, vt indicatur *in eo. §. Aristo.* Ita fit, vt vno vtente, alter vti non possit. Quocirca duorum possessorum in solidum hæc est conditio iure, vt vterque re possessa vti possit altero consentiente, cum scilicet diuidant vsum aut temporibus, aut regionibus, id est, ita, vt aut alternis vtantur, aut diuidant regiones, quas singulis attribuant. Ceterum inuito altero neuter vti potest: & si vnus vtetur, alter prohibendi ius habet. Nam si in re communi, quæ a duobus pro indiuiso possidetur, neuter altero inuito in ea re quidquam facere potest, sed alter prohibendi ius habet, *l. Sabinus. ff. com. diuid.* multo magis id tum dicendum est, cum duo non pro parte licet indiuisa, sed singuli in solidum possident. Hoc constituto, duo sunt consequentia, vt dixi. Primum illud, si quis alterum impedierit, quo minus libere possideret, tamen eum in id, quod aduersarii interest, condemnari non debere. Iure enim impediuit, qui prohibendi ius habuit. Quod autem iure fit, pœnam non meretur. *l. Gracchus. infr. de adulter.* Alterum, non debere iudicem in futurum prohibere, ne alter alteri vim faciat, quo minus possideat, quoniam singuli ita possidere non possunt sine vi, quin alter simul possidere prohibeatur, vt supra ostendi. Nunc autem ambo iubendi sunt ita possidere, vti possident. Restat igitur, vt in duobus possessoribus talis esse debeat sententia iudicis, vt primum declaret ambos possidere: indicat Vlpianus *in l. 3. in princ. ff. eod.* cum ita scribit in hac specie: *nam & tu possides, & ego.* Deinde iubeat iudex vtrumque possidere altero consentiente, altero inuito vetet. Quo modo intelligetur iudex secundum verba interdicti iubere, vt litigatores ita possideant, vti possident. Sic enim in solidum possident, vt dixi, vt singulis sit ius prohibendi, ne se inuito alter possideat. Neque vero aliam sententiam iudex ferre potest, vbi ambo possident.

Scio † multa scripta esse a Bartolo, quibus efficere 23
conatur, vt vnus tantum possessor fiat sententia iudicis, aut vt duobus possessoribus constitutis, inter eos sententia iudicis res componatur: sed in his nihil idonei attulit. Non enim probandum est, quod dicit, eum solum a iudice pro possessore habendum esse, qui antiquiorem possessionem habet, quasi posterior possessor clam possideat. Nam scimus in hoc interdicto non quæri, quamdiu quis, aut quam pridem possederit, sed an possideat tempore litis contestatæ: & eum qui eo tempore possideat, vincere hoc interdicto. §. *sed interdicto. Inst. de interd.* Sed nec ad rem pertinet, si posterior clam possideat, dummodo non possideat ab aduersario, vt interdicti verba ostendunt. *l. 1. §. vlt. ff. eod.* Multo minus probandum est, quod dicit eum potiorem esse debere, qui probabitur cum titulo possidere: cum appareat ex interdicto prætorem eum tueri, etiam qui vi, aut clam, aut precario possidet, dummodo ab aduersario ita nō possideat.

deat.

deat. Ne illud quidem verum est, quod dicit spectandum esse, ab vtro sint plures testes, & magis idonei, vt a quo sunt, is vincat, *argumento l. ob carmen. §. vlt. ff. de test.* Hoc enim tunc recipiendum est, vbi ex testibus vni affirmant, quod alii negant, vt incertum sit, quibus fides habenda sit. Tum enim necesse est, rem numero aut auctoritate ponderari. At cum testes partium de rebus diuersis testimonium dicunt, etiam duo fidem facient pro eo, a quo producuntur, nisi refellantur. *l. vbi. ff. de testib.* Quod in hac controuersia possessionis accidit, vbi singuli probando se possidere, id est, rem affectu domini tenere, non ideo etiam negant aduersarium ita tenere, vnde & ambos tuetur prætor. Quod autem ille scribit, cum in pari caussa duo possessores esse pronuntiantur, iudicem pronuntiare debere eos esse possessores pro parte indiuisa, vt concursu partes faciant: tale est, vt non minus, quam superiora interdicto refellatur. Nam si in solidum possident, vt inprimis possident, necesse est ex interdicto iuberi eos ita possidere, vt possident, id est, in solidum, quia in solidum possident. Neque vero recte vsus est in hac re exemplo plurium, quos prætor mittit in possessionem damni infecti nomine, qui dicuntur concursu partes facere. *l. si finita. §. cum autem. ff. de dam. infect.* Nam hoc recte facit prætor in iis, quos ipse possessores facit, quales sunt, quos ipse mittit in possessionem. At cum duo ante possident, & inter eos incidit controuersia de possessione, sic ad prætorem & iudicem veniant, vt possessionem suam retineant hoc interdicto: neque aliud officium iudicis est, aut prætoris, quam vt ita iubeat eos possidere. Effectum est igitur, talem sententiam iudicis esse debere, qualem dixi.

24 Sed † video, quæ contra dici possint, ne huiusmodi sententia recipiatur. Nam ex ea hæc sunt incommoda duo. Primum, quod si litigatores de possidendo non consenserint, & ita non possidebunt, necesse erit rem negligi, atque ita fructus & rem ipsam vtrique perire. Alterum, quod si vnus altero inuito possidere volet, eueniet, vt ab aduersario prohibeatur, quamobrem & veniet res ad rixam & arma: quę prohibere officium est boni prætoris & iudicis, vt declaratur *in l. si cuius 13. §. sed si inter duos. ff. de vsusfr.* Verum aduersus ista incommoda hoc remedium est, vt vnus satisdet eo modo, quo paulo post dicemus: si neuter satisdedit, hoc relinquitur, vt inter se de possessione consentiant. Si non consentient, ipsi se concursu impedient; vt de duobus fructuariis responsum est, quibus vsusfructus legatus est alternis annis, & ambo primo anno frui volunt, de quo scriptum est *in l. quoties. ff. de vsufruct.* In quo si quid incommodi est, de se queri debent, non de iudice, qui id pronuntiauit, quod natura iudicii ab illo exigebat. Nam quod dicitur prætorem non debere pati, vt litigatores ad rixas & arma procedant, tunc locum habet, cum prætor potest litigatores iurisdictione sua componere, vt adiectum est *in dicta l. si cuius. §. sed si inter.* Nunc autem in hoc iudicio res aliter componi non potest, quam vt qui in solidum possident, ita iubeantur possidere. Sed rursum ex hac re incidimus in id postremum incommodum, quod vitari non potest, si pronuntientur ambo possidere. Nam hoc interdictum comparatum est, vt pronuntietur vnus possessor esse, vt scilicet eo inuento possit petitoria actio institui: in qua vnus possessor esse debet, alter non possessor, sed petitor. *§. retinendæ. in Institut. de interdict.* Atqui duobus possessoribus in solidum constitutis aperte facimus contra hunc finem, neque ad petitoriam actionem siue ad caussam proprietatis peruenire possumus. Et hoc verum esse fateor, idemque & in hac re accidere intellexerunt veteres, quam etiam ob caussam & huic incommodo remedium quæsitum est, de quo mox dicam. Quod sane non alio spectat, quam, vt quamuis reuera ambo litigatores possideant sententia iudicis, tamen vnus possessor constituatur, vt sic iudex deinceps possit de proprietate cognoscere. Est autem id remedium, quod subiicitur *in hac l. vnica, illis verbis:*

*Ac † satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata de proprietate cognoscet.* His verbis, inquam, traditur remedium id, quod iam dixi. 25 Remedium tale est: Vnus ex litigatoribus offeret alteri satisdationem iudicatum solui, qua continetur, vt caueat se rem controuersam curaturum, & si aduersarius de proprietate vincet, se ei & rem & fructus & omnem caussam restituturum: quoniam scilicet ita iudicabitur, id est, condemnabitur. Si recipitur hæc satisdatio ab eo cui offertur, qui ita satisdabit, solus possidebit. Si non satisdabit, transferetur ab eo possessio in aduersarium eadem conditione, si & ipse vice mutua satisdabit: quo casu & ipse solus possessor habebitur. Ita plane intelligetur, vter sit possessor, vter petitor. Atque id ita fieri debere docet forma huius satisdationis edicto perpetuo constituta. Hanc sententiam esse huius loci interpretor: quam conuenientem esse huic loco, intelligi potest ex iis, quæ de satisdationibus huius generis referuntur *titul. Instit. de satisdat. in princ.* Illic traditur, a possessore, qui rei vindicatione conuenitur, olim exigi solitam satisdationem iudicatum solui. Exigi autem solitam hanc edicto perpetuo, licet existimare ex eo, quod & ceteræ satisdationes, de quibus illic agitur, edicto perpetuo iniungebantur: argumento sunt satisdationes, quæ a procuratoribus & defensoribus illic exiguntur: de quibus edicto de procuratoribus comprehensum esse constat. Quo minus autem dubitemus, eam satisdationem hoc loco accipere, Asconius faciet, qui testatur eam ipsam vsurpari solitam in lite vindiciarum, id est, in lite, quæ est de possessione, de qua ipsa nunc agitur. Sic enim ille scribit *in 3. actione in Verrem.* Vindiciarum lis est, cum litigatur de ea re apud prætorem, cuius incertum est, quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præde vindiciarum aduersario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est. His verbis non aliam plane satisdationem significat, quam illam ipsam iudicatum solui, quæ olim exigebatur a possessore. In quo ius illud vetus superius, quod exstare dixi in Institutionibus, aperte confirmat. Potest tamen videri Asconius loqui de alio genere satisdationis: propterea quod satisdatio iudicatum solui præcipue concepta est de re restituenda & iudicato faciendo. Asconius autem meminit eius satisdationis, qua possessor hoc solum cauet, nihil se in re possessa deterius facturum. Sed nihilominus his verbis idem illud prius sensit: certe sentire debuit. Quo enim de re recte tuenda caueri aduersario, si hæc illi restitui aliquando non debet? Quod si ei vincenti restitui debet, omnino & de re restituenda, ac iudicato faciendo ei cauendum fuit. Ita fit, vt de ea ipsa satisdatione Asconius sentiat, quæ dicitur in vsu iuris *Iudicatum solui:* ea ipsa, de qua

apud Iustinianum scriptum esse ante dixi, & de qua in controuersia possessionis hoc loco Imperatores senserunt. Quid, si ambo litigatores volent satisdare, vt sic possessionem apud se retineant? Dicendum est eum in satisdando præferri, cui satisdatio oblata est ab aduersario, vt fit, cum ad tutelam gerendam vnus ex pluribus tutoribus satisdationem offert aliis contutoribus suis. Nam is præfertur in satisdando, cui satisdatio oblata est, vt is solus tutelam administret, vt declaratur *in §.1. Inst. de satisd. tut.* Quid, si is, cui satisdatio oblata est, non satisdet? dicemus ab eo possessionem transferri in eum, qui obtulit. Docet id forma in omnibus edictis satisdationem alicuius rei caussa exigentibus seruata: qua placet non satisdantis pœnam hanc esse, vt denegetur ei id, propter quod satisdatio exigebatur. *l. mutus. § pœna. ff. de proc.* Indicat & forma seruata in iis caussis, in quibus a possessore exigitur satisdatio. Vt, eum heredem, a quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, constitutum est cauere debere, vt ante sententiam: si non caueat, placet ad aduersarium possessionem transferri debere. *l. 5. §. 1. ff. vt leg. seu fid. no. cau. Paulus lib. 1. senten. tit. de satisd. in pr.* Sed adiiciemus hac lege transferri possessionem in aduersarium, si & ipse satisdet ei, a quo possessio transfertur. Quod quidem hic prætermissum est: sed satis intelligitur illis verbis, quibus iubetur forma edicti perpetui seruari. Intelligimus enim edicti hanc formam fuisse, vt is quoque vice mutua satisdaret, in quem possessio transfertur, quia edictam sic tuebatur possessorem, si satisdaret iudicatũ solui. Sed dubitatio sublata est *d. l. 5. §. 1. vt leg. no. ca.* vbi nominatim ita transfertur in aduersarium possessio, si ipse satisdet. Vter autem satisdabit, hic solus pro possessore habebitur. Ita fiet, vt iam possit præses de proprietate cognoscere, vt hic dicitur, non ante: quoniam hoc non constituto vter possessor sit, petitoria actio de proprietate, vt ante diximus, institui non potest. Ex quibus intelligitur, interpretationem superiorem & verbis conuenientem esse, & formæ veteris edicti consentientem, vtilem, & ad perplexitatem, quæ hic incidit, remouendam, quam maxime accommodatam: proinde si nihil aliud euidens contra proponatur, quam maxime retinendam.

Sed animaduerto ei duo obiici posse: de quibus sigillatim respondebo. Primum illud ipsum ius, quod de hac satisdatione ducimus *ex tit. Inst. de satisd.* Esto enim, fuerit ius illud vetus, quod dixi, vt a possessore exigeretur satisdatio *iudicatum solui.* At hoc ibidem sublatum est *in §. sed hodie.* Illic enim nunc eam non exigi scriptum est, cum quis actione in rem conuenitur.

26 Sed sciamus, † nihil his verbis de iure superiore in hac specie, de qua agimus, immutari. Scriptum enim id est in ea specie, cum vnus tantum ex litigatoribus possessor est, & de eo constat. Hic enim demum est, qui in rem actione conuenitur. *§. retinendæ. Instit. de interdict.* Ab eo vero possessore recte hodie receptum est, satisdationem istam *iudicatum solui* non exigi. Fit enim illi iniuria, si dum non satisdat, possessio illi aufertur, quæ ipsius erat: & præsertim si non possit satisdare. Sed etsi possit & nolit, tamen iniuriosum est satisdationem ab illo exigere. Nemo enim aliena petitione & alieno facto onerari debet. *l. in caussæ. in fin. princip. ff. de procur.* Est etiam contra hoc interdictum, quod tuetur possessorem. *l. 1. § penultim. ff. eod.* Nam si possessio ei aufertur, possessorem non tuemur: si satisdat, & ita apud eum manet possessio, ne sic quidem eum tuemur: hoc enim est non possidentem tueri, sed satisdantem. Bene igitur, vt dixi, ab eo, quem solum possessorem esse constat, satisdationem *iudicatum solui* non exigimus, de quo *in dicto §. sed hodie.* scriptum est. Sed alia caussa est, cum duo sunt possessores. Hic vno satisdationem offerente, ab altero satisdationem exigimus, aut ab eo possessionem transferimus, quia hic necessaria est ista satisdatio, vt constituatur vnus, qui solus pro possessore habeatur: quo non constituto, vt ante dixi, petitoria actio institui non potest. Neque fit alteri non satisdanti iniuria: quoniam si is de proprietate vicerit, satis ei & de re & de fructibus atque omni caussa cautum est per satisdationem. Porro in hac lege agi de his, qui ambo possident, primum declarant illa verba, *cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possideris.* deinde, quod satisdatio ea de caussa hic exigi videtur, vt sic præses de proprietate possit cognoscere. At hoc tunc solum facere necesse est, cum ambo possident, vt sic per satisdationem vnus possessor constituatur, non est tunc necesse, cum constat vnum tantum esse possessorem, quoniam & sine satisdatione vlla aduersus eum potest rei vindicatio institui.

Alterum † etiam incommodum obstat superiori 27 sententiæ. Nam si eum, qui satisdat, possessorem constituimus, adimimus alteri commodum possessionis, cum iubemus eum petitoris partes sustinere: quod commodum illi adimi non debuit, cum possessor fuerit. Sed facile vitatur hoc incommodum, si quis ex litigatoribus antiquiorem possessionem habeat cum titulo, quamuis nec satisdationem offerat. Nam hic semper potior erit in caussa proprietatis, siue ipse satisdabit, siue aduersario satisdante petitoris partibus fungetur. Cum enim duo rem aliquam a duobus non dominis acceperunt, is potior est, qui solus possidet. Si ambo tenent, is tuendus est, qui primum cœpit possidere. *l. si eares. §. vlt. ff. de act. em.*

Cum † hæc interpretatio conuenientissima est 28 huic loco, tum vero vt solam huic loco conuenire putem, hac collectione sum confirmatus. Nam si ex duobus litigatoribus vnum volumus esse possessorem, alterum reum, eumque vinci de possessione, & hic locum esse putamus illi satisdationi, de qua hic agitur, necesse est eam aut a victo exigamus, aut a victore eodemque possessore. A victo nulla est, quæ exigatur, nisi hæc, vt satisdet, se possessorem eundemque victorem non impediturum, quo minus possideat. At hæc cautio in seruitutibus tantum exigitur, quod exemplum ad res corporales transferendum non est, vt supra docuimus. Sed & in seruitutibus cautio tantum exigitur in hac specie, non satisdatio, vt patebit ex iis locis, quos de hac re citauimus: nunc autem de satisdatione hic quæritur. Sed nec a reo victo exigitur trãslatio possessionis, quamuis iniuste possideat. Etsi enim is possideat vi ab actore, quo nomine & ab eo victus est: tamen possessio in actorem non transferetur ex hoc interdicto: quoniam non est interdictum recuperandę possessionis. *l. 1. §. est igitur. ff. eod.* Itaque cum hanc sententiam posuisset Franciscus Duarenus *libr. 1. Disputat. capit. 21.* merito videtur notatus a Barone *hoc titulo:* item a Cuiacio *libr. 1. recept. sentent. Pauli titul. 1. de satisdatione.* Quanquam in posteriore reprehensio ferenda non videtur, quod cum hanc sententiam etiam cum conuitio auctoris insectatus esset, tamen postea

eam

eam ipsam sententiam non tantum consignauit literis, sed etiam a seipso dissidens pluribus verbis confirmare conatus est, *lib. 1. Obseruat. cap. 22.* sed frustra. Nam semper hoc tenebimus, hoc interdicto amissam possessionem non recuperari, eoque ab eo, qui vi possidet, possessionem hoc interdicto non transferri. Quod si a victore, eodemque possessore, qui solus possessor declaretur, satisdationem hanc exigemus: aut erit satisdatio *iudicatum solui*, quam Accursius intellexit, aut satisdatio *de re conseruanda*, qualis a possessore hereditatis exigitur. *l. 5. ff. de pet. her.* vt sunt interpretati Baro & Cuiacius superioribus locis. At satisdationem *iudicatum solui* intelligere non possumus: hæc enim in hac specie hodie non exigitur. *d. §. sed hodie. Inst. de satisd.* Illam alteram multo minus. Primum quia quibuscunque in locis satisdatio illa a possessore exigitur, ex ipsa lectione constabit exigi eam a possessore hereditatis, *vt d. l. 5. de pet. her. l. bonis. §. vlt. ff. de Carb. edic. l. ex libero. §. vlt. ff. de quæst.* Cur a possessore hereditatis tam constanter, nisi vt intelligeremus a possessore rerum singularum in iudicio de proprietate eam non exigi? *arg. in l. ex eo. ff. de test.* Tum autem cur a possessore hereditatis hæc satisdatio exigatur, certa ratio est. Sunt enim in hereditate res multæ, quas vendi oporteat multis de caussis: in quibus distrahendis deminui hereditatem iniquum est sine satisdatione, qua petitori caueatur: vt declaratur pluribus *in d. l. 5. ff. de pet. her.* Cessat hæc ratio, cum res vindicatur: neque enim ea alienatur, neque alienari potest in fraudem eius actoris, qui se dominum contendit, vt proinde aduersus id periculum, quod nullum est, superuacua sit satisdatio. Quæ si ita sunt, conficitur, quamdiu vnus ex litigatoribus possessor est, & id constat, ei satisdationi, de qua hic agitur, locum esse non posse. Atque hoc rursum si ita est, relinquitur ei tunc solum locum esse, cum ambo litigatores possident, eamque in hac perplexitate instituendæ petitionis explicanda satisdationem esse *iudicatum solui*, quæ ab alterutro exigatur, vt constituatur scilicet vter sit possessor, atque hoc ita constituto, sic deinde de proprietate agatur, de qua agi, nisi aduersus possessorem non potest.

## AD TITVLVM VII. COD. De Tabulis exhibendis.

*L. vnica.*

Impp. Valer. & Gallien. AA. Germano.

*Si in potestate patris fuerunt impuberes filii, & vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus cœpit hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto vti potestis. PP. 7. Kal. Maii, Seculari & Donato Coss. 261.*

SVMMARIA.

1 *De tabulis ad caussam testamenti pertinentibus propositum interdictum de tabulis exhibendis. Tabularum verbum.*
2 *Ad caussam testamenti pertinere quid.*
3 *De imperfecto testamento an competat hoc interdictum, & l. 1. § siue autem. item l. 2. § 1. ff. de tab. exh. conciliata cum Africano in l. si quis legatum. ff. ad l. Cor. de fal.*
4 *Relictæ tabulæ quæ.*
5 *Interdictum aduersus eum, penes quem sunt tabulæ; aut qui dolo fecit, quo minus essent: & hi qui.*
6 *Hactenus tamen aduersus istos, si negent penes se esse aut fuisse, aut negent aduersarii quidquam interesse.*
7 *Ei competere hoc interdictum, qui tabulis, de quibus agitur, quid adscriptum habet: & qui in hac caussa.*
8 *L. vnicæ. C. hoc tit. sententia.*
9 *Heredes & legatarios de tabulis exhibendis agentes probare posse se tales esse, etiam non inspectis verbis testamenti: quia hic non fit controuersia ex testamento, sed de testamento.*
10 *Tabulas exhiberi ex hoc interdicto huc spectare, vt testes signa sua recognoscant, atque his recognitis tabularum fides confirmetur.*
11 *Hoc interdictum arbitrarium esse: hinc præcedere iussum iudicis de tabulis exhibendis; cui si non paretur, sequi condemnationem in id, quanti actoris interest, alias vere, alias iureiurando in litem æstimatum.*
12 *Hoc interdictum ideo necessarium fuisse, quia in eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, nulla alia actio fuerit, & quid distet ab actione ad exhibendum, & ea parte edicti, quemadmodum testamenta aperiantur.*

Siue huius rescripti, quod hic ponitur, rationem quærimus, siue illud, quomodo interdicto *de tabulis exhibendis* recte vtamur, quod inscriptio pollicetur: vtraque de caussa faciendum est, vt huius interdicti sententiam cognoscere debeamus. Eam igitur paucis exponam. Exstat interdictum *in l. 1. in pr. ff. eo.* In quo hæc obseruanda sunt: Quibus de rebus detur: Aduersus quem: Cui: Cuius rei gratia: Quæ hic condemnatio & officium iudicis.

Datur de † tabulis, quas quis ad caussam testamenti sui pertinentes reliquit. *Tabularum* verbo omnis materia intelligitur, in qua quid scriptum est, quod pluribus verbis explicatur *in l. 1. de bon. pos. sec. tab.* Veteres primum tabulis vsi sunt ad scribendum. Hinc nomen natum. Res mutata est postea, nomen mansit. Inde illa: Bonorum possessio contra tabulas, & secundum tabulas. *§. 1. Inst. de bon. poss.* Et primæ & secundæ tabulæ, de patris & filii testamento. *l. 2. §. interdum. l. patris. & passim. ff. de vulg. & pupill. subst.* 1

Ad † caussam testamenti pertinere dicitur, quidquid ab aliquo ita scriptum est, vt pro testamento esset, aut ad testamentum pertineret, vt codicilli, & quæcunque sunt scripturæ, quibus aut adiicit testator testamento, aut obscurius scriptum interpretatur. Ergo de his omnibus hoc interdictum est. *l. 1. §. hoc interdictum. ff. eo.* Non distinguitur in interdicto, vtrum iustæ sint, an iniustæ tabulæ: plures, an vnæ: primæ, an postremæ. Ex quo intellectum est, ad istas omnes hoc interdictum pertinere, vt pluribus verbis explicat Vlpianus *in l. 1. §. siue autem. & in fi. & l. 2. & 3. in pr. ff. eo.* Idem traditur *in l. 2. ff. quem. test. aper.* 2

Illud † visum est hoc loco pluribus explicare, quod de imperfecto testamento, quod signatum non est, quæritur, an & de eo hoc interdictum locũ habeat. Negat enim Africanus *in l. si quis legatum. ff. ad leg. Cor. de fal.* Vlpianus autem contra *in l. 1. §. siue autem. ff. hoc tit.* ita scribit: *Itaque dicendum est ad omnẽ omnino scripturam testamenti, siue perfectam, siue imperfectam hoc interdictum pertinere.* Vera est Africani sententia, quoniam quod testamentum non est signatum, non tam inutile est testamentum, quam nullum. Interdictum autem tabulas testamenti exigit. Non aduersantur supra scripta verba Vlpiani. *Imper-* 3

*fecta* enim *scripturæ* verbo apud illum intelligere debemus id testamentum, quod signatum est, sed alias iure non valet. Etsi enim dicit, interdictum pertinere ad omnem omnino etiam imperfectam scripturam, quibus verbis omne testamentum imperfectum comprehenditur: tamen non simpliciter dicit *ad omnem scripturam*, sed addit *testamenti*. Hoc verbo satis testamenti non signati tabulas excludit: iam enim dixi, aperte non esse testamentum, quod signatum non fuit. Vnde nec ex eiusmodi testamento dat prætor bonorum possessionem secundum tabulas: quam tamen ex omni testamento rite signato, quamuis alioqui iure ciuili non consistat, pollicetur. *§. non tamen. Inst. quib. mo. test. infir. l. 1. §. pe. & vlt. ff. de bo. poss. sec. tab.* Videndum tamen, ne idem Vlpianus *in l. 2. §. 1. ff. quem. test. ap.* etiam imperfecta testamenta, quæ signa testamenti non habent, dicat abusiue testamenta dici, & ad caussam testamenti videri pertinere, quibus verbis hoc interdictum conceptum est: sic enim scribit: *sed abusiue testamenta ea quoq; appellamus, quæ falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta: itemq; imperfecta solemus testamenta dicere.* Hic imperfecta distinguit a prioribus: quæ si distinguimus, non possunt imperfecta alia intelligi, quam quæ signata non sunt. Priora enim vitia sunt aut ex persona testantis, aut ex præteritione liberorum, aut ex his, quibus postea testamenta infirmantur. Quibus exceptis, solum id vitium relinquitur, quod est ex solemnibus testamenti omissis. Nec *pro itemq;*, quod legitur in Pand. Flo. recte legetur, itaque, vt in hac collectione seu illatione intelligamus eadem testamenta, de quibus prius locutus erat: quoniam ineptissima esset hæc collectio & nugatoria, ea quæ iure non valent, appellamus testamenta: ea ergo ipsa solemus testamenta appellare. Sed hæc sententia est Vlpiani, vt addat aliquid prioribus, & dicat non solum priora testamenta, quæ vitio aliquo interiori laborant, abusiue testamenta dici, & edicto illo contineri, sed etiam illa, quæ sunt imperfecta, id est, non signata, & manifestis solemnibus destituuntur. Num ergo in his edictum illud locum habet? Habet auctore Vlpiano, sed non ideo de his interdictum *de tabulis exhibendis* competit. Nam edictum pertinet ad eum, qui fatetur tabulas esse apud se. *l. 2. §. vlt. ff. quem. test. ap.* Non est iniquum, eum, qui id fateatur, compelli eas exhibere, quod sine iudicio & nullo negotio potest facere. Interdictum aduersus eum datur, qui negat penes se esse tabulas. *d. l. 2. §. vlt.* Non debet facile iudicium institui, & molestia iudicii neganti intentari in iis tabulis, quas aperte non esse tabulas testamenti constat: quod fit, vbi non esse signatas inter litigatores conueniet. Nisi quis malit, de imperfecto testamento etiam quod signatum non sit, competere non solum remedium superioris edicti, sed etiam interdictum *de tabulis exhibendis* propter generalitatem vtriusq; loci, de imperfecta scriptura testamenti definientis hanc quoque testamentum dici: Africanum autem sic conciliemus, vt idem affirmet. Quod quidem efficere possumus non emendatione aut restitutione vlla verborum, sed ordine duorum verborum conuerso, ita commode, vt eadem verba retineantur, & optime constet verborum contextus, eiusque sententia. *Ceterum*, inquit, *si signatum testamentum non fuerit, magis est, vt senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet.* Sic est lectio vulgaris. Hæc verba, *sicuti nec*, conuertamus, vt sit, *nec sic vti*, vt conuertatur ordo, & tria verba distincte efficiantur, consentientem sententiam habebimus, salua recti sermonis ratione. Erit enim hæc lectio, atque hic sensus: *magis esse vt senatusconsulto locus non sit, nec sit sic, vti interdictum de tabulis exhibendis de huiusmodi testamento locum habet:* quasi diceret, hic senatusconsulto locum non esse. Et hoc videtur melius & verius. Nam si dicamus, de imperfecto, id est, non signato testamento non competere interdictum, quia id non sit testamentum, dicendum erit nec competere id de falso; quoniam quod testamentum falsum esse constet, id multo minus testamentum est, cum testationem defuncti omnium minime habeat: & tamen de falso testamento etiam quod tale esse constiterit, interdictum competit.

*Relictæ tabulæ* dicuntur, † quæ post testatorem, id est, mortuo testatore relinquuntur, & exstant. Ideo ergo hoc additum est, vt intelligeremus, hoc interdictum ad viui tabulas non pertinere. *l. 1. §. pen. ff. eod.* Viuus de tabulis exhibendis agit actione ad exhibendum. *l. 3. §. si ipse. ff. eo.* 4

Datur † hoc interdictum aduersus eum, penes quem sunt tabulæ, aut qui dolo fecit, quo minus penes se essent. Penes eum esse intelliguntur, qui aut corpore suo eas tenet, & habet exhibendi facultatem, aut ita apud alium posuit, vt alieno corpore possideret, veluti si tabulas apud alium deposuit. Nam per depositarium, commodatarium, & similes personas possidemus. *§. possidere. Inst. de interd.* Inde recte dictum est ab Vlpiano *in l. 3. § si tabulæ. ff. eo.* si quis tabulas apud aliquem deposuerit, vtrumque hoc interdicto teneri, & eum apud quem sunt depositæ, quia tenet: & eum qui deposuit, quamuis sine dolo desierit tenere corpore suo. Ideo autem hic tenetur, quia tenet nihilominus per eum, apud quem deposuit, vt supra dixi. Dolo desiit tenere, qui aut supprimendi animo fecit, quo minus tabulas apud se haberet, aut cum sciret legatum vel hereditatem peti, ideo tabulas alii tradidit, ne ipse conueniretur. *l. 3. §. si quis dolo. ff. eod.* Etsi † autem nihil amplius additum est in hoc interdicto, quam eum teneri, penes quem tabulæ sunt: tamen sciendum est, non simpliciter eum teneri, sed hac conditione dumtaxat, si aut neget penes se esse tabulas, quæ penes eum esse dicuntur, aut neget se exhibere oportere, quia forte aduersarii nihil intersit, hoc Vlpianus *in l. 1. §. 1. ff. eo.* Sed cum in interdicto non sit, vnde hoc est ab illo sumtum? Ex natura iudicii, quo agitur. Interdictum proponitur: proinde actio, & actio qua iudicio agitur, vt est definitio actionis, *Inst. de act. in pr.* Nulla est autem hæc actio: proinde nullum interdictum aduersus eum, qui confitetur, nec vlla defensione aut exceptione vtitur. Hoc enim est, quod dicitur, in confitentes nullas esse partes iudicandi. *l. proinde. in fin. ff. ad l. Aquil.* Quid igitur, si quis fateatur, penes se esse tabulas; an nō exhibere cogetur? Imo multo magis, sed id alia parte edicti efficitur, nō hoc interdicto, de quo in extremo dicemus. Datur † hoc interdictū, illi: sic enim verba sunt interdicti: *Illi exhibeas.* Illi, sic accipe petēti, & interdicto hoc agenti. Quid ergo, an omni petenti hoc interdictū competit? Et placet non competere, sed ei tantum, qui testamento, siue his tabulis, de quib. agitur, quid adscriptum habet. *l. 3. §. solent. ff. eo.* Rursum hic quæro; cum hæc verba interdicti ad omnem petentem referantur, cur de eo, quem supra dixi, interdictum tantum interpretemur præter vim & significationem 5 6 7

tationem verborũ. Sumtũ hoc est ex vi & potestate huius interdicti, ac proinde ex sententia. Intelligendum est enim condemnationem ex hoc interdicto esse in id quod actoris interest. *l. 3. §. condemnatio. D. eo.* Quod si ita est, inutile est hoc interdictum ei, cuius nihil interest. Porro tabulas exhiberi, eius tantum interest, qui quid testamento adscriptũ habet. Quare huic solum interdictum vtiliter competit. Qui testamento aliquid adscriptum habent, duo sunt: heres, & is cui quid legatum aut fideicommissum est. Sic fit, vt solis legatariis & heredib. hoc interdictum competat. Vtrisque competere certum est, *ex d. §. condemnatio.* Veruntamen de heredibus nonnihil dubitari potest, propterea quod *in l. 3. §. si ipse, D. eo.* scriptum est, omnes qui corpora tabularum sua esse dicunt, ad actionem ad exhibendum remittẽdos esse, neque hoc interdictum habere. Atqui corpus testamenti est heredis, de quo sic habendum est. Non semper corpus testamenti est heredis. fieri enim potest, vt heres nondum hereditatem adierit. Fieri potest, vt adierit, sed solus non sit heres, vt proinde nec testamentum sit eius solius. Quibus casibus nemo dubitabit, quin illi interdictum *de tabulis exhibendis* competat, nec quidquã obstet superior locus. Quod si solus erit heres & hereditatem adierit; vt corpus testamenti eius est: ita sine dubio ad exhibendum agere potest *de tabulis exhibendis*, vt diserte scriptum est *in l. 3. D. quem test. ap.* Sed nihilominus & de tabulis exhibendis interdicto potest experiri, vt constat *ex dict. leg. 3. §. condemnatio.* Neque obstat, quod supra dixi *ex dict. §. si ipse.* eos, qui corpora tabularum sua esse dicunt, hoc interdictum non habere. Nam cum heres hoc interdicto agit, nõ agit de testamento tanquam suo, seu eo quod suum esse contendit, sed tanquam de eo, in quo aliquid adscriptum habet, quæ huius interdicti intentio est.

8 Vtcumque est, semper hoc manet, nisi quis legatarius sit, aut heres, ei hoc interdictum nõ dari. Hinc pendet † rescriptũ huius tituli, cuius hæc est sententia: eos, qui se pupillis a patre substitutos esse dicunt, de tabulis, quibus substituti sunt, exhibendis posse hoc interdicto experiri aduersus omnes, penes quos sunt illæ tabulæ, si modo hæc quatuor concurrant: si ii, quib. actores substituti sunt, fuerint filii testatoris, a quo substituti sunt; si impuberes; si in potestate patris fuerint; postremo si decesserint. Quæ ideo exiguntur, quia ex substitutione pupillari, qualis hic obtẽdebatur, substituti non sunt heredes, seu quod idem est, substitutio nullius momenti est, nisi superiora illa quatuor cõcurrant, vt describitur hæc substitutio *Inst. de sub. pupill. in pr.* Proinde cum substituti hæc quatuor dicere debeant, vt qui aliter non sint heredes defunctorum pupillorum ex substitutione: dubitari nõ debet, quod ab interpretibus quæritur, quin eadem quatuor debeant probare, si ab aduersario negentur. iuxta regulas iuris, quib. efficitur, & dicenti incumbere probationem: & actore non probante reum absolui. *l. 2. D. de prob. l. qui accusare. sup. de eden.* His aũt probatis, nõ agent tantum substituti de tabulis pupillarib. exhibendis, id est, de ea parte testamenti, in qua substituti sunt filiis impuberib. sed agẽt de toto testamẽto patris: ꝑpterea ꝙ nõ exhibẽtur tabulæ pupillares, nisi totũ testamentũ patris exhibeatur, cũ sint pars & sequela testamenti paterni, ac sine eo nullæ sint. *§. igitur. §. liberis. Inst. de pupil. subst.*

9 Sed † hoc admisso, hoc interdictum nõ nisi heredibus aut legatariis competere, & iis, qui se tales esse probent: incidit hoc interdictum in eam difficultatem, vt iam plane videatur esse inutile. Nam qui se heredem dicit institutum, aut sibi legatum relictum esse, is aut tabulas testamenti habet, aut non habet. Si habet, hoc interdictum illi non datur, cum tabulæ sint penes eum, non penes aduersarium. Si non habet, non potest probare, sibi quid testamento esse relictum: sine quo hoc interdicto non vincit. Ideo autem non videtur probare posse, quia traditum est de iis controuersiis, quæ ex testamento nascuntur, inquiri veritatem non posse, nisi inspectis & cognitis verbis testamenti, *l. 1. D. quem. test. ap.* Sed hic non herebimus. Nam & sine testamento, quod penes se actor nõ habet, probare potest de iis, quæ testamento scripta sunt; puta, si qui forte testes testamentum prius legerint, aut si apud eos testatore iubente testamentum sit recitatum, quibus testibus actor vtetur. Nec obstat, quod dicitur, *nõ inspectis verbis testamenti, non posse inquiri veritatem de iis controuersiis, quæ nascuntur ex testamento.* Nam quæstio huius interdicti, non ex testamento est, vbi nihil ex testamento petitur, sed de testamento, id est, corpore testamenti.

Datur † hoc interdictum huius rei gratia, vt tabulæ exhibeantur, seu vt fiat videndarũ tabularum copia, *l. 3. §. hoc interdictum, D. eod.* Exhibitio tabularum huc spectat, vt confirmẽtur recognitis signis testium. Vnde hanc exhibitionem non apud iudicem huius interdicti, si forte is iudex erit priuatus, sed apud prætorem fieri oportet; vt scilicet eius auctoritate conuocentur testes testamentarii recognoscendorũ signorum suorum caussa; qui si vocati nõ adsint, coercebuntur. Hæc *in d. l. 3. §. hoc interdictum. D. eo.* Coercentur autem testes aut pignoribus captis, aut mulcta indicta, quæ sunt magistratuum remedia ad cogendos eos, qui sponte non parent, vt indicatur *in l. 1. §. ex hoc rescripto. D. de inspic. vent.* Ad hunc locum pertinet *l. 4. & seqq. D. quem test. ap.* 10

Hac † petitione constituta, vt tabulæ exhibeãtur, hoc vnum officium iudicis esse videri poterit in hoc interdicto, vt condemnet aduersarium, vt tabulas exhibeat, quo facto iudex esse desinat; propterea quod sententiam petitioni conuenientem esse oportet, *l. vlt. C. de fidei. liber.* Sed he hic erremus, monendi sumus, ex hoc interdicto aduersus eum, qui non exhibeat, condemnationẽ esse in id, quod actoris interest, *l. 3. §. condemnatio. D. eo.* Neque hæc inter se contraria sunt. Nam in hoc interdicto vtrumque facit iudex. Primum iubet reum tabulas exhibere, vt interdicti verba declarant, illi exhibeas: & ad exhibitionem dat tempus pro distantia locorum. *arg. l. 2. §. pen. D. quem. test. aper.* Hæc sententia non est, sed iussus iudicis tãtum, quod arbitrium a nostris auctoribus appellatur. Nam si sententia esset, statim post hanc sententiam iudex esse desineret, qui iussit exhibere, *l. iudex posteaquã, D. de re iud.* Si reus intra tempus præstitutũ non exhibet, hic sequitur illa condemnatio, quam supra dixi. Hoc si interdicto olim expressum fuit, bene est. Si non fuit, tamen hoc a veteribus recte dictum est ex certa natura & potestate huius iudicii. Sciendum est enim, omnia iudicia ad exhibendũ aut restituendũ cõparata esse arbitraria, vt indicatur *in §. præterea quasdam. Instit. de act.* Arbitraria sunt, qui ex arbitrio iudicis pendent, vt ibidem traditur, id est, in quibus prius arbitratur, id est, iubet iudex restitui aut exhiberi id, de quo quæritur, 11

quod si arbitrio non pareatur, tunc sequitur, quæ hinc pendet, condemnatio iudicii propria. Condemnatio autem in id, quod actoris interest, quod aduersus eum, qui dolo non restituit, æstimatur, quanti in litem ab actore iuratum est: aduersus eum autem qui non restituit culpa, quanti vere res est. Hæc regula posita est *in l. qui restituere, D. de rei vind.* de vindicatione quidem potissimũ, de qua illic agitur: sed tamen ita, vt definiatur in extremo, hanc sententiam ad omnes actiones & omnia interdicta pertinere, quibus arbitrio iudicis quid restituitur. Si in restitutoriis iudiciis hoc ius est, quia iudicis arbitrio non paretur: hoc idẽ & in exhibitoriis seruari oportet: quoniam ambo pariter sunt arbitraria, id est, ex arbitrio iudicis pendentia pariter. *d. §. preterea, de act.* Vnde & in actionibus ad exhibendum similiter in litem iuratur aduersus eum, qui iussus non exhibet, *l. in actionibus, D. de in lit. iur.* Hinc intelligi poterit, quomodo interpretandum sit, quod de condemnatione huius iudicii scribitur *in d. l. 3. §. condemnatio.* Cetera huc pertinentia ex eo §. recte petentur.

12 His † expositis de vi & natura huius interdicti, quæsitum est, quid opus fuerit hoc interdicto, cũ videatur aliis actionibus & aliis partibus iuris in hanc exhibitionem satis consultum fuisse. Nam primum actio *ad exhibendum* generalis est de omnibus rebus proposita, quas exhiberi volumus, & omnibus proposita quorum interest rem exhiberi, *l. 3. §. sciendum, D. ad exhib.* Deinde in specialis actio desideratur de tabulis testamenti exhibendis, de ea cautũ est ea parte edicti, qua edicit prætor, quemadmodũ testamenta aperiantur: vbi pollicetur omnibus desiderantibus, se daturũ, vt his tabulę exhibeantur, *l. 1. D. quem. test. ap.* Sed neutra harum actionum ad eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, pertinet. Idcirco de ea specie aut nullam actionem esse oportuit, aut constitui nouam in hoc interdicto. Nam primum actio ad exhibendum solis his datur, qui corpora sua esse dicunt, aut ad ius suum pertinentia: puta bona fide a se possessa, sibi pignori obligata, se in his vsumfructum habere, aut saltem sibi spem esse ea aliquando sua fieri posse, vt patet *ex l. 3. §. si ipse. D. hoc tit. item ex l. 3. § est autem. & §. interdum. D. ad exhib.* Porro qui ex hoc interdicto desiderat tabulas exhiberi, neque tabularum dominus est, neque dicit tabulas ad ius suum pertinere, vt exhibitas vindicet. Datur enim interdictum legatariis: datur heredibus nondum adita hereditate; datur heredibus ex parte institutis. Quare in hanc caussam actio *ad exhibendum* esse non potuit. Quod autem attinet ad eam partem, qua cauet prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: sane illic edicit se exhibitionem tabularum concessurum: sed longe alia conditione, & aduersus alios, & longe dissimili effectu, quam in hoc interdicto. Nam illa parte cogit exhibere eum, qui non negat apud se esse tabulas. Ipse cogit tanquã magistratus, non tanquam iudex. Ideo & cogit longe aliter, quam iudex ex hoc interdicto. Nam eum, qui non negat tabulas apud se esse, omnimodo compellit exhibere, vt scribitur *in l. 2. §. vlt. D. quem. test. ap.* Omnimodo sic interpretandum est, vt eum, qui non exhibet, non condemnet in id, quod actoris interest, quoniam hic iudicis officio non fungitur: sed vt vi extorqueat ab inuito exhibitionem, vel tabulas illi auferendo, si habet præ manibus, vel mulcta indicta, quæ sunt remedia magistratus, *l. 1. §. 1. D. de insp. ven.* Ex hoc autem interdicto tantum agitur aduersus inficiantem, aut eum qui dicit se exhibere non oportere. Iudex cogit tanquam iudex, non tanquam magistratus. Cogendi ratio est in condemnatione, ex quo discrimẽ vtriusque remedii manifestum est. Sed cur prætor non eodem modo se gerit aduersus inficiantem? quia aduersus inficiantem iudicio opus est, vt conuincatur. *l. negantes, supra, de obl. & actio.* Iudicio autem & iudice cõstituto, nihil relinquitur, nisi sententia iudicis, quæ aut in absoluendo est, aut in condemnando, *l. 1. ff. de re iud.* Aduersus confitentẽ nullo iudicio est opus. Idem tantum a magistratu vt magistratu, non vt iudice cogitur, *l. si debitori, D. de iud.*

## AD TIT. VIII. COD. DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEU DEDUCENDIS, & DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

SVMMARIA.

1 *De liberis hominibus quæ interdicta. & nu. 5.*
2 *Interdictum de libero homine exhibendo, aduersus quem, & quibus.*
3 *Si quis hoc interdicto iussus non exhibet, condemnationem esse, quanti actor iurauerit sua interesse vel ex affectu.*
4 *De liberis exhibendis interdictum cui, & aduersus quem detur, & quid distet ab interdicto de libero homine exhibendo.*
*Exhibere hominem aut liberos esse extra secretũ habere. ibidem.*
5 *De vxore exhibenda interdictum peculiare proditum marito: & id quale.*
*L. vlt. C. hoc tit. explicatur. ibid.*
6 *De liberis hominibus ducendis interdicta proposita duo: patri de filio, quem in potestate habet: marito de vxore: aduersus quem, & quid sit ducere.*
7 *Aduersus filium negantem se esse in potestate non competere hoc interdictum, si de potestate solum sit controuersia: sed solum notionem prætoris: & cur vtrumque.*
8 *Notio prætoris, quid.*
9 *L. 1. §. 1. D. de rei vind. explicatur.*

De liberis hominibus † duo sunt genera interdictorum. Vnum, vt liberi homines exhibeantur, qui detinentur ab aliis. Alterum, vt eos ducere, seu abducere liceat, qui ad ius nostrum siue potestatem pertinent, vt domi nostræ haberi possint. Prioris generis duo sunt interdicta. Vnum de libero quouis homine exhibendo. Alterum de liberis, id est, de filiis nostris exhibendis. Prius † interdictum competit aduersus eum, qui liberum hominem retinet, sed hac conditione, si retineat dolo malo, vt sunt verba interdicti *in leg. 1. D. de liber. exhiben.* Is dolo malo retinere intelligitur, qui sciens liberum hominem esse, quem retinet, inuitum retinet, & sine caussa. Siue autem seruum putet, siue retineat volentem, siue inuitum quidem, sed iustam caussam habeat retinendi, hoc interdicto non tenetur. Hæc definitio est, quæ multis verbis explicatur ab Vlpiano *in leg. 3. §. hæc verba, & deinceps vsque ad §. ait prætor. D. de liber. homin. exhib.* Datur autem omnibus liberum hominem exhiberi desiderantibus, humanitatis & libertatis alienæ tuendæ caussa; nisi suspecta persona sit, quæ desiderat. Hoc idem quale sit, pluribus explicatur *in dict. leg. 3. §. hoc autem interdictum, de liber. homin. exh.* Sed † non immerito hic quæretur, si

tur, si homo liber non exhibeatur iussu iudicis, quæ
hic possit esse cōdemnatio, cū non sit condemnatio,
nisi in id, ꝙ actoris interest. quid aūt actoris interesse
potest, si extraneis personis hoc interdictū datur? Et
erit cōdemnatio in id, ꝙ actoris interest, non ꝙ ex
veritate æstimetur, sed iureiurando actoris, vt iuret,
quanti sua interesse putet etiā ex affectu, aut quanti
iniuriā illam æstimet quasi ad se pertinentē. Sic enim
lis estimatur in actionib. *ad exhibendū*, aduersus eum,
qui exhibere iussus, dolo aut contumacia non exhi-
bet, *l. 2. §. 1. l. in actionib. D. de in lit. iur.*

4 De liberis † exhibendis interdictum, eodē pertinet, quo su-
perius, nempe vt liberi nostri nobis exhibeantur. quo verbo in
vtroq; interdicto significatur, vt extra secretū habeantur, *l. 3. §.
ait prætor. D. eo. de lib. hom. exhi.* Sed præterquā ꝙ de liberis no-
stris, qui in potestate nostra sunt, hoc interdicto agitur, distat
etiam hoc interdictū a superiore duab. hisce in rebus. Primum
non cuiuis desideranti datur vt superius, sed patri dūtaxat, qui
filiū in potestate habet. *d. l. 1. D. de lib. exh.* Idq. ob hāc caussam,
ꝙ interdictū hoc datur patri, vt filium exhibitū ducere liceat,
*l. 3. §. 1. D. de lib. exh* Nulli autē ducendi ius est, nisi patri, qui fi-
lium habet in potestate. Deinde datur hoc interdictū, non vt
superius, aduersus eum, qui dolo malo filiū retinet, & nullam
retinendi caussam habet, sed aduersus omnē, qui filium apud
se habet, siue caussam retinendi habeat, siue nullā. Hoc pote-
stati patris tribuitur, *l. 1. §. in hoc interdicto. D. de lib. exh.* Sūt ta-
men, qui hoc interdicto non tenentur, vt mater interdum, *l. 3.
§. pe. D. de lib. exh.* vt maritus cōuentus de vxore sua exhibenda.
*l. 1. §. vlt. l. 2. D. eo.* Interdum etiā obstat patri rei iudicatæ exce-
ptio, si iudicatum sit, filium nō esse in eius potestate, *dict. l. 1. §.
pen.* De hoc interdicto accipienda est *l. 2. h. t.* Licet † in hoc ge-
nere adiicere tertium interdictū, de vxore exhibēda, ꝙ mari-
5 to datur aduersus omnē, qui vxorē eius retinet, etiā aduersus
patrē vxoris, de quo *in l. 2. D. de lib. exh.* Ac de hoc interdicto ac
cipiēda est *l. vlt. h. t.* in qua scriptū est, si de exhibēda filia Phi-
lippi patris agatur, etiam eum ipsum conueniri posse. Nō ad-
iicitur a quo, aut quo interdicto. Sed ex iis, quæ supra dixi, fa-
cile est intellectu. Nam cum ipse pater conueniatur, perspi-
cuum est hic non agi interdicto de liberis exhibendis, quo
pater agit, non autem conuenitur. Sed nec quemliber acto-
rem intelligemus, qui de hac filia exhibēda experiatur inter-
dicto de libero homine exhibendo. Nam hoc edictum ad-
uersus patrem nō competit. *l. 3. §. si tamen, D. de lib. hom. exhib.*
Restat igitur, vt soli marito hic interdictū detur, quo deside-
ret vxorē suam a socero sibi exhiberi, *iuxta d. l. 2. ff. de lib. exhib.*

6 De liberis † hominibus ducendis duo interdicta sunt, quo-
rum vnum propositū est patri de filio ducēdo, quem in pote-
state habet, *l. 3. in pr. D. de lib. exh.* alterū marito de vxore ducen-
da, vt constat *ex d. l. 2.* de quo eadem dicēda sunt mutatis per-
sonis, quæ de interdicto *de liberis ducendis* dicemus. Datur aūt
interdictum *de liberis ducendis*, vt filium ducere liceat, id est, se-
cum domū abducere, vt ibi habeat, aut vbi velit, & ea mādata,
quæ velit, exigat pro imperio & potestate patris. Datur aduer-
sus eum, qui filium retinet quouis modo, vt illud de liberis ex-
hibendis, sed ita, si inuitum apud se habeat. Nam si volentem,
magis filius apud se esse intelligitur, quā apud eum cum quo
agitur. *l. vlt. D. eo.* Aduersus aūt filium ipsum, qui negat se esse
in potestate patris, interdum hoc interdictum datur: sed hac
conditione solum, si is quasi sui iuris esset, hereditatē adierit,
aut quid aliud acquisierit, quod pater tāquam a filiofamilias
quæsitum suum esse dicat, filius aūt neget se esse in potestate
patris, *l. pen D. de lib. exh.* Ad quam speciē referri debet, *l. 1. h. t.*

7 Ceterum † si solum de potestate erit controuersia inter pa-
trem & filium ipsum hoc interdicto aduersus filiū non agitur,
sed succedit notio prætoris, *vt est in l. 3. §. hoc aūt interdictū. D.
de lib. exh.* Sed cur aduersus filium ipsum hoc interdictum non
datur, cum is non minus suæ potestatis controuersiam faciat,
quam extraneus quiuis? Quia in omni actione, qua de re ali-
qua agitur, oportet rem distinctam esse ab eo, aduersus quem
agitur. Est enim omnis actio de re aliqua aduersus aliquē, *§. 1.
Inst. de act. l. actionum. D. de obl. & act.* At si aduersus filium, qui
controuersiam suæ potestatis faciat, agitur, idē erit & is, cum
quo agitur, & res, de qua agitur, nempe quæ petitur ad dedu-
ctionem. Quapropter in hanc speciem actio non cadit.

8 Et tamen † quia filius impune controuersiam suæ potesta-
tis facere non debet, in hac re imploratur officiū prætoris seu
magistratus, qui ipse hac de re cognoscet & iudicabit. Hæc
est illa, quæ hic notio prætoris appellatur. Sed cur hic magis
notio prætoris dicitur, quam in interdicto aut in actione a-
lia? Non quod prætor in aliis actionibus cognoscere non po-
tuerit, aut iudicare: nam qui ipse aliura iudicem dare potest, &
ipse iudicādi ius habet, de qua re alias. Sed quia ita cognosce-
re potuit prætor in ceteris actionibus, vt tamen non haberet
necesse, sed iudicem dare posset. Et vero ita in more positum
erat Romanis, vt prætor iudicem dare soleret, & iudicium. At
hic, vbi notio prætoris appellatur, sic ipse cognoscere potuit,
vt etiam debuerit, nec potuerit alium huius rei iudicem dare.
Vnde notio prætoris per excellentiam dicta, vt sit prætoris
solius, non alterius cuiusquam, quem prætor iudicē dederit.

Ex his iam intelligitur, de iis liberis seu filiis, qui in potesta-
te patris non sunt, aut filii eius negantur, neque interdicta es- 9
se, neque cognitionem prætoriam, sed de his, si quid ab his,
tanquam filiis exigamus, præiudicium redditur. Ex † quo
rursum intelligi potest, quæ sit sententia Vlpiani in *leg. prima,
§. 1. D. de rei vind.* vbi ita scribit: *Liberi nostri per hanc actio-
nem non petuntur, sed petuntur aut præiudiciis, aut interdictis,
aut cognitione prætoria.* Præiudiciis petuntur, qui se filios no-
stros negāt. Hoc enim cum fit, redditur aduersus eos præiudi-
cium, id est, præiudicialis actio, similis illi, quæ dicitur de par-
tu agnoscendo *in §. præiudiciales, Inst. de act.* Est enim actio,
qua id agitur, vt filius noster esse agnoscatur, siue actio, in qua
quæritur, an quis filius noster sit, necne. Quæ ideo præiudi-
cium vocatur, quia cū quis filius noster esse iudicatus est, hoc
iudicio vna eademque opera de aliis omnibus controuersiis,
quæ ex hac caussa pendent, iudicium factum iam ante vide-
tur. Hæc autem inde pendent, vt filius noster nobis honorem
exhibeat, obsequium præstet, nullam actionem, quæ turpitu-
dinis significationem habet, aduersus nos instituat, nos egen-
tes alat, *l. 2. l. licet. & seqq. D. de obseq. paren. & pat. præst. leg. si
quis a liberis. §. si vel parens. D. de agnosc. lib.* Petuntur liberi in-
terdictis ii, qui sunt in potestate nostra, si ab alio retineātur.
Interdictis dicimus, quia sunt plura. Vnum *de liberis exhiben-
dis*: alterum *de liberis ducendis*, re inter se, vt apparet, maxime
distincta. Quod si filius se ipse in potestate nostra esse negabit,
neq; ab alio detinebitur, hic notio prætoris locū habet, quam
in superiore loco Vlpianus cognitionem prætoriam appellat.

# AD TIT. IX. DE PREC. ET SAL. INT.

## *Ad L. Primam.*

Imper. Gordianus Aristoni.

*Si te nō remittēte pignus, debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt,
venundedit, integrum tibi ius est persequi, non interdicto Saluia-
no (id enim tantummodo aduersus conductorem debitoremue cō-
petit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur,
vtilis aduersus emtorem exercenda est, PP. 6. Idus Septem. Pio &
Pontiano Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Saluiani interdicti summa.*
2 *De rebus coloni competere interdictum Saluianum: si adhuc coloni sunt, directum: si alienata sunt, vtile.*
3 *Saluianū ad res obligatas alterius debitoris quam coloni non pertinere.*
4 *Saluianum competere non de omnibus rebus obligatis coloni, sed de inuectis & illatis in fundum.*
*L. 1. D. de Sal. interd. exposita.*
5 *Saluianum domino competere aduersus quemuis possessorem de rebus coloni inuectis.*
6 *Lectio l. 1. C. de Sal. int. emendata.*
7 *Quorsum interdictum Saluianum, cum de iisdem rebus competat actio Seruiana in rem.*

HOc rescriptum de Saluiano interdicto est, cuius 1
interdicti hæc est summa. Propositū fuit Saluia-
num interdictū de reb. coloni in fundū conductū in-
uectis & illatis, quas colonus domino fundi pignori
futuras pepigit, ꝓpositum de his reb. domino fundi
aduersus quēuis earū rerum possessorē. Hæc partim
posita sunt *in §. interdictū quoq;. Inst. de interd.* partim
a Theophilo ibidē & suis locis alibi confirmātur, vt
indicabimus. Est † hoc interdictum de rebus coloni. 2
Proinde si ex inuectis & illatis rebus quid vendiderit
& alienarit colonus, de eo hoc interdictum non
competet secundum verba, quia res coloni esse de-
sierint. Hinc dubitatio huius leg. primæ. Et conue-
nienter iis, quæ diximus, respondetur, de rebus ita
alienatis hoc interdictum nō competere. Sed de di-
recto hoc dictum interpretandum est, ceterum v-
tile dabitur *leg. prima, in prin. D. eod.* Neque enim

colonus pignus alienando potuit conditionem creditoris facere deteriorẽ, *l. debitorem, infr. de pig.* Co-
3 loni dicimus, vt intelligatur de rebus alterius debitoris, quam coloni, & conductoris hoc interdictum nõ dari, quantumuis creditori pignori obligatæ sint. Quapropter quod in hac *l.* 1. scriptum est, *hoc interdictum aduersus conductorem debitoremue competere*, oratio disiunctiua est, quæ pro coniuncta accipi debet, vt sit sensus: aduersus conductorem, qui & idem debitor sit: quoniam si debitor esse desiisset, pignus solutum esset. Id autem facimus ex vsu iuris recepto. vbi sententia ita exigente modo coniuncta pro disiunctis, modo disiuncta pro coniunctis accipimus,
4 *l. sæpe. D. de verb. sig.* Est † de inuectis & illatis. Quod prætermissum apud Iustinianum recte positum est a Theophilo: & satis colligitur ex *l. 1. in pr. D. eo.* Ait enim Iulianus, si ancilla a colono inducta sit in fundum conductũ, deinde prægnans vendita apud emtorem pepererit, de hoc partu interdictũ vtile competere: significans non competere directum. Quod non alia ratione dici potuit, quam quod hoc interdictum sit de illatis & inuectis in fundum: hic autem partus reuera non fuerit in fundum inuectus, aut illatus. Cur ergo vtile etiam de hoc partu datur? Quia si ancilla prægnans inducta fuit, quodammodo per eam etiam inductum videri potest, quod vtero eius continebatur. Et ideo bene monent, qui de hoc partu interdictum dant, si ancilla saltem apud colonum conceperit. *ex l. si conuenerit, §. si fundus, D. de pig. act.*
5 Hoc † interdictum domino fundi datur, cui scilicet res pignori obligatæ sunt. Datur autem non aduersus conductorem tãtum, sed aduersus quemuis possessorem. quod positum a Theophilo aperte probatur *in l. 1. §. 1. D. eo.* vbi Iulianus nominatim dat hoc interdictum aduersus extraneos, neque addit *interdictum vtile.* Vnde intelligimus & illum directũ dare. Nam si vtile intelligeret in hac specie, adiecisset, quemadmodũ prius fecerat in ea specie, de qua proxime responderat. Tum autem, si hoc interdictum aduersus conductorem tantum daretur, esset plane inutile, cum aduersus conductorem abunde sufficiat pignoratitia actio contraria de quauis re pignori data, quantumuis aliena, *l. 1. in fi. l. si rem. in pr. D. de pig. act.* Et tamen in hac *l.* 1. scriptũ est, hoc interdictum tantummodo aduersus conductorem debitoremue
6 competere. Ego † puto recte dici posse locum esse corruptum, & ita legendum esse, *aduersus conductorem debitorisue competit.* Nam si aduersus conductorem tantum competeret, non debuit hoc responderi de re coloni vendita, sed de re quauis coloni, quæ etiam nunc coloni esset, quæ ab extraneo possideretur. Nunc autem in hoc rescripto quæstio mouebatur de re a colono alienata. Et quod dicitur, Saluianum interdictum aduersus rem conductoris dari, non debet inusitatum videri. Nam in actionibus in rem dicuntur res conueniri, non personæ, *l. imperatores. D. de public.* Si quis lectionem vulgarem retinere vult, licebit de sententia recepta ita dicere, vt fateamur ex hoc loco interdictum Saluianum aduersus conductorem tantum dari, nempe directum: aduersus ceteros dari etiam illud quidem. *vt est in l. 1. D. eo.* sed vtile, tametsi nihil illic adiicitur. Sed hoc, vt dixi, nimis durum est, vt sunt ea, quæ supra probaui.

7 Quæsitum est † quid de suprascriptis rebus opus fuerit introducere hoc interdictũ, cum sit in promtu actio Seruiana in rem, idq; sine vlla dubitatione, *§. item Seruiana, Inst. de act. & hac l. 1. in fi.* Recte hoc expediunt vulgo hoc modo. Constat in hypothecaria actione de pignore creditorem probare debere rem quã persequitur, fuisse in bonis debitoris, cum pignori obligabatur, *l. & quæ nondum, §. quod dicitur, D. de pign.* Ex quo coniicere possumus, in hoc interdicto, in quo de possessione tantum momentaria agitur, non necesse esse creditori idem probare, sed hoc solum res in fundum inuectas & illatas tanquam coloni essent.

*Ad L. Vltimam.*

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Fabricio.

*Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur. S.K. Decemb. Sirmii. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Precarium quid, & quid distet a commodato.*
2 *Interdictum cur necessarium visum de precario.*
3 *Interdicto de precario solum teneri, qui acceptũ habet, aut desiit dolo malo habere, in eo culpam non præstari.*
4 *Etiam de precario esse actionem præscriptis verbis, ex contractu. Vnde cõtractus intelligatur, & cur cum hæc esset, comparatum sit interdictum.*

Hoc rescriptum est de precario. Precarium † est, 1 quod precibus roganti vtendum datum est, nullo certo vtendi constituto, neque fine neque modo. Prius positum est *in l. 1. D. eod.* Posterius additum est propter commodatum. Nam & commodatum est, quod vtendum datum est roganti, idque precarium cum commodato cõmune habet, *d. l. 1. in fi.* Sed hoc distat alterum ab altero, quod commodatum tunc est, cum quid vtendum datur certo vtendi fine aut modo præstituto. Exempli gratia: dedi tibi equum meum ad certum vsque locum: dedi bouem, vt ruri opus tibi faceret in duos dies: dedi tignum vtendum ad fulciendam insulam. In his omnibus commodatum est *l. in commodato, §. sicut. D. com.* Hæc omnia, si dedi tibi roganti vtenda simpliciter, precarium est. Hac de caussa commodatum, quamuis beneficii sit, tamen intempestiue repetere nõ licet *d. l. in commodato, §. sicut.* Contra precarium licet repetere, quandocumque libet: quia scilicet nulla lex vsui dicta est, *l. 1. D. eod.*

Hinc † necessaria visa noua actio de pcario. quam 2 ad rem propositum est hoc interdictũ. Propositum autem ei, qui precarium dedit aduersus eum, qui accepit, vt restituatur. Exstat *in l. 2. in pr. D. eo. tit.* Sed obseruandum † est hoc ita dari aduersus eum, qui accepit, si is precariũ habet apud se, aut dolo fecerit, quo 3 minus haberet, quod interdicto expressum est. Ex quo intelligimus, eum qui precariũ accepit, si precarium amiserit, non teneri, siue casu amiserit, siue culpa sua, *l. quæsitum, §. eum quoque, D. eod.* Quod eo magis notandum est, quia videtur contra regulas cõtractuum esse constitutum, quibus efficitur, vt cum accipientis tantum vtilitas versatur, vt in commodato, qui accipit, non tantum dolum, sed etiam omnem culpam suam præstet, *l. si vt certo. §. nunc videndũ, D. com.* Sed vt aliter receptum sit in precario, ratio exposita est *in d. l. quæsitum, §. eum.* Non tantum autem hoc interdictum datur aduersus eum, qui precario accepit, sed etiam aduersus heredes eius, vt declaratur *in d. l. quæsitum, §. vlt.* Id vero est, quod hoc rescripto continetur, De

tur. De precario cōmodati actio non datur, quia iam
4 ostendimus precarium commodatum nō esse. Sed † nihilominus & de precario actio præscriptis verbis datur, *l. 2. §. 1. D. eod.* nempe ex contractu & conuentione. Nam præscriptis verbis actionem ex contractibus iis esse constat, quorum appellationes nullæ proditæ sunt iure ciuili. *l. 3. D. de præs. ver.* Talis autem conuentio & cōtractus in precario dādo inest. Nam qui dat vtendum, ita dat, vt declaret se dominiū non transferre. Itaque hac lege dat, vt cum is, qui accipit, vsus erit, reddat, vsus autem finis sit, cum danti videbitur, quia & dominus manet, & æquum est vnumquemq; tamdiu liberalitate nostra vti, quamdiu velimus. quæ ratio redditur & *in l. & in l. 2. D. eo.* Cur igitur hoc interdictum datum est cum illa actio sufficeret? Quia hæc conuentio in hoc contractu non exprimitur: vt dubitari potuerit, num inesset, ac propterea num præscriptis verbis actio dari deberet. Ideo in hac incertitudine interdictum initio propositum est. postea conuenit actionem præscriptis verbis esse, quasi eodem modo negotiū geratur, vt in commodato, nempe hoc, do tibi vtendum, vt reddas.

## AD TITVLVM XIV. COD. DE pignoribus & hypothecis.

SVMMARIA.

1 *Collocatio huius tractatus.*
2 *Pignus & hypotheca quid, & vnde hæc dicta.*
3 *Pignus quomodo constituatur.*
4 *Pignoris constituti vis in cautione: cautio quibus in rebus consistat.*

1 Qvod de † pignorib. & hypothecis hoc loco tractatum est, factum ratione non caret. Apparet enim ex sequentibus titulis in hoc libro tractatum esse de iis in vniuersum, quæ ad obligationes omnes pertinent. Nam & de stipulatione ex professo hic actum est, & sub hac specie de obligationibus omnibus, quę solent in stipulationem deduci: actum præterea de omnium obligationum solutionibus & liberationibus. Consentaneum erat, vt & eodem libro de iis ageretur, quæ ad confirmandam quamque obligationem pertinerent, id est, de obligationum accessionibus: quod & factum est. Nam cum obligationum omnium firmandarum caussa duæ accessiones essent, fideiussores, & pignora: vtriusque generis tractatio in hunc librum esse collata. agitur enim & postea de fideiussoribus. Sed prius hoc loco, & quidem ab initio de pignoribus: quoniam in his plus est cautionis. Subiiciunt enim pignora rem creditori. Plus autem cautionis in rem, quam in personam, *l. plus cautionis, D. de reg. iur.* Idcirco & de his recte actū priore loco, vt de accessione firmiore. Alia in parte in Pandectis hoc argumentum collocatum est, nempe post tractationem de contractibus in parte 4. Digestorum. Sed nihil refert, vtrum post contractus & alias obligationes de pignoribus agatur, an ante, an in medio, dum hoc intelligatur, pignus omne obligationis præcedentis caussa dari, vt eo nomine creditori cautum sit. *§. vlt. Instit. quibus mod. re cont. obl.* Quid sit pignus, & hypotheca. quid verbo, quid re in vsu iuris alterum ab altero differat, scripsimus olim in methodo huius argumenti. Nunc ne quid desideretur, summam paucis complectar.

2 Et † definiuntur hæc aliter, cum verbi significationem ex proprietate quærimus, quæ est ex ea notatione, vnde & nomina ducta sunt: aliter, cum in his vim & effectum iuris spectamus, qui his verbis significatur. Proprietas & notatio verborum hæc est. Pignus dictum est a pugno, vt hoc verbo significetur res quidē pro debito obligata, sed ita, si tradatur creditori, & præsertim si sit mobilis. Nam hæc potissimum pugno capitur. hoc *in l. plebs. §. pignus. D. de ver. sign. l. si rem. §. proprie. D. de pign. act. l. item Seruiana, in fin. Insti. de act.* Hypotheca autem verbum Græcum est, quod Latini retinuerunt, dictū παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι, id est, subiicere, & supponere, vt hoc verbo significetur res pignori supposita. vnde rem suppositam pignori pro obligata legimus *in l. creditor. supr. de pign. act. & alibi innumeris locis.* Obligatur autem res pignori nuda conuentione etiam citra traditionem, *l. 4. D. eod.* Proinde hoc nomine etiam ea res significatur, quæ sine traditione pignori obligatur. Sed cum ea quę traditur pignori, multo etiam magis accedēte traditione obligetur, & subiiciatur obligationi, dubium non est, quin hypothecæ verbo res omnis significetur pro debito obligata, siue tradita sit creditori, siue non sit: vt appareat pignus ab hypotheca hoc differre, quod differt species a genere. Hypotheca genus est, rem omnem obligatam continens, siue quæ tradita est, siue quæ non est tradita. Pignus speciei nomen ad eam rem pertinens, quæ creditori pro debito opponitur, & traditur. Sed quod in aliis verbis generalibus accidit, idem accidit in verbo hypothecæ. Vt enim adoptionis verbum quamuis generale, tamen docendi caussa vsurpatur pro ea specie adoptionis, quæ fit per magistratum, *leg. 1. D. de adopt.* idemque fit in verbo cognationis. *l. Iurisconsultus. §. 1. D. de grad. & affin. in verbo actionis, l. pronuntiatio. §. vltim. D. de verb. signific.* sic fit in verbo hypothecæ, vt cum pignori opponitur, intelligatur species altera pignori contraria, id est, res obligata, cuius possessio tradita non est creditori. Idq; est, quod de proprietate horum verborum in hanc sententiam dicitur *in d. §. l. si rem. §. proprie. D. de pign. action. & in dict. §. item Seruiana, in fi.* Sed hæc, *inquam*, ita sunt, cum significationem verborum & notationem spectamus. Aliud dicemus, cum spectamus rem ipsam, id est, vim & effectum pignoris. Vis & effectus pignoris seu hypothecæ hic est, vt res quæ pignori opponitur, fit pignori obligata. Porro in iure, vt res pignori obligetur, nihil interest, vtrū tradatur, an non tradatur, dummodo conuenerit, vt sit pro debito obligata, *d. §. item Seruiana.* Ita huius potestatis & effectus habita ratione inter pignus & hypothecam nihil interest. Nam si res tradita est, & proprie pignus est, & proprie hypotheca, quia semper genus dicitur de sua specie. Sin res tradita nō est, hypotheca proprie dicitur, & effectu etiam dicitur pignus, quia iuris potestate pro tradita habetur. tam enim obligata est, quā si maxime esset tradita. Huc referri debet, quod de contrahendo pignore dicitur *in l. 1. in pr. D. de pign. actio.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conuentione, etsi nō traditum est. De hac vi & effectu pignoris disserebat Marcianus *in l. 5. §. pē. D. eo.* Est enim locus ad formulam hypothecariā, id est, ad actionē hypothecariam. Idcirco recte scripsit in eo tractatu inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonum distare. Vt sit sententia, si qua differentia est, eam esse in verbis, & verborum significatione: in re, siue in effectu rei non esse, quia ad rem obligandam pro debito

nihil intersit, vtrũ res tradatur, an non tradatur. Hoc constituto, quoniam de re quærimus, non de verbis, pignus seu hypothecã ita recte definiemus, vt sit res omnis pro debito obligata. quod colligitur ex *l. 4. & l. 5. D. eo.* Non dixi rem esse, de qua conuenit, vt esset pro debito obligata; quod factum est *in §. item Seruiana. Inst. de act.* Nam Iustinianus de specie pignoris id dixit, nempe de pignore cõuentionali, quia ad demonstrandum quod volebat, id sufficiebat. ceterum non sola conuentione pignus constituitur.

Cum effectum sit pignus rem esse pro debito obligatam, hoc quærendum est, quomodo obligetur, vt sic intelligamus vere pignus esse, quod tanquam pignus persequi volumus.

3 Pignus † omne aut iure ipso cõstituitur, aut alieno facto. Iure, cum in bonis debitoris lex creditori pignus tribuit. quod quibus in caussis fiat, dicetur *seq. tit.* Alieno facto pignus constituitur, si is constituit, qui ius constituendi habet, & constituit, vti oportet. Constituendi ius habent duo: ex iis, qui rei domini non sunt, solus magistratus: ex dominis hi omnes, quibus rerum suarum alienatio non est interdicta. A magistratu constituitur id, quod prætorium appellamus. Quod quibus in caussis magistratus cõstituere possit, & quomodo constituatur, dicetur ad tit. *de præt. pig. & tit. seq.* De hoc autem est in *l. non est mirum. D. de pig. act.* A domino pignus constituitur nuda voluntate, vt quisq; voluerit rem suam pignori esse creditori siue suo, siue alieno. Constituitur autem ista voluntate partim testamento, partim conuentione. Testamento recte constitui pignus discimus ex *d. l. non est mirum. D. de pig. act.* Conuentione autem præcipue constituitur. In qua hoc notandum est, nuda conuentione pignus contrahi citra traditionem, *l. 4. D. eo. l. 1. in pr. D. de pig. act.* Rursum conuentione contrahitur dupliciter, partim conuentione tacita, partim expressa. Tacita, vt in inuectis & illatis in prædium vrbanum conductum. de qua specie cognoscemus proximo titulo. Expressa conuentio quæ sit, notum est.

4 Pignoris † cõstituti hæc vis est, vt pignore pro debito cautum sit creditori, vt initio diximus. Hæc cautio tribus in rebus consistit. Primum vt rem penes se habere liceat creditori, & pignori incũbere. Quam ad rem obtinendam illi proposita est de pignore in rem actio aduersus omnem pignoris possessorem, *l. pignoris. ȷ. h. t.* Proximũ est, vt dum rem penes se habebit, ea vtatur fruatur, vt bono patrifamilias conuenit. Quod non tantum pro iure suo facere potest, sed etiam facere iubetur ex fide bona, vt & res colatur & fructus percepti exonerent debitum, atque ita vtrique caueatur, & debitori, & creditori, *l. 2. & l. 1. ȷ. de pign. act.* quamquã hoc magis in obligatione personali quæ inter debitorem & creditorem intercedit, quam in iure pignoris numerãdum est. Tertium est, vt si creditori videatur non esse exspectandum diutius, sed suum consequi velit, liceat ei primo quoque tempore pignus distrahere, ex cuius pretio illi satisfiat. de quo sub tit. *de distr. pig. infr.*

*Ad L. Primam.*

Impp. Seuerus & Anton. AA. Timotheo.

*Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus credere, nihilomagis liberabitur. PP. V. Cal. Mart. Seuero. A. II. & Albino Coss. 195.*

DEbitor cessione pignoris inuito creditore liberari non potest. Ductum ex regulis iuris, quæ sunt de solutione & liberatione debitorum. Vnusquisq; inuito creditore ita liberatur, si soluat, quod debetur, quo pertinet illud, solutione eius quod debetur tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Ceterum neque minus, quam debetur, neque aliud pro alio inuito creditore solui potest, *l. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Porro certũ est, cum pignus pro debito ceditur, vel minus solui, si pignus non tanti valeat, quantum debitum est, vel si tanti valet, aut pluris, tamẽ aliud solui, quam debetur. Ex quo efficitur, ea cessione debitorem liberari non posse. Hoc cum in ceteris rebus, quæ soluuntur, recte dicatur, tum vero in pignore quod ceditur, præcipue locum habet. Pugnat enim cum fine & natura pignoris, vt debitor ea cessione liberetur in necem creditoris. Iam enim dixi pignus dari, vt creditori magis caueatur, cui aduersatur, vt creditori noceat.

*Ad L. 2. Quamuis.*

Iidem AA. Lucio.

*Quamuis constet specialiter quædam & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, & æquale ius in omnib. habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitũ: ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses prouinciæ iubebit. PP. 2. Calen. Iul. Chilone & Libone Coss. 205.*

SVMMARIA.

1 *Bonis generaliter pignori obligatis quæ vis hypothecæ ad prærogatiuam pignoris.*

2 *Specialiter quibusdam rebus pignori obligatis, deinde generaliter omnibus bonis, non perueniri ad alia bona aduersus posteriores creditores, quamdiu specialis hypotheca sufficit: & cur. & nu. 4.*

3 *Species & sententia huius rescripti.*

4 *Iurisdictionem temperandam hic quid sit.*

QVi generaliter bona debitoris pignori accepit, 1 potior est eo, cui ex his bonis specialiter postea pignori data sunt, quamuis ex ceteris pecuniam sibi debitam redigere possit: sententia est Papin. *in l. 2. D. q. pot. in pig. hab.* Propone hoc modo: primo creditori bona debitoris generaliter obligata sunt. Secundo obligatus est fundus Tusculan⁹ specialiter. q fundus erat ex bonis debitoris. Dicimus ius esse primo creditori hunc ipsum fundũ persequi aduersus secundum creditorẽ, nec illi quidquam obstare, si in reliquis bonis, quæ secundo non sunt obligata, satis sit, vnde primo satisfiat. Sententia vera, & regulis iuris conueniens. Nam quoties duob. eadem res pignori obligata est diuersis temporib. qui tẽpore prior est, potior est iure in pignore persequendo, *l. 2. & l. 3. ȷ. qui pot. in pig. hab.* Porro in proposito fundus Tusculanus secundo obligatus, iã ante primo obligatus fuit, cũ generaliter omnia bona debitoris illi pignori data sunt. Nam generali oratione cõpendio sermonis omnes species tam continentur, quam si specialiter expressæ essent, *l. si seruitus. D. de ser. vrb. præ. l. Mænius. §. duorũ. D. de leg. 2. l. semper generalib. D. de reg. iur.* Sic fit regulæ superiori conuenienter, vt primus creditor in hoc fundo Tusculano potior sit secũdo creditore. Sed & *d. l. 2.* & hoc rescripto docemur, eã sententiã sic accipiendã esse, si omnia bona debitoris generaliter obligata sint primo creditori sine exceptione & enumeratione cuiusquã rei, q̃ sit ex illis bonis.

2 Placet † diuerſum eſſe, ſi primo creditori quædam
ſpecialiter obligata ſint, deinde generaliter omnia
bona debitoris. Nā primū ſi generaliter omnia reli-
qua bona obligata ſint, ſub hac cōditione, ſi pecunia
ex reb. ſpecialiter obligatis ſeruari nō poſſit; res dubi-
tationē non habet, quin ex verbis ipſis conuentionis
primus creditor prius perſequi & excutere debeat res
ſibi ſpecialiter obligatas: quoniā reliqua bona nō ſunt
illi obligata, ſi ex rebus ſpecialiter obligatis ſuū cōſe-
qui poſſit. Quo fit, vt ſi poſſit conſequi, poſterior
creditor in aliis rebus ſibi ſpecialiter obligatis non tā
ſit potior contra regulam iuris, quam ſolus creditor;
cum priori eadem obligata non ſint. Hæc eſt illa ſpe-
cies, de qua Papinianus in iſtam ſententiam reſpōdet
in ead. *l. 2. D. qui pot. in pig. ha.* Sed etſi prius creditori
quædam res ſpecialiter pignori obligatæ ſint, deinde
generaliter reliqua omnia bona, quamuis ſine vlla
conditione; tamen idem placet, quod ſupra, primum
creditorem prius perſequi & excutere debere res ſibi
ſpecialiter obligatas, quam perueniat ad ea, quę ex re-
liquis bonis ſecundo creditori obligata ſunt.
3 Quæ † ſpecies, eſt, & exceptio huius reſcripti. Fin-
ge hoc modo: primò ſic pignus datū eſt; ędes illę meę,
& generaliter omnia mea bona tibi ſunt obligata pi-
gnori: ſecundo creditori poſtea fundus Tuſculanus,
qui ex iis bonis reliquus erat, obligatus eſt. Placet pri-
mum creditorem non poſſe fundum Tuſculanū per-
ſequi a ſecundo creditore, niſi prius conſtiterit eum
ex ædibus ſibi ſpecialiter obligatis pecuniam ſibi de-
bitā redigere non poſſe. Obſtabat huic ſententiæ re-
gula ſuperior, quę efficit, vt in fundo duobus obligato
potior ſit iure, qui tempore prior eſt. Nam hic quidē
fundus primo creditori prius eſt obligatus. ſunt enim
illi omnia bona debitoris obligata, & ita in omnibus
æquale ius habet, vt reſcriptū loquitur. Reſpondent
Imperatores hoc ita eſſe, vbi generaliter omnia bo-
na debitoris creditori primo obligata ſunt. Sed † in
4 hac ſpecie iuriſdictionem eſſe temperandam, id eſt,
ius illud quod ſupra poſuimus de generali obligatio-
ne, eſſe temperandum, & ſecūdum hoc temperamē-
tum præſidem ius dicere debere. Sed cur in hac ſpe-
cie temperandum ius eſt? quod reſcriptum nō expri-
mit. Nempe quia ſecundum verba primo creditori
omnia bona debitoris obligata ſunt, & ideo fundus
Tuſculanus, de quo quæritur: ſed ſecundum ſententiā
contrahentium non ſunt: quæ ſententia hinc colligi-
tur. Non enim fruſtra primo creditori ſpecialiter ob-
ligatæ ſunt ædes, cūm ſatis generali hypotheca conti-
nerentur. Et ſatis declaratur *in l. 4. D. de vſur.* cum ver-
ba plura de eadem re geminantur, ſic geminari videri,
vt geminatio aliquam vim habeat. Quod & hic fieri
exiſtimandum eſt. Nunc autē hypothecæ ſpecialiter
expreſſæ alius vſus eſſe non poteſt, niſi vt creditor
prius eam perſequatur, & ſi ſufficit, ſit contentus, ſi
non ſufficit, tum ad reliqua bona perueniat.

*L. Creditores. III.*

Iidem AA. Maximo.

*Creditores, qui non reddita ſibi pecunia, conuentionis legem ingreſſi poſſeſſionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent. PP. Cal. Maii Antonino A. II. & Geta II. Coſ. 206.*

Svmmaria.

1 *Creditorem pignoris poſſeſſionem adipiſci ſolū debere auctoritate magiſtratus competentibus actionibus.*

2 *Pignoris poſſeſſionem qui ingreditur ſua auctoritate, eum ius crediti amittere.*

3 *Legem conuentionis exercere quid.*

4 *Eum qui quamuis ex conuentione poſſeſſionem pignoris ſua auctoritate & vi ingreditur, teneri legibus Iuliis de vi.*

5 *Debere verbum quam per ſe atque hoc loco ſignificationem habeat.*

6 *Creditorem pignoris poſſeſſionem non aliter ingredi debere, quam auctoritate magiſtratus, etſi conuenerit, vt poſſet ſua auctoritate ingredi: & aduerſus eum qui contra faciat, quæ ſit pœna.*

7 *Pactionem vt creditori liceat ſua auctoritate pignoris poſſeſſionem ingredi, creditori re alienata aduerſus extraneum poſſeſſorem nihil prodeſſe.*

Pignore conſtituto, creditori ius eſt pignus tene-
re, eique incumbere. *l. cum creditor, §5. D. de fur.*
Hoc ſi conſequitur creditor volente debitore, res ca-
ret dubitatione. Si † recuſat debitor tradere, placet 1
hoc loco creditorem ſua auctoritate poſſeſſionem
adipiſci non debere, ſed tantū auctoritate magiſtra-
tus. Merito. nam nec mulier ipſa, quæ rem ſuam doti
dedit, facultatē habet ſoluto matrimonio ingredien-
di poſſeſſionem rei dotalis, id eſt ſuæ, ſine auctoritate
magiſtratus. *l. dotis. ſup. ſol. mat.* Plus autem iuris habet
dominus in re ſua, quam creditor in pignore. Magi-
ſtratus auctoritate poſſeſſionem adipiſcitur creditor,
actionibus ſuis experiundo, vt fieri iubetur *in l. exſtat.
D. quod met. cauſ.* Eſt autem creditori ad pignus per-
ſequendum hypothecaria actio. Hac igitur aduerſus
debitorem, qui pignus non tradat, experietur.
Si † contra creditor auctoritate ſua poſſeſſionem
ingreditur, pœna hæc eſt, vt vim facere exiſtimetur, & 2
ſimul crediti ius amittat ex decreto D. Marci. *d. l. ex-
ſtat. D. quod met. cau.* Non aduerſatur huic ſententiæ,
quod *in d. l. cum creditor. D. de fur.* dicitur, ſi creditor
rem ſibi pignoratam auferat eum contrectare, id eſt,
furtum facere, non videri. Sane enim furtum non fa-
cit, quia dolo malo non contrectat rem ad ius ſuum
pertinentem; ſed nihilominus vim facit. Itaque hac
pœna tenetur, vt crediti ius amittat: nō tenetur pœna
furti, vt duplum præſtet, aut quadruplum. Hęc mino-
rem dubitationem habent, ſi in pignore dando non
cōuenerit, vt creditori ſua auctoritate liceret poſſeſ-
ſionem ingredi. ius diſerte cautū *in l. pen. C. de pig. act.*
vbi ita ſcriptum eſt, *creditorem citra conuentionem,
aut præſidis iuſſionem ſuo arbitrio pignus auferre nō poſ-
ſe.* At illud iure dubitari potuit, quę huius loci quęſtio
propria eſt, num idem dicendum ſit, ſi conuenerit, vt
creditori liceret poſſeſſionem ingredi ſua auctori-
tate, & is conuentionis legem exerceat; ſic enim re-
ſcriptum loquitur. Dicitur † autem creditor poſſeſ-
ſionem ingreſſus legem conuentionis exercere, vbi 3
conuenit, vt illi liceret poſſeſſionem ingredi, & ea le-
ge ſeu conuentione vtitur, vel poteſtatem ea conuen-
tione ſibi tributā exercet, vt licet intelligere ex his lo-
cis. *l. ſi priuſquam. C. de diſtr. pig. l. 3. l. 4. §. eleganter. l. 6. in
fin. D. de leg. commiſ.* Et de ea re ita huius reſcripti ſen-
tentia eſt, eos creditores qui ex conuentione poſſeſ-
ſionem pignoris ingrediantur, hoc differre ab iis, qui
ſine conuentione idē faciūt, quod priores quidem nō
videantur vim facere, vt poſteriores faciunt, quod eo
pertinet, vt intelligatur eos nō incidere in decretum
D. Marci, & ius crediti non amittere: ſed omnes in
hoc conuenire, quod etiam priores conuentione ſu-
periore non adiuuentur, quominus præſidis aucto-

ritate possessionem adipisci debeant. In quo continẽtur tres sententiæ, quarum vnaquæque cum suã dubitationem habeat, ideo & separatim nobis expendenda est. Prima est, creditores qui ex conuentione possessionem pignoris ingrediantur sua auctoritate, vim facere non videri. Hoc tunc liquido dicitur, cum creditores volentibus debitoribus possessionẽ occupant
4 sine alia vi. At † quid, si repugnante debitore idem faciant, vt scilicet debitorem expellant, eoque vi expulso pignus possideant? Puto recte videri Azoni, recte Bartolo, eos creditores qui id faciant, aperte vim facere, & teneri legibus Iuliis de vi aut publica, aut priuata, prout vis armata, aut sine armis facta erit. Quod mihi plane probari videtur *in l. possessionem, inf. ad leg. Iul. de vi*, vbi ita scriptum est: *si creditor possessionem fundi per vim ingrediatur, eum legis Iuliæ de vi priuata reum fieri posse*. Nihil in lege distinguitur. Ex quo colligi potest nihil referre, vtrum creditor rem sibi non obligatam occupet, an sibi obligatam; & vtrum ex conuentione possessionem ingrediatur, an sine cõuentione. Et vero creditori nihil prodesse istam conuentionem ad defensionem vis illatæ, hoc argumento certissimo efficitur. Nam etsi nominatim conuenisset, vt creditori liceret pignus vi occupare, conuẽtio non esset seruanda. Est enim vis omnis in priuatis contra bonos mores. *l. 3. D. quod met. cau. l. nihil consensui. D. de regul. iur.* Vt nihil aliud, certe vim facere delictum est, & quidẽ inter alia maxime animaduertendum, alioqui legibus publicorum iudiciorum nõ coerceretur. Nulla porro pactio valet, quæ sit contra bonos mores; nulla, quæ ad amouendum quid, aut aliter delinquendum inuitat. *l. 5. D. de pac. dot. l pacta, quæ contra, 7. de pac.* Non aduersatur hoc rescriptum. nam hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si dumtaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cum id a debitore nominatim non impetrassent, non etiam si vim corpori debitoris intulerint. Non me mouent rationes Ioannis, quibus ille apud Accursium in contrariam sentẽtiam vtitur. puta, quod ab initio cum debitore placuit, id & inuito eo fieri posse. *§. 1. Instit. quib. al. lic. vel non. l. de accessionib. in fin. D. de diuer. tem. præ.* Item, dominum pati iniuriã non videri, qui semel voluit. *l. in diem. D. de aqu. & aq. plu. arc.* Nam prius recte dicitur de eo, quod iure placuit. Sane vero quod ita placuit, postea reuocari non potest. At in conuentionibus iniustis hoc euenit, vt non mutatione voluntatis debitorum rescindantur, sed sua sponte ab initio nullius sint momenti. Quod autem dicitur inuitum iniuriam non pati, qui semel voluit, hactenus verum est, si proponatur res tantum gesta esse inuito eo qui voluit, vt fit *in dict. leg. in diem.* Non idem dicendum est, si vis ei inferatur, quam bonæ leges omnes, & bonis moribus, & publicæ vtilitati inimicam auersantur. *l. nihil consensui. D. de regulis iur. l. exstat. D. quod met. cau. l. si quis in tantam. l. penult. & vlt. sup. vnde vi.* Indicant & leges Iuliæ de vi publica, & priuata.

Secunda sententia est, quæ hoc rescripto non exprimitur quidẽ, sed per contrarium satis significatur; creditores qui sine conuentione possessionẽ pignoris sua auctoritate ingrediuntur, vim facere videri. De hac sententia satis initio supra dictum est.

Tertia sententia est præcipue animaduertẽda; eos creditores qui ingrediuntur possessionẽ sua auctoritate, quãuis ex conuentione id faciant, tamen id solũ præsidis auctoritate facere debere. Quæ sententia incidit in difficultatẽ ex principio rescripti, vbi cautũ creditores ex conuentione possessionẽ ingressos vim facere non videri. sequitur. n. videri eos impune id facere. Quod si verũ est, nõ debent, vt rescriptũ loquitur, id est, non necesse habent, possessionem ex magistratus auctoritate ingredi. Quod vt dissoluerent interpretes nostri, varia commenti sunt. Alii † sic interpretantur, *debent*, id est possunt. Non. n. habent necesse. Quod perinde est, ac si diceretur: *debent, si volunt*, id est, non debent. Et inepti sunt, qui nobis persuadere conantur, *debet*, interdũ idẽ significare, quod *potest*. Nam verbũ *debet* naturalem intellectum habet etiã idiotis notũ, vt is debere dicatur, qui inuitus debet, quiq; inuitus facere cogitur, quod debet, vt liquet *ex l. 1. in pr. de eden. l. 1. in edicto. D. quod quis. iur. in al. stat. l. debitor. D. de ver. sig.* Nec quidquam pro istis ad rem facit. *l. obseruare. §. vltim. D. de offic. procon.* Ait Vlpianus, *proconsul ingressus prouinciam, iurisdictionem suã mandare debet*. Scimus esse in potestate proconsulis, vtrum iurisdictionem suam mandet, an non mandet. *l. solent. §. sicut. D illo titu.* Ex quo effici putant in superiore sententia Vlpiani, verbum *debet* necessario pro *potest* accipiendum esse. Sed falllit eos, quod non animaduertunt Vlpianum in superiore loco non pronuntiare de iurisdictione mandanda simpliciter, sed de tempore mandandæ iurisdictionis. Sine dubio proconsul non debet, id est, non necesse habet, iurisdictionem suam mandare; sed si vult mandare, debet tantum mandare ingressus prouinciam; ante vero mandare non potest. Quod sentire Vlpianum in eo loco euidenter ratio ab illo subiecta declarat. Ait enim absurdũ esse, vt proconsul mandet iurisdictionẽ, priusquam ipse iurisdictionem nactus sit. Non nanciscitur autem prius, quam sit ingressus prouinciam. Præterea illud quod scribitur *in d. l. solent. §. sicut*, proconsulem non debere adimere iurisdictionem legato suo inconsulto principe, etiam necessitatem habet eã quam diximus; vt scilicet si proconsul aliter iurisdictionem adimat, non videatur adempta. Nec obstat, quod prius illic dicitur liberum esse proconsuli adimere iurisdictionem suam legato. Nã hoc continenter tẽperatur hac conditione, dummodo cõsulto principe id fiat. Alii interpretantur hoc modo; creditores debẽt, nẽpe ex vrbanitate. Quod perinde est, ac si diceretur, debent, si vrbani esse volunt. Id autem significat, non debent. Nam pro non dicto est, quod quis facere, nisi velit, non cogitur. *l. sub hac. D. de obl. & act.* Alii, vt Bartolus, rem sic explicant, si conuenerit, vt creditori possessionem sua auctoritate ingredi liceret, sane illi ingredi licebit; sed possessionem ei adipisci non licebit, quasi aliud sit ingredi possessionem, aliud adipisci. Quod aperte refellitur *l. 3. in princip. ff. de acq. poss.* vbi traditur vnumquemque possessionem adipisci ingrediendo fundum hac mẽte, vt teneat. Sed nihil his defensionibus est opus. Tenebimus † nullum creditorem sua auctoritate, siue sine auctoritate præsidis, adipisci posse pignoris possessionem, siue conuenerit, vt ei facere liceret, siue non conuenerit. Neque initiũ huius rescripti repugnabit. Nam qui negat creditorẽ sua auctoritate ingressum possessionem vna pœna teneri, is nõ negat eum in aliam pœnam incidere. Creditores sua auctoritate possessionem ingredientes ex cõuentione vim nõ faciunt. Et ideo hæc pœna nõ tenẽtur, quasi vim fecissent. Sed nihilominus p̃sidis auctoritate possessionẽ adipisci debẽt; vt si cõtra faciũt, iniuste faciãt, nec sit impune, vt accidit in iis omnib. q̃ contra

contra legem fiūt. *l. 1. D. de legib.* Quæremus igitur iā, quæ sit pœna aduersus eos creditores. Et quod traditū est de emtore, & similibus, qui a domino possessionē accipere debent, & nihilominus eam sua auctoritate adipiscūtur, id recte transferetur ad creditorē, qui sua auctoritate possessionē nanciscitur. Emtor sua auctoritate sine voluntate domini possessionē adeptus, iniuste & mala fide possidet. *l. si ex stipulatione. l. fundi. D. de acq. poss.* Idē igitur & de creditorib. in simili caussa dicendum est. Hinc consequens est, si creditor sua auctoritate pignoris possessionē ingressus erit, posse debitorē pignoris possessionem auferre interdicto *Vti possidetis*. In quo vincetur creditor, qui aut vi, aut clam possidet. Consequens & illud, creditorem fructus rei pignoratæ suos non facere, non magis quam faciunt ceteri malæ fidei possessores. §. *si quis a non domino. Instit. de rer. diui.* Consequens præterea, creditorem pignus alienantem dominiū nō transferre, quia iniusta possessio apud eū fuerit, quæ pro possessione non habetur. Postremo & illud consequens erit, si creditor pignus vendat, & debitor denunciet emtori, ne emat, emtorem mala fide possidere. *arg. in l. si fundum. 3. de rei vind.* Et in summa recte ita dicemus: vbi conuenit, vt creditori pignoris possessionem sua auctoritate ingredi liceret, hæc conuentio id præstat creditori possessionē sua auctoritate adipiscenti, vt ipse nihil amittat; non enim ius crediti amittit, quasi vim fecerit, sed non ei hoc præstat, vt quidquam adquirat sine præsidis auctoritate. Non enim acquiret possessionem, nisi iniustam. Iniusta possessio pro possessione non est. *l. si quis vi. in pr. D. de acq. poss.* Sed video aduersus hanc sententiam hoc dici posse; satis videri creditorē adipisci possessionem ex voluntate debitoris, postquam debitor id ab initio voluit. Quod si ex voluntate eius, etiam iuste. *d. l. si ex stipulatione. de acq. poss.* Sed vt voluntate debitoris videatur quæsita possessio, non est satis, voluisse eum initio, nisi in ea voluntate perseueret. Nam in re tradenda, & possessione iuste acquirēda non præteritam volūtatem domini quærimus, sed præsentem. *l. fundi. D. de acq. poss.* At etiam hic nobis occurretur. nam cum debitor quid ex conuentione voluit, placet eum non posse eam voluntatem reuocare. *l. vero, 12. l. antepen. D. de solut.* Sed hoc in iis locū habet, quæ iusta conuentione placuerunt, quæq; ideo inde iure quæsita sunt creditori. Sane enim recte illi semel quæsita debitor inuito auferre non potest. *l. vlt. ff. de pac. d. l. vero. 12. de solut.* Ad iniustas autē conuentiones, & ad ea, quæ creditori quæsita nō sunt, nō pertinet. Nam & iniusta conuentio pro non interposita est, *l. non dubium. sup. de legi.* & quod alicui quæsitū non est, id illi adimi dici non potest. Iam cum conuenit, vt creditori sua auctoritate possessionem ingredi liceret, hactenus iusta est conuentio, quatenus id agitur, vt ille sua auctoritate ingrediatur sine vi possessionem. Quare & hactenus ius ingrediendi illi quæritur: quod semel quæsitum, nulla voluntatis debitoris mutatio illi adimet. Vt autem prohibēte debitore ingrediatur, id est, debitore prius vi deiecto, hactenus cōuentio contra ius est, & bonos mores: ex qua propterea nulla eiusmodi potestas creditori queri potuit, nec potest videri illi adimi, quæ quæsita non fuit.

7 Quæsitum † est, si suprascripta conuentione interposita debitor pignus alienarit, an possit creditor eius pignoris possessionem sua auctoritate ingredi, vt vim facere non videatur, perinde ac si nunc quoque pignus a debitore possideret. Respōdeo nō posse; nec illum adiuuari superiore conuentione, quia pacta inter alios facta aliis nō nocent. *l. si vnus. §. ante omnia. D. de pac.* Nec offendemur eo, quod manus iniectione pacto recepta in mancipium venditum, placet hanc seruari suis conditionib. aduersus quoscumq; possessores, etiā cum quibus venditor nihil contraxit. *l. pen. D. de ser. expor. l. si quis sub hoc pacto. D. de cont. emt. & vend.* Nam potestas iniiciendæ manus in rem aliquā a solo domino retinetur, & retinetur in seruos, quos ipse tradit certa conditione, vt si ea conditio non seruetur, sibi liceat in seruum manum iniicere. Et conuentio ideo recepta est, vt dominis in seruos sua auctoritas constaret; quæ neque in creditorem, neque in res pignori obligatas cadunt.

*L. Cum te. IIII.*

Iidem AA. Bellio.

*Cum te pecuniam accepisse, & agros tuos obligasse fatearis: non habes rationem, quod quereris vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solue creditori tuo pecuniam debitam. Dat. 3. Kal. Iun. Antonino A. III. & Geta III. Coss. 209.*

SVMMARIVM.

1 *Non dici vi coactum pignori dare, qui necessitate rei familiaris coactus est pecuniam accipere, & pro ea pignus dare.*

QVæritur hoc loco, *cur debitor qui dicit se pecuniā accepisse, & pignus dedisse, non iuste queratur se vi coactum pignori dare. An quod debitor impune vi cogi potest, vt det pignus?* Minime vero. qualiscunque enim & cuiuscunque rei traditio aut obligatio vi extorta, rata non habetur, *l. metum. 9. §. idem. §. sed quod. Dig. quod met. cau.* Quid, quod ne solutionem quidem rei ante debitæ vi extorquere concessum est? *l. sed & partus. §. vlt. D. quod met. caus.* Sed intelligendum est, proponi hoc loco eum debitorem, qui non simpliciter diceret se vi coactum esse, sed ideo, quia necesse habuerit dare, si vellet accipere pecuniam, quam creditor alia conditione non daret. Et † respondetur nullum illi in eo necessitatis argumentum esse, cum ipse profiteatur se pecuniam accepisse, quam non accipere ei integrum fuit, ac propterea etiam pignus non dare. Quod si pecuniam accipere voluit, debuit vti lege creditoris, cum liceat vnicuique in traditione rei suæ quamuis legem dicere. *l. in traditionib. D. de pact.* Nec multum creditori proderit, si dicat se necessitate rei familiaris coactum, vt pecuniam mutuam acciperet. Nam hæc necessitas a nemine mortalium ei infertur; sed aut proficiscitur a culpa eius, aut diuina voluntate: quam ipse æquo animo ferre debet, nō ad alienam iniuriam transferre. 1

*L. Præses. V.*

Imp. Antoninus A. Domitio.

*Præses prouinciæ, vir clarissimus, ius pignoris tui exsequentem te audiet, nec tibi oberit sententia aduersus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum aduersario tuo, aut (vt dicis) non caussa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. PP. Idib. Maii. Romæ, Duobus & Asperis Coss. 213.*

SVMMARIVM.

1 *Sententia aduersus debitorem lata de pignore, quibus casibus creditori in eo pignore noceat.*
2 *Collusio quid, & quibus rebus arguatur.*
3 *Quæ præscriptio ex persona debitoris noceat creditori in pignore.*

VNa res creditorem pignus persequentem sine controuersia summouet, si non probet rem, quã persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum ille pignus dabat. *l. & quæ nondum. §. quod dicitur. Digest. eodem tit.* Multo ergo magis, si possessor vltro probet rem in bonis debitoris non fuisse. Hinc quæstio, *quid si contra debitorem iudicatum sit, quasi res in bonis eius non esset?* Finge debitorem rem quam pignori obligauit, aliquando petiisse a possessore, & in eo iudicio cum non probaret rem esse in bonis suis, superatum esse. Quæritur, an quemadmodum ea sententia debitori eandem rem postea, ab eodem possessore persequenti noceret, sic & creditori nocere debeat: vt quemadmodum exceptio auctori nocet, sic noceat & successori. quod & faciendum esse traditur *in l. 4. §. si quis autem in fin. Dig. de dol. mal. & met. except.* Hoc
1 † rescripto traditur, duobus casibus eam sententiam creditori non nocere. Quod ita accipi potest, quasi in omnibus aliis casibus noceat. Quod cum aliter se habeat; ne isto modo accipiatur, tum vt quod hic locus dat, intelligatur; recte fiet, si quibus in caussis hæc sententia creditori in vniuersum noceat, aut non noceat, breuiter dicamus. Et in eo hæc distinctio tenenda est. Interest, vtrum debitor de re victus sit, priusquam pignus daret, an vero tunc, cum iam rem pignori dedisset. Si ante; sententia aduersus debitorem dicta creditori oberit: quia non potuit debitor plus iuris transferre in creditorem, quam habuit. *leg. si superatus. §. vltimo, Digestis, eodem leg. si mater. §. vltimo, Digestis, de execut. rei iudica.* Si pignore iam constituto; refert, vtrum ignorante creditore debitor de re pignori obligata egerit, an vero sciente. Si ignorante, sententia aduersus debitorem dicta ignoranti creditori non nocebit. *dict. leg. si superatus. in pr. dict. leg. si mater. in fin.* Sin autem debitor egit sciente creditore; sententia vt debitori, sic & creditori nocebit. *l. sæpe. §. scientibus. Digest. de re iud.* Hoc postremũ quomodo accipiendum sit, docemur hoc rescripto. Placet ergo accipiendum esse hoc modo, si debitor sciente creditore agens ideo victus sit, quia malam caussam haberet. sin victus sit alia de caussa, ne hic quidem sententiam creditori obesse. Id autem contingere duobus modis, qui hoc rescripto comprehensi sunt.

2 Vnus † est, si debitor per collusionem victus sit, id est, si ex compacto passus sit se vinci. Quod ita fieri ꝓbabitur. si sciens sua iura, & ea quæ ab aduersario dicebantur, falsa esse non ignorans, tamen dissimulauerit. indicat *l. si prolusorio. ff. de appel.* Quæ exceptio manifestam rationem habet: declarat enim aperte hæc collusio rem in bonis debitoris fuisse. alioquĩ collu-
3 sio non esset. Alter † modus est, si debitor ideo victus sit, quia sit summotus præscriptione, id est, exceptione aliqua extrinsecus. Nam præscriptio exceptionem significat. *l. super. sup. de long. temp. præs. l. creditor. D. diuer. temp. præs.* Præscriptionem autem hic accipere debemus exceptionem ex facto debitoris nascentẽ non ex iure rei: puta rei iudicatæ, aut longi temporis; aut pacti conuenti. Rei iudicatæ hoc modo. Debitor rem suam persecutus ignorante creditore victus est: deinde iterum eandem rem petiit sciente creditore, & summotus est exceptione rei ante iudicatæ. Neutra sententia creditori nocebit: non prior; quia ignorante creditore lata est. non posterior; quia etsi creditore sciente res acta est, tamen debitor ob factum suum summotus est præscriptione. Temporis exceptione culpa sua vincitur debitor hoc modo, si passus sit rem quam pignori obligauerat, vsucapi a possessore: deinde cum eã rem a possessore vindicaret, summotus est præscriptione temporis. Ne hæc quidẽ sententia nocebit creditori, vbi negligentia ipsa debitoris, & vsucapio ius pignoris non sustulit. *l. vsucapio. inf. eod.* Idem dicendum est, si debitor ideo summotus sit, quia pactus erat cum possessore se ab eo non petiturum. Hæc omnia ideo creditori non nocent, quia hæ omnes exceptiones possessori natæ sunt, non ex eo, quod debitor dominus non esset, cum pignus dabat, sed ex debitoris facto, quod postea secutum est. non debet autem factum cuiusquam alteri nocere. *l. de pupillo. §. si plurium. ff. de ope. nou. nunt. l. soluendo. Dig. de neg. gest.* Hi casus etsi tantum duo hic proponuntur; tamen in his consistere non debemus, sed generaliter definire, si quam aliam ob caussam debitor victus sit, quam ꝙ malam caussam haberet, eam sententiam creditori nocere non debere; puta, si debitor ideo victus sit, quia absens erat. argumentum *in l. si prolusorio. §. vlt. ff de appel. & l. si ideo. ff. de euict.*

*L. In summa. VI.*

Idem A. Quinto.

*In summa debiti cõputabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit. PP. 3. Cal. Aug. Antonino A. IIII. & Balbino Coss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Impensas necessarias in rem pignori obligatam factas a creditore ei deberi, & ab eo vltro peti posse. in eas & pignoris retentionem esse, quamuis forte soluta; at non pignoris persecutionem.*

CVm ait rescriptum, *in summa debiti computari impensas necessarias*: cauendum, ne hic summam debiti principalis, in quam pignus obligatum est, intelligamus. Alioqui dicendum esset, etiam pro his impensis pignus esse obligatum: vt non tantum earum impensarum nomine esset pignoris retentio creditori, sed etiam vltro eius pignoris persecutio. Quod secus est. eo enim nomine retentionem pignoris creditori dari legimus, actionẽ autẽ non aliã, quã in personam, nempe pignoratitiã contrariã. *l. si necessarias. ff. de pign. act.* Et certe pignus tantum ab initio in eam summam datum est, quæ tum cũ dabatur, debita fuit. Hæ autem impensæ postea deberi cœperunt: vt profecto illius debiti pars esse non possint. Constat autẽ nisi in quam rem pignus conuentione obligatum est, in eam rem pignus non teneri. *l. si non inducta. infra. in quib cau. pig. tac. cont. l. Aristo. ff. eo.* Quapropter superioribus verbis nihil aliud dici intelligendum est, quam impensas necessarias a creditore factas ob pignoris caussam, esse partem summæ eius, quæ creditori debeatur: id est, & has quoque non minus, quam principalem sortem esse debitas. Quod & verum est; cum etiam vltro pignoratitia contraria peti possint. hactenus tamen, vt meminerimus quod ante dixi, in eas pignoris retentionem esse posse: persecutionem autem pignoris non esse, vbi de his pignus contractum non sit.

*L. Vsucapio. VII.*

Imp. Gordianus A. Martiano.

*Vsucapio pignoris conuentionem non exstinguit. PP. Non. Septemb. Pio & Pontiano Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Pignus vsucapione non exstingui quid sit. & num. 5.*
2 *Cur non exstinguatur.*
3 *Recte constituta & perfecta durare, etsi redierint in eum casum, vnde incipere non poterant: & in hoc numero esse pignus.*
4 *Vsucapionem rerum etiam immobilium & fuisse olim, & nunc esse.*
5 *Vsucapione nulla nec mobilium, nec immobilium rerum pignus exstingui, eiusque rei argumenta. & num. 6.*
6 *L. 1. l. 2. C. si aduer. cred. explicatæ.*
7 *Re vsucapta pignus manens quo iure habeatur a creditore.*

RES pignori obligata venit in possessionem extranei ex iusta aliqua caussa, a quo bona fide & per legitimum tempus possessa, tandem vsucapta est: mobilis triennio, immobilis decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, vt est ius de vsucapione constitutum, *Inst. de vsuc. in pri.* Vsucapione possessor dominus factus est, eademq; opera debitor dominus esse desiit. Quæsitum est de pignore, *an ea vsucapione amissum esset.* Mouet dubitationem, quod plus est in dominio, quã in pignore. Quod si vsucapione dominiũ amissum est, consentaneum videtur multo magis pignus exstingui debuisse. Placuit pignus non amitti.
1 Et † res ita definita est in vniuersum: vsucapio pignoris conuentionem non exstinguit: quæ huius loci definitio est. Recte conuentioné: non. n. fieri põt, cum semel conuenerit, vt res pignori esset, quin semper verum sit, ita cõuenisse. Hoc. n. ita conuenire facti est. Facta nulla iuris constitutione infecta fieri possunt. *l. in bello. § facti. D. de capt.* Atque hinc satis intelligitur de pignore. Non enim potest esse conuentio, vt sit res pignori, quin pignus continuo sequatur: qui est effectus huius conuentionis. *l. 1. in prin. D. de pig. act. §. item Seruiana. Institu. de actio.* Quare si vsucapione non exstinguitur conuentio pignoris, necesse est & post vsucapionem pignus manere, quod ex conuentione nascitur. Quod si vsucapione non exstinguitur pignus, consequens est etiam re pignorata ab extraneo vsucapta, nihilominus pignoris persecutionem creditori saluam manere aduersus rei possessorem, eumdemq; dominum. Et hoc est, quod Papinianus aliis verbis, eadem sententia definit *in l. iusto. §. non mutat. D. de vsurp. & vsuc.* non mutat vsucapio superueniens, quominus pignoris persecutio salua sit.
2 Obiectioni † autem superiori occurrit eodem in loco Papinianus hac ratione: quia, inquit, pignoris persecutio nulla societate dominio cõiungitur. Quod perinde valet, quasi diceret; si pignus dominii pars esset, siue ita cum dominio cõiungeretur, vt qui dominus esset rei, idem transferret in se ius pignoris; recte diceretur eum, qui rem vsucepit, & ita dominium acquisiuit, per cõsequentiam dominii etiam ius pignoris in se transtulisse. Nunc autẽ pignus dominio nulla societate coniungitur, id est, non sic coniungitur cũ dominio, vt qui dominus est, eũ necesse sit ius pignoris habere. Imo contra hæc natura est istarum rerum, vt qui dominus est, is ius pignoris in eadem re habere non possit, cum pignus rei nostræ non consistat *l. neq; pignus. D. de regul. iuris.* Quare possessor qui vsucepit, quamuis dominium acquisierit, non ideo tamen nãciscitur ius pignoris. proinde nec sibi non quæsitum alteri adimit. Deniq; qua ratione fit, vt per vsucapionem rei debitor eius rei dominium amittat, eadẽ ratione in contrarium efficitur, ne creditor pignus amittat in ea re constitutum. Nam debitor ideo amittit eius rei dominium, quia possessor qui vsucepit, dominium acquisiuit: duo autem eiusdem rei domini in solidum esse non possunt. *l. 5. §. vlt. D. com.* Hæc ratio cessat in pignore. Nam possessor qui rem vsucapit, ea vsucapione pignus non acquirit, ac nec potest, cum sit dominus. Quo fit, vt pignus alteri non adimat.

Sed omisso exemplo dominii, quod vsucapione amittitur; sunt præterea, quæ huic sententiæ aduersari videantur. Primũ dicat aliquis, quod ab initio pignus non consistit, si pignus non sit in bonis debitoris, *l. 3. §. vlt. l. & quæ nondum. §. quod dicitur. D. eodem titul.* satis hoc argumenti esse, si res postea in bonis debitoris esse desierit, pignus exstingui. Hoc. n. consequens esse ei sententiæ, quæ multis locis tradita est, quod ab initio valuit, nihilominus exstingui, cũ in eum casum recidit, a quo incipere non poterat, *vt l. pro parte. ff. de seruit. l. existimo ff. de verb. oblig. §. 1. Inst. de inut. stip.* Sed nullum hoc argumentum est. Nam † quod dicitur ea 3
exstingui, quæ in eum casum redeunt, a quo incipere non poterant, de rebus promissis, & necdum impletis dicitur, seu de incoatis & nondum perfectis, vt probant exempla superiorum locorum, quos modo indicaui. In rebus iam constitutis & perfectis verum non est. indicant exempla *l. patre. ff. de his qui sunt sui vel al. iur. §. præterea. Institu. qui. non est per fac. test.* Sed & hoc *in dict. §. præterea.* generaliter definitur. Hinc est, quod dicitur *in l. in ambiguis. §. primo. ff. de reg. iur.* non esse nouum, vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. Inde & illud *l. penultim. §. vltim. ff. de verb. obligat.* etsi placeat exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat, nõ tamẽ hoc in omnibus verum esse. de quo illic scripsimus. Atqui ad hanc partem posteriorem hæc species, de qua agimus, pertinet. Nam cum conuenit ab initio, vt res pignori esset, non tamen ea conuentione pignus promittitur, sed statim reipsa constituitur, nec res aliam traditionem aut præstationem, vt in rebus promissis, desiderat. *l. 1. ff. de pig. act. §. item Seruiana. Instit. de act.* Vnde & statim tanquam re confecta nascitur in rem actio *§. item Seruiana.* Quapropter non est, quod dubitemus ita statuere, pignus quidem ab initio cõstitui nõ posse ab eo, cuius in bonis res non sit: at ab initio recte constitutum, nihilominus perseuerare, quamuis qui constituerat, dominus rei esse desierit.

Videntur præterea contrariæ esse definitioni superiori *l. 1. & l. 2. C. si aduer. cred. præsc. op.* quibus in locis cautum est, diuturnum silentium, item præscriptionem longi temporis decem vel viginti annorum obstare creditori pignus suum persequẽti. Quod negari videtur, cum in rebus immobilibus dicimus vsucapionem earum rerum creditori non nocere. Nam ea vsucapio non perficitur, nisi decem aut viginti annorum possessione. *d. tit. de vsuc. in pr. l. vnica. sup. de vsuc. transf.* Scio ad hæc cõcilianda vulgo dici, definitionem huius loci scriptam esse de vsucapione rerũ mobilium, quia putẽt vsucapionis verbo hanc per vsum acquisitionem significari. Ideo nihil dici contrarium, cũ dicitur creditori præscriptio longi tẽporis obesse; quia hæc præscriptio sit ex possessione decem vel viginti annorum. Sed iam prope conuenit inter eruditos oẽs puerilem errorẽ esse veterũ interpretum eo-

rum, qui existimant vsucapionem dici in rebus mobilibus, præscriptionem longi temporis in immobili-
4 bus. Quasi † non constet de vsucapione ita scriptum esse *in prin. tit. Inst. de vsucap.* vt Iustinianus testis sit etiam hanc veteres vtrique generi rerum tribuisse, & ipse eam quam transformauit, non vtrique etiam nūc pariter tribuat. Aut quasi vsucapionis definitio, quæ exstat *in l. 3. D. de vsurp. & vsuc.* non ad vtrumque genus ex æquo pertineat. Quin imo rerum soli, vt fundi, & ædium maxime vsucapio est: vt de quibus liceat obseruare fere semper exempla proponi sub titulis de vsucapionibus, cum de vsucapione agitur. de quo alius locus est dicendi. De quo autem nūc agitur, in eo
5 res sic habet. Siue † res mobilis triennio, siue immobilis decem aut viginti annis possessa vsu acquisita sit possessori, & vno verbo vsucapta; vsucapio ad definitioné huius loci pertinet, & vere in ea caussa est, vt ea nunquam exstinguat pignus, nunquā iure obsit creditori pignus persequenti. Argumento hæc sunt. Primum hoc loco generalis definitio est de vsucapione, *vt & in l. iusto. §. non mutat. D. eo.* Vsucapio autem non tantum rerum mobilium est, sed etiam immobilium. Deinde ratio, qua Papinianus *in dict. §. non mutat.* defendit vsucapionem superuenientem non exstinguere pignus, non minus ad res immobiles pertinet, quam ad mobiles. Nam pignus rerum immobilium non magis dominio coniungitur, quam pignus rerū mobilium. Quo fit, vt definitione huius loci in vsucapione rerum mobiliū admissa, quam oēs concedunt, eamdem etiam in vsucapione, siue malumus, in acquisitione rerum immobilium admitti oporteat. *l. illud. D. ad leg. Aquil.* Postremo si debitor rem pignori obligatam alienat, est æquissimum debitoris factum & alienationem creditori non nocere: qualecunque sit pignus, siue mobile, siue soli. *l. debitorem. inf. hoc titul.* At alienationis genus est vsucapio, cum debitor negligentia sua patitur rem vsucapi. *l. alienationis. D. de ver. sig.* Quare non magis ea alienatio creditori nocere debebit, si immobilis res erit. quam si erit mobilis.
6 Neque † vero huic sententiæ non bene conuenit cū *d. l. 1. & l. 2. C. si aduer. cred.* Nam cum dicimus vsucapionem pignus non exstinguere, hoc dicimus, silentiū debitoris, quo passus est rem suam vsucapi, creditori non nocere ad pignus illius exstinguendum. Vsucapio enim est illa acquisitio, qua dominium acquiritur aduersus debitorem propter illius silentium. Cui non aduersatur, quod dicitur in *d. l. 1. & 2.* diuturnum silétium & præscriptionem longi temporis creditori pignus persequenti obesse. Nam hic diuturnum silentium, & diuturnum tempus interpretari debemus, non id, quo debitor siluit, sed id quo siluit creditor: denique silentium non debitoris, sed creditoris. Quippe de creditore illic agitur: & præterea esset iniquissimum factum debitoris creditori nocere. Hæc ita est: si nihil proponitur aliud, quam silentiū debitoris, quo factum est, vt res vsucaperetur, creditor autē non itē cessauit, per idem longum tempus, sine dubio neque vsucapio illi pignus exstinguet, & ipsi pignus persequenti nihil obstabit. non diuturnum silentiū ipsius; quia id nunc nullum est. non vsucapio, qua res debitori ablata est, quia in hac silétium & factum debitoris versatur: in totum autem definiendum est factum debitoris creditori non nocere *l. debitorē. C. eod.* Quod si & debitor per decem aut viginti annos siluit, & creditor idem fecit in pignore persequendo, vt sic silentium diuturnum creditoris cum silentio diuturno debitoris concurrat, vtrique præscriptio longi tēporis obstabit, & debitori dominium vindicanti, & creditori persequenti pignus, vt superioribus locis cautum est. Neque ideo aduersari putandum est, quod dicitur vsucapione pignus non exstingui. Cum enim creditor ita summouebitur, nihilominus vere dicetur non exstingui illi pignus vsucapione, quippe quæ si sola esset, ei non noceret: sed exstingui illi suo facto & silentio, quod silentium neque vsucapio est, neque possessori parit vsucapionem. Eiusque rei certissimum argumentum est, quod potest silentiū diuturnum creditoris interuenire, vt tamen nulla sit vsucapio. Quid enim si creditor diu siluisset, dominus autem, idemque debitor per tempus constitutum interpellasset possessorem? Quid, si silente creditore res tamen vsucapi iure non posset? Finge rem pupilli pignori obligatam, quam constat vsucapi nō posse. *l. bonæ in prin. Digest. de acq. rer. dom.* Diceremus in his omnibus summoueri creditorem ob diuturnū silentium suum: vbi tamen apparet non posse dici vsucapionem illi obstare, quia hic nulla est. Ad hæc si vsucapione & diuturno silentio creditoris concurrētibus dici posset amissi pignoris caussam esse in vsucapione, non in solo silentio creditoris: dicendum esset, quoties res esset vsucapta, summoueri pignus, etiam si creditor in pignore persequendo diu non siluisset. Caussa enim posita pignoris amittendi, vsucapione, necesse esset etiam vbique sequi eius effectum, amissionem pignoris. Quod secus esse non alii loci magis probant, quam superiores duo, quibus placet nihil aliud in præscriptione temporis nocere creditori pignus persequenti, quam diuturnum silentium. Propone ergo rem decem aut viginti annos possessam vsucaptam esse: sed pignori obligatam fuisse paulo ante perfectam vsucapionem, puta tribus aut quatuor annis, per quos creditor pignus non est persecutus. Omnes concedent ex suprascriptis etiam locis id silentium, quod non est diuturnum, creditori pignus persequenti non nocere. Non ergo etsi concurreret silentiū creditoris cū rei vsucapione, ideo diceremus vsucapione exstingui pignus: cū per se sola vsucapio semper vna & eadē sit; q̄ tamen pignus nō exstinguit.

Maneat † igitur, re pignori obligata a possessore 7
vsucapta, dum ne silentium ipsum creditoris eum remoueat, nihilominus pignus manere. Cuius effectus hic erit, vt eodem iure sit res apud eum, qui vsucepit, quo iure futura erat, si eiusdem debitoris mansisset. Ergo creditori pignus persequenti aut pecunia solui debet, aut pignus restitui. *l. si fundus. §. in vindicatione. Digest. eod. tit.* Possessor dominus si hac actione conueniatur, potest vt ceteri possessores extranei persecutionem impedire debitum offerendo, quo facto possessionem rei sibi constituet. *l. si dominium. inf. hoc tit.* Ceterum nisi ipse pecuniam, quæ debetur, soluat, rem creditori restituere cogitur. Si res apud creditorem erit, potest debitor etiam nunc a creditore repetere pignoratitia actione, dum pecuniam soluat. *arg. l. rescriptum. §. 1. ibi, & cum per iniuriam. Dig. de distra. pig.* Quod si apud debitorem res erit, & qui vsucepit, rem petere instituat, poterit quidē ab eo vindicare; sed hac lege, vt existimo, si paratus sit soluere debitori, quod ille creditori prius præstitit pignoris luendi caussa. Etsi enim debitor cum creditori soluit, ea solutione liberatus est; tamen eadem solutione factum est, vt res vsucapta nouo domino pignoris nexu liberaretur. Ceterū negotiorū gestorū actione idē petere a no-

a nouo domino nō pōt. Sic .n. definiendū est, quoties eadē res ad duorū vtilitatē ptinet æque principaliter, eius soli⁹ negotiū gestū videri, cui⁹ cōtēplatione negotium gestum est. *leg. si pupilli. §. sed si ego. ff. de neg. gest.* Nunc autem quod debitor creditori præstitit, fecit, vt & se liberaret, & pignus lueret: quod emolumentum ad nouum dominum æque pertinet. Qua ratione dicemus e conuerso, si nouus dominus cū ab initio cōueniretur a creditore, pecuniam illi soluerit pignoris sui luendi caussa, ne ipsum quidem eam pecuniam a debitore negotiorum gestorū actione repetere posse, quamuis illum ea solutione liberauerit.

L. Quamuis. VIII.

Idem A. Festo.

*Quamuis personali actione expertus aduersus reum vel fideiussores seu mandatores eius feceris cōdemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem. PP. Id. Mart. Gordiano. A. & Auiola. Coss. 240.*

SVMMARIA.

1 *Personali actione electa, atque adeo debitore iā condemnato, non eo magis tolli persecutionem pignoris.*

2 *Iudicii accepti nouatio quæ.*

Pignore creditori constituto duæ sunt creditori actiones. Vna de eo quod debetur: altera de pignore. prior in personam est, siue, vt hic nominatur, personalis, aduersus eos qui sunt obligati creditori. *leg. actionum. de oblig. & action.* Quo in numero sunt reus principalis, & fideiussores, id est, qui idem spōdet creditori stipulanti. *l. blanditus* ꝫ. *de fideius.* item mandatores, qui rebus ad huc integris veniunt ad creditorem, & mandant ei, id est petunt ab eo, vt velit pecuniam credere debitori futuro. Actio de pignore in rem est: non aduersus certam personam, sed aduersus quoscumque pignoris possessores. de qua *in l. pignoris. inf.*

1 His† duabus actionibus constitutis quæritur, si creditor vna agere cœperit, an electione altera tollatur, & maxime si actione in personā egerit. Placet non tolli. non enim petitione, sed solutione debitores liberantur. *leg. 1. §. si apud duos. D. depos.* Quod præcipue locum habet, cum altera actio, qua creditor non egit, est hypothecaria. nam hæc actio tamdiu est, quamdiu pignus manet. Non soluitur autem pignus, nisi aut creditori solutum sit, aut satisfactum. Porro nō si lis a creditore contestata est, idcirco illi aut solui, aut satisfieri intelligitur. Imo vero ideo agit, qa illi nō satisfit. Significatur hæc ratio *in leg. grege. §. etiā. ff. eo. tit.* Quæsitū est amplius; qd si creditor nō egerit tantū actione in psonam sed etiā cōsecutus sit, vt reus sententia iudicis condemnaretur? quæ huius loci quæstio est. Et placet ne sic quidem pignoris persecutionem amitti creditori. eadem ratione, qua supra, quia quamuis debitor condemnatus sit, non ideo tamen solutum est, aut satisfactum creditori. Quod & ipsum diserte positum est *in dicta l. grege. §. etiam.* Huc accedit, quod si debitor ante rem iudicatam tenetur, & pignus constituit creditori, multo magis vtrumque dici debet, cum erit debitor condemnatus; quia tunc illum certius debere constitit, & tum illius maior contumacia est. cur ergo magis dubitatum est de eo debitore, qui iam condemnatus esset?

2 Videtur† hęc fuisse dubitandi caussa, quod nouatio pignus perimit, vt est *in l. solutum. in pr. ff. de pig. act.* Re autem iudicata prior obligatio nouatur, vt scriptum est in *l. 3. §. & ideo.* ꝭ. *de vsur. rei iud.* Ex quo effici videt & re iudicata, vt nouatione pignus perimi. Et res ita habet. Nouatio pignus perimit, sed ita, si sit voluntaria, id est, si fiat partium consensu extra iudicium. Alia caussa est nouationis necessariæ, siue iudicii accepti. hæc non modo actoris conditionem deteriorem non facit, sed etiam facit meliorem. *leg. aliam. D. de nouat. l. non solet. ff. de reg. iuris.* de quo dicetur infra suo loco *ad tit de nouationibus.*

L. Si dominium. IX.

Idem A. Attico.

*Si dominium eius possessionis, quæ pignori data esset a debitrice domina, ad te translatum est, eamque postea creditor, vel eius heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præside prouinciæ curante, vt fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. PP. 3. Calend. Octobr. Gordiano. A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIA.

1 *Debitorem pignoris dominum manere. hoc iure rem traditam in quemuis transferre posse.*

2 *Pignoratitiam actionem pignore alienato nunquam nouo domino competere ad pignus repetendum.*

3 *Pignore alienato a debitore competere nouo domino vindicationem aduersus creditorem; sed iisdem conditionibus quibus debitori pignoratitia, si pecunia soluta sit, aut eo nomine satisfactum.*

Debitor† pignus dando manēte proprietate eius, solam possessionem transfert ad creditorem, *vt est in leg. cum & sortis §. vltim. Digestis. de pig. act.* 1
Dominus igitur est, qui prius fuerat. quam ob caussam & rē pignori obligatā vendere potest, vt prius, nec minus ex quauis caussa traditam iure in accipientem transferet. *§. per traditionem. in Institutio. de rer. diuis.* Quod si verum est, sequitur, vt & nouus possessor in quem dominium a debitore translatum est, eam rem vindicare possit, non tantum a quouis alio possessore, sed etiam a creditore ipso, cui res pignori obligata erat, si forte res obligata in eius possessionem peruenerit. *leg. in rem. leg. officium. D. de rei vind.* Cum sint hæc quæ diximus, iuris explorati, nō immerito quæri pōt, cur sit in hac re dubitatum, vt adiri Imperatorē oporteret. Et videri potest hæc caussa fuisse dubitationis, quod debitor, qui pignus alienauit, si non alienasset, & pignus recuperare vellet, vteretur in eam rem pignoratit a actione. *§. vltimo. Institution. quibus modis. re cont. obligatio.* Hæc † autem actio ei, ad quem res translata est, competere non potest. nam is neque debitor est, neque debitori successit. Sed nō si nouo domino pignoratitia actio non est ad pignus recuperandū, eo minus id recuperare potest alia actione, si quā forte eo nomine comparatam habeat. Habet autem ad eam persecutionem vindicationem, vt dominus. id de quo Gordianus respondet. 2

Sed † additur, eum pignus recuperaturum eadem lege, qua debitor reciperet; nempe si debitum soluat, vel offerat creditori. & recte. Nam alienatio debitoris deteriorem creditoris conditionem facere non potuit. *l. debitorem.* ꝫ. *eo l. si debitor.* ꝫ. *de dist. pign.* Certi aūt iuris est, sic debitorē pignus persequi a creditore posse, si pecuniā soluat, aut eo nomine satisfaciat creditori. *leg. si rem. §. omnis. Digestis. de pign. act.* Sed in debito soluendo imputabuntur fructus ex re obligata a creditore percepti, vt hic cauetur. hi in vniuersum 3

debitum extenuant. *l. 1. l. 2. s. de pig. act. l. 1. j. de distrac. pignor.*

*L. Debitores X.*

Impp. Dioclet. & Maximi. AA. & CC. Alexandro.

*Debitores præsentes prius denuntiationibus conueniendi sunt. Igitur si conuenti debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentib. actionibus rector prouinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit. Dat. 14. Calend. Febr. ipsis IIII & III AA. Coss. 290.*

SVMMARIVM.

1 *Ad pignorum possessores perueniri etiam olim non potuisse nisi prius conuentis debitoribus: quam hoc humanum: & quid hic addiderit Nouella Iustiniani*

2 *Debitores prius denuntiationibus conueniendos, quam verum sit, refutatis locis in speciem repugnantibus.*

1 SI creditores † ab extraneis possessorib. pignora persequi velint potius, quam debitorem conuenire, id illis olim facere licuisse multis rescriptis declaratur. *l. distractis. l. persecutione. infra. eo. l. vlt. s. de oblig. & act.* Id ius temperatur hoc rescripto. Hæc enim lex & conditio ponitur creditoribus, vt si debitores præsentes sint, prius eos conueniant denuntiationibus, id est prius interpellent eos, vt soluant; sic deinde illis non soluentibus pignora iure persequantur. Summo quidem iure licet creditoribus pignora persequi sine vlla debitoris interpellatione. Pignoris namque conuentio neque diem neque conditionem habet; vt proinde sic pura sit, & præsens pignoris obligatio. Sed humanitatis ratio aliud ius postulat. ex quo est ista denuntiatio, quam hic exigi videmus. Humanitas & æquitas in eo est, quod præsentes debitores sine incōmodo creditoris interpellari possunt; interpellati fortasse soluent: si soluerint, eadem opera & consulitur creditoribus suum consequentibus, & possessores pignorū nō inquietantur. Quod factū postulanti pdest, cōcedenti nō nocet, æquū est id cōcedi cuiuis quamuis extraneo & ignoto. *l. 2. §. quamquam. ff. de aq. & aq. plu. arc. act.* Iustinianus *No. 4. de fideiuss. §. sed neque alias. §. enimuero.* plus exegit a creditoribus. Constituit enim, vt si debitores præsentes sunt, non tantū prius denuntiationibus conueniātur, sed cum illis iudicio agatur, nec prius perueniatur ad pignorum possessores, quā excussis debitoris & omniū accessionū facultatibus.

2 Sed † quod hoc rescripto dicitur debitores præsentes prius denuntiationibus conueniendos, multis diserte scriptis locis contrariis refelli videtur. Ac primum constat, quod pure debetur, statim peti posse. *§. omnis. Inst. de verbor. obl.* Si statim, non pendet ex vlla denuntiatione præcedenti. Quod & verissimum est, ac perpetuum: sed tunc locum habet, cum agitur cum ipso debitore. Iudicio cum omnibus agi potest, qui nobis obligati sunt, quāuis prius eos nō interpellauerimus, vt soluerent. Hic autem obseruandum est agi de eo creditore, qui pignora persequi velit ab alio possessore, quam debitore, vt sequentia indicant. quod quam æquitatem habeat, supra ostendimus. Imo, dixerit aliquis, etsi creditor ius pignoris exsequatur; tamen hoc iure non habet necesse prius debitorē conuenire. Nam *in l. distractis. l. persecutione. j. hoc tit. l. vlt. supra. de obl. & act.* traditū est, creditorem posse statim possessores pignorum conuenire, neque necesse habere personali actione prius cōuenire debitores. Sed nihil aduersus hunc locum. Non enim dicimus debitores prius conueniendos esse actione & iudicio; sed conueniendos denuntiationibus. Rursum hic occurritur. Nā si pignus creditor distrahat, cōstitutū est id eū iure facere, etiamsi prius debitori non denuntiauerit, *l. 4. ff. de pig. act. l. si cessante. j. de dist. pign.* Sed alia caussa est, cū creditor pign⁹ distrahit, alia cū pignus ab extraneo possessore persequitur. Nam pignoris distractio nocet debitori, qui oppignorauit: persecutio pignoris extraneis possessoribus. Porro cum de debitore agitur, nullum ordinem actionis seruamus, sed tantum aduersus extraneos possessores, cum quibus creditor nihil contraxit. *auth. hoc si debitor. j. hoc titul.* Ex his apparet, proprie & significanter hoc loco dictum esse, cum creditor pignora persequitur aduersus alios, prius debitores conueniendos esse denuntiationibus; vt intelligamus necessitatem iuris his verbis contineri, non autem conueniendos esse de vrbanitate, vt vulgo interpretantur. Et fortasse hoc ius est de conueniendis prius debitoribus, cuius mentionem facit Iustinianus *initio. No. 4 de fideiuss.*

*L. Nominatori. XI.*

Iidem AA. & CC. Euphrosyno.

*Nominatori pignori capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet S. 3. Id Mart. AA. & Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Nominatores in honoribus & muneribus publicis, q.*

2 *Nominator quibus, ad quid, & quo ordine teneatur.*

3 *Nominatori aduersus nominatum quando, quæ, & qua de re actio.*

SVb persona nominatoris & nominati statuitur hic sententia quæ generalis est ad omnes creditores ptinens; neminem res debitoris sui capere posse pignori sine magistratus auctoritate. quæ sententia expressa est *in l. 3. sup.* vbi diximus. Quod † ad exemplum huius loci attinet, *nominatores* dicuntur in honoribus & muneribus publicis deferendis. Nam cum quis aut magistratū municipalē, aut decurionē, aut curatorem Reipublicæ offert, & tanquam idoneum ad eā rē nominat, ex re nominator appellatur, vt intelligere licet ex toto titulo, *de peric. nom. j. lib. 11.* Eodē modo & si quis apud magistratum tutorem aliquem nominet. *l. aduersus. s. de mag. conuen.* 1

Qui † ita nominator exstitit, in re quidem publica Reipublicæ obligatur, in administratione autem minorum obligatur minoribus, vt si is qui nominatus est, in ea administratione quam suscepit, aliquid contraxerit, & non sit soluendo, id dependat aut Reipublicæ, aut minoribus eo ordine, qui præscriptus est *in l. Imperator. ff. ad municip. l. 2. & vlt. j. quo quis. ord. con. lib. 11. & d. l. aduersus. s. de mag. conuen.* Postquā nominator nominati caussa quid soluit, tum incipit nominatus nominatori suo teneri vel mandati, si mandato suo nominatus est, vel negotiorum gestorum, si mandatum non intercessit. In hac obligatione quæritur, an nominator nominati res pignori capere possit. De quo id statuitur, quod supra definiuimus. 2

*L. Si vxor. XII.*

Iidem AA. & CC. Eusebio.

*Si vxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo res proprias obligauit pignori, eique tu successisti: licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito creditorem de his tibi reddendis solemni iure conuenies. S. 5. Cal. April. AA. Coss.*

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Pignoratitia actio qua de re, cui, aduersus quem, qua conditione.*

1 Creditor † pignus accipiendo a debitore debitori obligatur, vt pignore soluto id ei restituat. §. *vlt. Inst. quib. mo. re cont. obl.* In eamque rem constituta est debitori pignoratitia actio hac conditione, si pecunia soluta erit, aut creditori satisfactum. *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. pen. §. eo.* Hæc actio citra controuersiam & heredibus debitoris datur, & in heredes creditoris. *§. 1. de perp. & temp. act.* Hæc ita sunt, quamuis de pignore dato nullum instrumentū interpositū sit, vt hic respondetur. In quo statuitur generalis sententia de vi instrumentorum, quæ expressa est *in l. 4. ff. eod. l. 4. ff. de fid. instr. & similibus locis.*

*L. Cum dominam. XIII.*

Iidem AA. & CC. Matronæ.

*Cum dominam non minorem 25. annis ea, quæ obligauerat tibi, iure dominii possidere permisisse, & in solutum dedisse, precibus significes; dominæ contractus & voluntas ad firmitatem tibi sufficiet. S. 4. Cal. Maii. Heracliæ. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Permissum debitoris, vt creditor pignus in solutum sibi habeat, ad dominium transferendum etiam secundum formam communem iuris abunde valere: & cur.*

1 Cum † debitor permittit creditori suo, vt pignora quæ prius acceperat, in solutum sibi habeat, quæritur, an dominiū pignorū ea conuentione in creditorem transferatur? Tria videntur impedire. Primum quod nulla hic traditio rerum est; dominium autem nisi traditione non transfertur. *leg. traditionibus. supra. de pactis.* Deinde quod nulla hic caussa videtur interuenire noua ad dominium transferendum; at nisi iusta aliqua caussa præcedente dominium non transfertur. *leg. nunquam. Dig. de acquir. rer. do.* Postremo de iure dominii impetrando in pignore certa forma præscripta est constitutionibus, qua ad eam impetrationem perueniatur. *l. 1. & toto tit. ℑ de iur. dom. imp.* Ea forma in hac specie nulla est. Sed nihil hæc obstāt dominio transferendo. Nam quod ad traditionem attinet, hæc tunc necessaria est, cum res quam translatam volumus, non est apud eum, ad quem volumus transferre. Quod si prius apud eum sit, vel quod commodauimus, vel quod apud eum deposuimus, vel quod pignori dedimus; hic nuda voluntas sufficit ad dominii translationem. *leg. qua ratione. §. interdum. Dig. de acquiren. rer. dom.* Et recte. satis enim prius res tradita erat, vt iam non sit noua traditione opus. Si caussa hic quæritur ad dominium transferendum, est idonea; nempe pro soluto, *leg. quarta, Digestis. de Publ.* Quod autem de iure dominii impetrando constitutum est in pignoribus, id aduersus debitores inuitos aut ignorantes constitutum est. Ceterum si debitor, idemque dominus velit rem suam in creditorem transferre, nihil tam naturale est, quam voluntatem eius in hac re ratam haberi, vt est *in §. per traditionē, Institution. de rerum diuision.* Proinde in proposito dominium voluntate debitoris in creditorem recte transfertur. Sed cum hac exceptione, quæ hic adiecta est, dum debitor non sit minor viginti quinque annis. Nam ita ius est, neque prædia minorum, neque res mobiles quæ seruando seruari possunt, sine decreto magistratus alienari posse. *leg. 1. & tot. tit. Digestis. de rebus eorum, qui sub tuto. vel cur. sunt. & tit. de præd. minor. supra. l. lex qua. sup. de administrat. tutor.*

*L. Distractis XIV. & auth. hoc ita. seq. l. debitorem. XV. auth. hoc si debitor. & l. persecutione. XXIIII.*

Iidem AA. & CC. Appiano: Basilidæ: Marco.

*L. 14. Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, vtrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione conuenire velint, non est incerti iuris. S. Cal. Maii. Heracliæ AA. Coss.*

*Auth. Hoc ita, si debitor ei non satisfaciat, ex pretio rei venditæ: quod vt fiat permittitur ei vendere.*

*L. 15. Debitorem neque vendentem neque donantem, neque legantem vel fideicōmissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Vnde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. S. 5. Non. Maii. Heracliæ. AA. Coss.*

*Auth. Hoc si debitor possideat, alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cū reo & intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecæ, si quæ sunt, petantur: quod ius & in heredibus locum habet.*

*L. 24. Persecutione pignoris omissa debitores actione p̄sonali conuenire, creditor vrgeri non potest. S. 15. Cal. Ian. Nicomed. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Pignore distracto a debitore, nihilominus ius pignoris creditori integrum manere.*

2 *Quo ordine perueniatur ad pignorum possessores, olim & nunc.*

3 *Auth. hoc ita. C. de pig. de quib. hypothecis interpretanda. Nouella de litigiosis, in §. ab hoc sententia. ibidem.*

Debitor pignus alienando, vti rei dominus erat, ita dominium ad accipientem transfert. *l. si dominiū. supra. hoc titulo.* sed hac alienatione creditori non nocet. Manet enim saluum ius pignoris, quod ab initio recte constitutum est. *l. si debitor. ℑ. de distr. pig. l. distractis. l. debitorem. hic.* Adiicitur ratio *in l. debitorem.* non enim potest debitor creditoris conditionem deteriorem facere. *l. soluendo. D. de negotiis gestis.* Sumtum ex præceptis iuris, quibus præcipitur alterum nō lędere, suū cuiq; tribuere. *l. iustitia. ff. de iust. & iur.* Itaque pignore alienato creditor pignora a possessoribus persequi potest. Est enim persecutio pignoris in rem. *d. l. debitorem. in fi. & l. pignoris. ℑ.* 1

Inde † quęsitum de ordine conueniendorum possessorum, vtrum creditor debitores prius conuenire debeat, sic deinde iis non soluētibus peruenire ad pignorum possessores. an vero sit in arbitrio creditoris, aduersus vtros experiatur? Et ius vetus fuit ita, vt hui⁹ rei electio esset creditoris. *leg. distractis. l. persecutione. hic. l. vlt. ℑ. de obl. & act.* pręterquam in fisco pignus tacitum vindicante. de quo humanitatis caussa iā olim idem placuerat, quod postea generaliter admissum est in omnibus creditoribus, & omnibus hypothecis, etiam de quibus nominatim conuenit. *l. Moschis. D. de iur. fisc.* Ius ergo, vt dixi, in totum mutatum Iustiniani constitutione *Nou. 4. de fideius. §. sed neq.* vnde fragmētum *in Auth. hoc si debitor. hic.* & exemplum fisci superius admissum ad hanc sententiam, vt non aliter ad pignorum possessores peruenire possit, si quidem alii pignus possidebant, quam debitore prius conuento, 2

& excussis eius facultatibus repertum sit eum non esse soluendo.

2 Sed † hoc ius postea temperatum est ab eodem Iustiniano *in Nou.de litigios.§.ab hoc.* Vnde fragmentum *in Auth.hoc ita.* ad hanc sententiam, vt si creditor aduersus debitorem pignus adhuc possidentem de hypotheca agere cœperit, & controuersia mota debitor pignus alienet, in hac specie liceat creditori statim pignoris emtorem eumdemque possessorem conuenire, & pignus persequi, si ei de pretio eius alienationis satisfactum non sit. Hoc ita interpretandũ esse in cõstitutione Iustiniani recte visum est Ioanni veteri interpreti; cuius & sententia omnium consensu recepta est. Etsi enim Iustinianus in ea cõstitutione de litigiosis, qua parte agit de hypothecis alienatis, nihil exprimit, quo tempore alienatæ sint, vtrum controuersia de his aduersus debitorem mota, an vero non mota; tamen de iis agi, quæ mota aduersus debitorem controuersia postea alienatæ sunt, cum ex instituto Iustiniani satis intelligitur, tum ex exceptione, quã priori disputationi Iustinianus subiicit. Institutum eius est tota ea constitutione agere, de rebus litigiosis. Quãobrem de hypothecis agens etiam de iis agere intelligendus est, quatenus litigiosæ videri possunt. Prius aũt definierat litigiosum, de quo lis possessori mota erat. Deinde post excipit ab ea definitione hypothecas. Nõ potest exceptio existimari, nisi quæ verbis & finibus definitionis continetur. vt si quis ędes leget, statim excipiat libros, quia etiam sine hac exceptione libri appellatione ædium non continerẽtur. Quare quod generaliter *in authen. hoc ita.* scriptum est, id ad speciem hypothecæ litigiosæ, de qua dixi referri debet.

*L. Etsi frater. XVI.*

Iidem AA. & CC. Heroidi.

*Etsi frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit. subscripta. 3. Id. Maii. Hadrianopoli. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Qui pecuniam mutuam dedit suo nomine, quamuis alienam, pignoris obligationem domino pecuniæ quærere non posse; & cur.*

2 *Qui pecuniam alienam mutuam dat nomine domini, eum domino acquirere & condictionem pecuniæ, & pignoris eo nomine accepti obligationem.*

CVm quis pecuniam alienam mutuam dat suo nomine, ei cuius pecunia est, condictionem non acquirit, quia non vult; sibi acquirit, si nummi ab accipi-
1 ente consumti erunt. *l.nam & si fur. ff. si cer.pet.* In † eã obligationẽ si pignus accepit, pignus illi obligatũ est; ei, cuius pecunia erat, pignus non est constitutum, vt hic traditur: his de caussis. Nam si ex eo mutuo nulla obligatio nata est, vt fit nummis adhuc exstantibus; non potest vllum pignus esse neque ei, cuius pecunia est, neque adeo ei, qui pecuniã suo nomine dedit. non est enim pignus, nisi pro debito, & obligatione præcedente. *l.res hypothecæ. ff. eo. §.item Seruiana. Inst. de act.* Quod si ex ea numeratione condictio mutuanti nata erit, quod fit nummis consumtis; tamẽ ei cuius pecunia est, ideo pignus acquiri non potest, quia ei nihil debetur, cui principalis obligatio non est quæsita. neque vero alii res pignori obligari potest, quam creditori; quoniam pignus accessio est principalis obligationis. *dict. leg. res hypothecæ. Digest. eod. l.4. §. si ex conuentione. Dig. de re iud.* Quin † etiam etsi quis pecuni- 2
am alienam mutuam det domini nomine, & pignus illius nomine accipiat: acquiritur quidem domino condictio. *l.certi. §. si nummos. ff. si cer.pet.* quasi ipse pecuniam dedisset per alium. At pignoris obligatio illi olim nõ acquireretur, quam placet per liberã personam quæri non posse. *l. solutum. §. per liberam. Dig. de pig. act.* Hodie ex constitutione Iustiniani quamuis suam quis pecuniam dederit alieno nomine, is vt condictionem acquirit extraneo, & acquirebat olim, sic & acquirit pignoris obligationẽ. *leg. 2. C. per quas pers.* Post quam cõstitutionem non erit inutile, quod adiicitur hoc loco de eo, qui pecuniam alienam suo nomine dedit, ac pignus accepit. Intelligemus enim hodie ideo recte adiici, quia ad eum nõ pertineat, qui pecuniam ad se pertinentem dedit alieno nomine, & pignus accepit.

*L. Quamuis. XVII.*

Iidem AA. & CC. Pontiæ.

*Quamuis ea pecunia, quam à te mutuo frater tuus accepit, comparauerit prædium: tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligauerit, tua pecuniæ numeratio in caussam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud præsidem petere nõ prohiberis. S. 12. Cal. Iun. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Rem aliena pecunia emtam non esse pignori obligatam, cuius pecunia emta est: excepto pupillo, cuius pecunia res emta sit; & cur.*

QVod dicitur pignus contrahi cõuentione, idq; 1
debitoris interposita cũ creditore. *l.1. in pr. D. de pig. act. l.4. Digestis. de pig. §. item Seruiana. Institutio. de act.* declarat, nullius debitoris rem creditori, obligari inter viuos, nisi specialiter, aut generaliter conuenerit, vt esset obligata, *vt hic dicitur idem. in l. Aristo. D. quæ res pig. obl. non pos.* Porro res emta eius est, qui eam emit suo nomine, & cui suo nomine tradita est, quãuis eam emerit, aliena pecunia. *l. multum. l. qui aliena. C. si quis al. vel sib.* Quo fit, vt quæ res hic emtoris est, non sit pignori obligata ei, cuius pecunia emta est, quia de pignore nihil conuenerit. quæ sententia est huius loci. In hac re pupillum excipimus, cuius ex pecunia si quid emitur, id ei pignoris iure tenetur. *l. pen. C. de ser. pig. dat. man.*

*L. Pignoris. XVIII.*

Iidem AA. & CC. Euodio.

*Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem est. S. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Pignoris persecutio quæ actio, cui detur, aduersus quem, cuius rei gratia.*

2 *Pignoris persecutio cur dicta Seruiana, quasi Seruiana, hypothecaria, & interdum pignoratitia.*

DE pignore iure prætorio nascitur actio *l. si tibi. §. de pignore. ff. de pac.* Hæc actio non in personam est, sed in rem, vt hoc loco admonemur, & *l. pignoris ff. eo. item. §. Seruiana. Instit. de act.* Hinc intelligimus & cui detur hæc actio, & in quem, & cuius rei gratia, seu qs sit huius actionis exitus. Quod psecutio pignoris est, ex eo intelligimus eã creditori dari. Nõ. n. persequitur pignus, nisi q pignus habet. Nõ est aũt pign⁹ cõstitutũ, 1
nisi

nisi creditori. *l. et si frater.* ꝟ. Quod in rē esse dicitur, eo declaratur actionem esse nō aduersus debitorem, aut debitoris heredes; sed aduersus omnē, qui pignus possidet, tenetve; quæ omnium actionum in rem cōditio est. *l. si fundus. §. in vindicatione. ff. eod. l. actionū. ff. de obl. & act.* Quod si aduersus possessorem est, contaneū est aduersos eos etiam dari, qui non possident quidē, sed pro possessoribus habentur. Hi sunt, qui dolo desierunt possidere. *l. qui dolo. l. parem. ff. de reg. iur. l. qui petitorio. in prin. D. de rei vin.* Eadem re admonemur huius iudicii exitum esse, vt possessor rem creditori restituat, nisi malit creditori soluere, quod debetur. Nam ea solutione pignus liberatur. quo liberato, nulla relinquitur creditori pignoris persecutio. Quod si neque soluit possessor, neque pignus restituit, tunc lis aduersus eum æstimatur, quanti ea res est, pro ea distinctione, quæ est *in d. l. si fundus. §. in vindicatione. & l. si inter. §. 1 ff. eo.* Huc facit. *l. qui restituere. in fi. D. de rei vind.*

2 Hæc † actio ne nos fallat, cum in iure nominatur, nomen tenendum est. Sciendum est igitur, eā a prætore, a quo primum comparata est, *Seruianam & quasi Seruianam* dici: a re ipsa dici *hypothecariam*, non pignoraticiam: *§. item Seruiana. Inst. de ac.* ꝑpterea quod non persequitur creditor pignus, nisi id quod ab alio possidetur. Id autem pignus proprie hypotheca dicitur, non proprie pignus. *l. si rem. §. proprie. ff. de pig. act.* Pignoratitia actio & in personam est, & debitori competit aduersus creditorem aut creditoris heredes, vt pignus pecunia soluta ei reddatur. *§. vlt. Inst, quib. mo. re cont. obl.* Recte pignoratitia, quæ debitori datur de eo pignore, quod ipse creditori tradidit. quod, vt iam dixi, proprie pignus dicitur. Interdum tamen cōfunduntur ista, & actio hypothecaria dicitur pignoratitia, *vt l. rem alienam. ff. de pig. act. l. duob. D. de excep. rei iud. leg. 3. §. est autem. Digest. ad exhib. leg. communi. §. si inter. Digest. com. diuid.* Vide plura in methodo huius argumenti.

*L. Sicut. XIX.*

Iidem AA & CC. Maximo.

*Sicut vim maiorem pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur. Dat. 17. Calendar. Ianuarii. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Culpam etiam & custodiam creditorem præstare debere in pignore; & custodiæ verbo quid cōtineatur.*

1 Pignoratitia actione tenetur debitori creditor, vt debito soluto pignus debitori integrum reddat, & tale, quale accepit. *§. vltim. in Instit. quib. mo. re con. obl.* Et sine dubio ita tenetur, si rem talem habet apud se, qualem accepit, Quid si aut non habet, aut deterior facta est? Distinguitur, vt siquidem casu fortuito seu vi maiore res absit, aut deterior facta sit; non teneatur creditor. Casus fortuiti nullo iudicio præstantur ab eo, qui rem præstare debuit. *l. quæ fortuitis. ꝟ. de pig. act. l. contractus. in fi. D. de reg. iuris.* Sin aliter ista contigerunt, placet omnimodo creditorem teneri, siue dolo eius factum sit, siue culpa, nec solum ea culpa, quæ in faciendo fit, sed etiam quæ in negligendo. quæ posterior custodiæ exhibendæ verbo hic significatur: dum scilicet ipse rem corrumpi aut amitti patitur eam custodiam & diligentiam non adhibendo, quæ a diligē te patrefamilias adhiberi potest: vt & in *l. si cum venderet. §. vltim. & leg. seq. Digestis. de pigno. act.* Hęc ideo, quia in contractu pignoris vtriusque vtilitas versatur, & debitoris & creditoris, vt declaratur *in d. §. vltim. quib. mo. re cont. obl.* Id autem est ex ea distinctione, quę pluribus explicatur *in leg. 5. §. nunc videndum. Digest. comm.*

*L. Creditor. XX.*

Iidem AA. & CC. Alexandro.

*Creditor ad petitionem debiti vrgeri iure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Euodiani debere confiditis, oblato, &, si nō velint accipere, consignato atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione conuenire. PP. 17. Calend. Februar. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Obsignatione sola pecuniæ pignus liberari, & quali.*

2 *Oblationem solam pecuniæ in iudicio factam, et si pignus non liberat, prodesse tamen debitori ad pignus & retinendum & repetendum.*

Ivre constituto pignus ita liberatur, si pecunia creditori soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactum. *leg. si rem. §. omnis. Dig. de pig. act. leg. item. §. 1. Dig. quibus modis. pign. vel hypothec. sol.* Hoc ius si ad verum exigimus, periculose constituitur aduersus debitorē. Nam non soluitur pecunia creditori, nisi ille oblatam accipit. At fieri potest, vt nō accipiat, quamuis iniuria. Fieri etiam potest, vt paratus sit accipere; sed dicat sibi plus deberi, quam offertur: & ideo priusquam quidquam accipiat, postulet de ea re iudicio constitui. Quod si fit, res eodem redit. Non enim potest iudicio constitui de eo, nisi ipse agat. porro nemo cogitur inuitus agere. *tit. vt nemo inuit. ag. vel accus. cog. supra.* Ita fit, vt nunquam inuito creditore pignus liberetur, si præfracte solutionem exigimus. Id ergo ne fieret, remedium inuentum est, quod pro iusta solutione cederet, vt sic & fideiussores, & pignora ipso iure liberarentur quamuis inuito creditore. Id † remedium est non oblatio pecuniæ sola, sed oblatio cum obsignatione pecuniæ & depositione coniuncta, id est, vt recusante creditore debitor coram testibus numeratam pecuniam sacculo includat, sacculum clausum obsignet, obsignatum deponat in eum locum, de quo iudex idoneus constituerit. Hæc indicantur plenius *in leg. acceptam. ꝟ. de vsur.* Idem hoc loco dicitur breuius. Similes loci notantur ab Accursio. Hæc autem liberatio pignoris ex eo est, quod hæc obsignatio & depositio solutionis vim habet. *l. obsignatione. ꝟ. de sol.* 1

Ergo † sola oblatio neque principalem obligationē tollit, neque pignus liberat. Interdum tamen prodest debitori: si is puta pignus possideat, & pecuniam creditori offerat in iudicio. Sic enim consequitur, ne cogatur pignus reddere: non quia pignus liberatum sit, sed quia obstet creditori agenti doli exceptio. *l. potior. §. vlt. ff. qui pot. in pig.* Prodest etiam debitori vltro pignoratitia actione agenti, qui item pecuniam in iudicio creditori offerat. Prodest autem eo, vt recte agat, & creditor damnari debeat. *l si rem. §. vlt. D. de pig. act.* Quippe pignoratitia actio has conditiones habet, si pecunia soluta sit creditori, aut ei satisfactum. Quæ conditio ex regula iuris toties pro impleta habenda est, quoties per creditorem, cuius interest eam conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, *l. in iure. Dig. de regul. iur.* 2

*L. Res obligatas XXI.*

Iidem AA. & CC. Vieto.

*Res obligatas exterus debito soluto liberando, datum petere, non earum dominium adipisci potest. Datum. 2. Cal. Nouemb. Retiariæ. CC. conss.*

SUMMARIA.

1 *Soluendo pro debitore extraneus quiuis vt debitorem etiam inuitum, ita & pignus liberat.*

2 *Soluentem pro debitore & pignus liberantem non ideo quidquam iuris in rem liberatam consequi.*

3 *De pecunia alterius nomine soluta esse aduersus eum actionem mandati, aut sine mandato negotiorum gestorum actionem.*

4 *Soluenti pro debitore & pignus liberanti dominium aut pignus acquiri ex conuentione si aut ei res vendita, aut pignus in eum translatum sit: sine conuentione etiam pignoris retentionem.*

1 Quiuis pro debitore soluendo creditori, debitorem & ignorantem, & inuitum liberat. *l. soluendo. ff. de neg. gest. l. solvere. l. solutione. Dig. de solut.* Vnde euenit, vt eadē opera & accessiones liberentur, id est, fideiussores & pignora. *leg. in omnibus speciebus. Dig. de solution.* atque hęc in deb. tore vis est huius solutionis. 2 Nam † quod ad extraneum attinet, qui soluit, non propterea in rem, quā nexu pignoris liberauit, quidquam iuris nanciscitur. Non dominium, de quo hic scriptum est: non pignus, de quo scriptum est *in l. 1. in prin. Digest. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Vtrumque ideo, quia ad dominium acquirendum, & pignus constituendum pariter domini voluntate & conuentione est opus. *l. in omnib. reb. D. de obl. & act. l. quamuis. §. hoc tit.*

3 Tantum † is qui soluit, hac solutione id assequitur, vt quod soluit, possit repetere a debitore, quem liberauit: non tamen quia liberatio est, sed quia negotiū vtiliter ab eo gestum. Vt autem repetat, consequitur aut mandati actione, si mandato debitoris soluit; aut sine mandato actione negotiorum gestorum; quia vtiliter in rem eius impendit, dum eum liberat. *l. 2. D. de neg. gest. l. 3. & leg. filius. §. eo. tit. de neg. gest.* 4 Sed † hæc ita accipienda sunt, si extraneus ita solum soluit, vt debitorem liberaret; quod verba ipsa rescripti satis significant, quæ ad solutionem & liberationem debiti solum conferuntur. Quod si ita pecuniam creditori dedit, vt pignus emeret; dominium in eum transfertur non minus, quam si a domino emisset. *leg. non est nouum. Dig. de acq. rer. do.* Sed etsi citra emtionem ita pecuniam soluerit creditori, vt idem pignus sibi obligaretur, rata erit conuentio, & in ius creditoris succedet. *leg. 1. §. de his qui in prio. cred. loc. succ.* Neque vero aliter vllum ius dominii, aut pignoris in re liberata sibi exterus acquirit. Sane & sine emtione, itemq; superiore conuentione de pignore constituendo extraneus, qui debitoris nomine soluit, & pignus luit, cōsequitur eiusdem rei retentionem in eam summam, quam soluit. *d. l. 1. in pr. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* non tamen pignoris iure; sed per exceptionem doli mali; quæ iis omnibus possessoribus rei alienæ conceditur, qui in eam rem sumtus fecerunt, dum ab his res repetitur non solutis sumtibus. *l. sumtus. l. in fund. ff. de rei vind. l. plane. D. de petit. her.*

*L. Secundus XXII.*

Iidem AA. & CC. Antiochiano.

*Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, & a debitore sortem, eiusque tantum vsuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam vsurarum vsuras accipere potest. PP. 3. Id. Deceb. Nicomed. CC. Coss.*

SUMMARIA.

1 *Posteriorē creditorē priori pecuniā soluendo pignus sibi confirmare non tantum in sortem sibi debitam, sed & in eam summam, quam soluit; item & in vsuras quæ priori soluendæ essent: non etiam in vsuras vsurarum ab ipso solutarum.*

Cum duobus creditoribus diuersis tēporibus eædem res obligatę sunt, sic prior creditor in pignore potior est, vt secundus aduersus priorem nihil iuris habeat. Sed si posterior priori creditori soluat, vel offerat, quod ei debetur, illo remoto posterior in pignore aut solus, aut certe primus esse incipit, atque ita sibi pignus cōfirmat. Sed quod præcipue animaduertendū est, confirmat sibi pignus nō tantū in debitum suum; sed etiam in omnem caussam, qua debitorem a priore creditore liberauit, *vt est in l. in bello. §. si pignori. ff. de cap.* Et in summa in locum prioris creditoris succedit, *vt traditur in leg. 5. in prin. ff. de distr. pig.* Proinde confirmat sibi pignus non tantum in sortem, quam priori creditori soluit; sed etiam in eius sortis vsuras, quæ præstandæ fuissent, vt hic scriptū est. Quibus verbis intelligo posteriorem sibi confirmare pignus non tantum in eas vsuras, quas priori soluit, de quib. ex locis a me supra indicatis non dubitatur; sed etiam in eas vsuras, quas nō soluit, sed quæ creditori priori soluendæ essent, si eius obligatio non esset sublata. Vt quēadmodum illi præstandæ essent, sic & posteriori creditori præstandæ sint ex mora; quoniam is, vt diximus, in locum prioris succedit. *dict. leg. 5. de distr. pig.* Hinc quæsitum, *an posterior creditor, quemadmodum sortis prioris solutæ vsuras consequi potest, ita etiam possit exigere vsuras earum vsurarum, quas priori soluit.* Finge posteriorem creditorem priori soluisse sortem mille aureorum, & eius sortis vsuratum nomine centum, quæ illi creditori deberi cœperant. Quæro, *an quemadmodum sortis mille aureorum vsuras exigere potest posterior creditor; ita possit etiam exigere vsuras eorum centum, quæ nomine vsurarum priori soluerat.* Quod quidem prima ratione quis dixerit. Nam in actione negotiorum gestorum id totum sors est, quod quis alieno nomine impendit. *l. 2. Digestis de neg. gest.* Quod si vsuræ supra solutæ in ea actione pars sunt sortis, cōsequens est etiam eius partis vsuras ex mora accedere. Nam actio negotiorum gestorum bonæ fidei est. *§. actiones autem. in Institut. de act.* In bonæ fidei autem iudiciis vsuræ ex mora veniunt. *leg. mora. §. in bonæ fidei. ff. de vsur.* Et hoc loco respondetur, posteriorem creditorem vsuras tantum sortis a se solutæ vna cum sorte consequi posse; vsuras autem vsurarum a se solutarum consequi non posse. Superiori autē obiectioni occurritur *in l. creditor. §. sciendum. ff. qui pot. in pig. hab.* Ad hunc modum. Recte enim diceretur vsuras priori creditori solutas pro sorte habendas esse, si negotiorum gestorum actione peterentur. Nunc autē de his negotiorum gestorum actio locum non habet. Nam posterior creditor dum priori soluit & sortem & vsuras illi debitas, negotium debitoris non gerit, sed suum. Non enim soluit debitoris liberandi caussa; sed pignoris, & iuris sui confirmandi gratia. Ita relinquitur, quod solutum est, id partim sortē esse, partim sortis vsuras. Certi autem iuris est vsuras vsurarum exigi non posse. *l. placuit. D. de vsur. l. vt nullo. §. de vsuris.*

*L. Maior. XXIII.*

Iidem AA. & CC. Macedoniano.

*Maior annis 25. pignoris conuentionem remissam, cum*

*cum hoc solum pactum, vel iurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. S. 18. Kal. Ian. Nicomediæ, CC. Coss.*

SVMMARIA

1 *Remissione & conuentione sola pignus solui.*
2 *Iurisdictio quid.*
3 *Remissione directa pignoris maxime pignus solui ipso iure.*
4 *Etiam tunc, cum res tradita est creditori.*
5 *Obliqua quoque remissione, id est, pacto interposito de pecunia non petenda, etsi fortius liberatio contingit tantum per exceptionē, pignus tamen ipso iure tolli.*
6 *§. de pignore. l. si tibi. D. de pact. explicatus.*
7 *L. 2. C. de remiss. pig. explicata.*

REmittit pignoris conuentionē creditor, qui pa-
1 ciscitur, vt a pignoris conuentione, id est, a pignore discedatur, nec res amplius sit pignori. † Hoc qui pactus est, pignus amplius persequi non potest, *vt hic traditur*. Et hoc est, pignus conuentione & remissione creditoris soluitur. *l. 2. C. de remiss. pig.* Ideo fieri dicitur hoc rescripto, quia pactum, quod inest in hac remissione, tametsi solum sit, & vt iuris auctores alibi loquuntur, nudum: tamen eiusmodi est, quod iurisdictio tueatur secundum voluntatem creditoris. Iurisdictio, id est, prætor, & quiuis magistratus ex edicto prætoris de pactis. *l. iuris gentium. §. ait præ-*
2 *tor. D. de pact.* Iurisdictio † est magistratuum auctoritas, & potestas in iure dicundo. *l. non possunt. & l. seq. D. de leg.* Quæritur, *an remissione creditoris pactum tollatur ipso iure, an per exceptionem tantum?* Quorum alterum ex verbis huius rescripti certo colligi nō potest. Nam is dicitur, nō posse rem persequi, non tantum qui ipso iure non potest, sed etiam qui per exceptionem remouetur. *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Et tamen res digna est cognitu propter locos de hac
3 quæstione in speciem dissentientes. Nos † statuemus, vt consensu creditoris pignus contrahitur, ita cōtrario consensu ipso iure & remitti & dissolui. Remissio & conuentio creditoris duplex est; directa, & obliqua. Directa, qua aperte & recta paciscitur, vt ab hypotheca discedatur, siue ne de hypotheca amplius agat. Hæc conuentio citra controuersiam dicitur pignus soluere, *in l. soluitur. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Solui dicitur, quod omnino soluitur, id est, ipso iure. *§. item per acceptilationem. Inst. quib. mo. tol. obl.* Et vero id cōsentaneum est regulæ iuris, quæ dictat, quibus quidque modis contractum aut constitutum est, iisdem modis in contrarium actis dissolui. *l. nihil tam naturale. l. fere. D. de reg. iur.* Constat autem pignus sola cōuentione contrahi, siue creditori tradatur, siue non tradatur. *l. 1. in prin. D. de pig. act. l. 4. D. de pign.* Proinde & contraria conuentione tolletur, quæ definitio expressa est *in d. l. 2. C. de remiss. pign.*

4 Nec † multum ad rem faciet, si pignus præter cōuentionem traditum sit creditori. Nam hæc traditio non facit, vt magis pignus contrahatur, quam ante traditionem. Deniq; pignus quamuis traditum, sola tamen conuentione constitutum est, non etiam traditione, proinde & sola conuentione, quamuis traditum, tolletur. Nec obstat, quod *in l. ab emtione. D. de pact.* dicitur ab emtione, & ceteris contractibus, qui consensu perficiuntur, contrario consensu discedi posse rebus adhuc integris, id est, nulla re ab vno alteri data, aut tradita. Nam ex eodem loco discimus, a superioribus contractibus etiam rebus non integris discedi posse, dūmodo non paciscamur, vt nobis quid præstetur ab aduersario, & noua obligatio aduersus eum non constituatur. quod postremis eius legis verbis demonstratur. At in pignore, quamuis id traditum sit creditori, si paciscatur creditor, vt a pignore discedatur, non id agitur, vt ipse quidquam præstet, sed tantum ne pignus petat. Quamobrem etiam tūc sine exceptione ea conuentio valebit. Obliqua † pig- 5
noris remissio est, cum creditor non de pignore paciscitur aperte, sed de debito non petēdo. Nam qui ita de debito paciscitur principaliter, etiam per consequentiam de pignore non petendo pacisci intelligitur. *l. soluitur. § si paciscatur. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* propterea quod pignus accessio est principalis debiti, ac principali caussa sublata, accessioni locus esse nō potest. *l. cum principalis. D. de reg. iur. l. in omnibus speciebus. D. de solut.* In hac specie quia principalis obligatio non tollitur, nisi per exceptionem pacti conuēti, *l. 5. D. de pact. §. præterea. Inst. de excep.* idcirco dubitari potest, an pignus quoque non nisi per exceptionem remittatur. Dicemus etiam in hac specie pignus ipso iure tolli. Nam aperte dicitur hoc modo solui *in d. l. soluitur*, quo verbo diximus iuris solutionem & liberationem intelligi. Eiusq; rei argumenta hæc sunt. Nam & aliis modis cum debitor de debito liberatus est solum per exceptionem, tamen pignus liberari dicitur. Vt, si deferente aduersario iureiurauerit se nō debere, aut si absolutus sit sententia iudicis. *l. si deferēte. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Ex quibus tamen caussis tantum debitor per exceptionem liberatur, non ipso iure. *§ æque, & §. seq. Inst. de excep.* Proinde idem dicēdum est, & si debitor pacto tantum conuento de debito sit liberatus. Præterea si debitor remiserit principalem obligationem debitori, pignus ipso iure liberatum est, etsi remissio iure effectum nō habuerit, *l. 1. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Multo ergo magis, si remissio valuerit saltem per exceptionem. Postremo cum creditor paciscitur, ne debitum petat, etiam de hypotheca non petenda paciscitur, *vt supra dixi.* Quamobrem & hoc consensu hypotheca ipso iure tolletur, quoniam iam effectum est, vt consensu pignus contrahitur, ita etiam consensu dissolui. Scio prima fronte non improbabiliter dici, si obligatio principalis pacto per exceptionem tantum tollitur, par esse, vt etiam pignoris obligatio non nisi per exceptionem eodem pacto tollatur: quoniam pignus est accessio principalis obligationis. Sed dissimilia hæc sunt. Nam pactum vt ad constituendam principalem obligationem, & obligationē pignoris diuersam vim habet, sic & diuersam habet ad vtramque obligationem dissoluendam. Principalis obligatio pacto conuento ipso iure non tollitur, quia pacto conuento ab initio non contrahitur. At pignus contrahitur pacto, eo fit, vt & contrario pacto dissoluatur. Neq; nos mouere debet, quod vulgo hic obiicitur, accessorium sequi naturam principalis caussæ, cui accedit, *argumento l. eos. C. de vsu* Hoc enim recte dicitur negatiue. Nam si principalis obligatio non consistit, non consistet etiam pignoris aut vsurarum accessio. Sed non idem valet affirmatiue. Non enim si principalis obligatio ipso iure consistit post pactum conuentum interpositum de non petendo, idcirco dixeris ipso iure consistere pignus: quoniam, vt dixi, ad tollendā principalem obligationem & obligationem pignoris pactum conuentum diuersam vim habet. Verum † op- 6
ponitur huic sententiæ, *l. si tibi. §. de pignore. D. de pact.*

vbi scriptum est, actionem de pignore tolli per exceptionem, si paciscar, ne petam. Hic nobis duplex responsio est. Nam primù duplex illic potest exceptio intelligi: aut ea quæ opponatur pignoris persecutioni: aut ea quæ opponatur principali actioni, de qua non persequenda pactum factum est. Secundum hoc recte dicetur tolli quidem actionem de pignore per exceptionem, cum creditor pactus est, ne debitum peteret, sed per exceptionem non eam, quæ pignoris persecutioni opponatur: nam hæc persecutio ipso iure pacto sublata est: verum per exceptionem, quæ ex pacto nata est aduersus principalem obligationẽ. Hac enim actione quàuis per exceptionẽ remota pignus etiam ipso iure tollitur. Et hoc est, quod Marcianus significat *in l. soluitur in fi. 1. resp. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* cum ait, si creditor pactus sit, ne pecuniam petat, recessum esse ab hypotheca, cum pactum exceptionem perpetuam pariat. Exceptionem perpetuá sine dubio intelligit, quæ nata est de pecunia non petẽda, cum de hoc pacto ageretur, *iuxta §. præterea. Inst. de excep.* Licet & hoc modo respondere. Cum creditor paciscitur, ne debitum petat, actio de debito tollitur per exceptionem. Esto: sed nihilominus tollitur & ipso iure. Neque hæc contraria sunt ipso Paulo auctore, cuius est illa *l. si tibi.* Nam multorum sententia est in hac specie, cum principalis obligatio per exceptionem sublata est, pignus iure ipso liberari. *d. l. soluitur. & l. si deferente. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Sed tamẽ etiam de eo dubitari potest, vt innuere videtur disputatio Marciani *in d. l. soluitur.* Et ideo tutius est exceptionem initio opponere aduersus creditorẽ pignus contra pactum persequentem. Ergo tollitur pignus per exceptionem, quia opponere exceptionẽ est tutius; tametsi exceptione non opposita recte defendi possis nullam fuisse ipso iure hypothecariam actionẽ. Nec absimilis Pauli sentẽtia, & ratio est *in l. qui seruũ. §. 1. ff. de obl. & act.* Rursum † opponitur *l. 2. ꝟ. de remis. pig.* Debitor sciente & consentiente creditore pignus vendidit. Si creditor pignus postea ab emtore vindicet, illic scriptum est, eum exceptione remoueri. Sed hoc sic interpretandum est: exceptione eum remoueri, si emtor idemq; possessor exceptionẽ opponat. Quod si nõ opponat, nõ est necessaria. Nã & sine exceptione ipso iure tutus est. Idq; demõstratur euidẽter seqẽti ratione, quæ illic subiicitur. Nã, inquit rescriptũ, vt consensu contrahitur pignus, sic consensu dissoluitur. Dissolui dicũtur ea, quæ omnino tollũtur, non autem iure ipso manent, *vt supra dixi.* Hæc ame eo disputata sunt fusius, vt in re ancipiti, licet exigua, retineretur constantia & veritas regularum iuris de rebus eodem modo dissoluendis, quo colligatæ sunt.

*L. Persecutione. XXIV. Et auth. seq.*

Vide l. distractis. supra.

*L. Seruo. XXV.*

Idem AA. & CC. Dracontio.

*Seruo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio. Dat. 6. Kal. Ianuarii. Nicomediæ, CC. Conss.*

SVMMARIA.

1 *Pignore casu amisso nihilominus manere creditori integram debiti actionem, & cur.*

SI pignore casu amisso tollitur actio creditoris de pecunia debitá, necesse est eo fieri, vel quia pignus detur solutionis caussa, vt sic ea satisfactione debitor liberetur: vel quia damnum amissæ rei creditor præstare debeat, vt sic debitor liberetur ea compensatione. At neutrum istorum est. Nam pignus datur, vt creditori pro debito cautum sit. *§. vlt. Instit. quibus mod. re con. oblig.* Item pignus accedit principali obligationi, non eam perimit, *l. 4. §. si ex conuentione. D. de re iudic.* Vnde apparet, non dari solutionis aut satisfactionis caussa. Alioqui ipsum debitum statim tolleretur solutione. Sed nec casus fortuitos creditor præstat in pignore. *leg. quæ fortuitis. & leg. pignus. supra de pigno. act.* Ex quibus efficitur, pignore casu amisso nihilominus creditori saluam esse principalem actionem de pecunia credita, *vt hic traditur, & d. l. quæ fortuitis. d. l. pignus. supr. de pig. act.*

*L. Si tibi. XXVI. Pen.*

Idem AA. & CC. Mauricio.

*Si tibi notarium pignoris titulo debitor tuus obligauit eum, a quo mancipium abreptum proponis, apud rectorem prouinciæ conueni. S. 4. Kalend. Ianuar. Sirmii, CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Pignore surrepto, eius persequẽdi caussa creditori duas esse actiones, hypothecariam, & furti.*

PIgnore surrepto creditor furem cõuenire potest. Quibus actionibus? Nempe aut hypothecaria actione de pignore, aut actione furti. Actione hypothecaria tenetur fur citra controuersiam, si pignus possidet. *l. pignoris. supra hoc titu.* Sed & si non possidet, tenetur non eo minus. dolo enim desiit possidere. Et de hac actione melius est hunc locum intelligi, vt titulo & argumento conueniat. Sed & creditor aduersus furem furti actionem habet. Quo iure, & quo effectu, cognoscendum est ex suis locis. *l. creditoris. le. creditori de D. furt. §. furt. Inst. de obl. quæ ex delict.*

*L. Vlt. Super.*

Imp. Iustinian. A. Mennæ præfecto prætorio.

*Super hypothecis, quas argẽti distractores vel metaxarii vel alii quarumcunq; specierum negotiatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, vt si post huiusmodi cõtractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quãcumq; militiam iidem negotiatores acquisierint (eam tamen, quæ vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest) liceat creditoribus eorum etiã non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum vel cognatos militasse. (dum tamen contrarium non probetur alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint, exigere, vel tantum eos efflagitare quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, & si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam acquisisse probentur: vt quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quæ vendi vel ad heredes transmitti potest, permissum est, vt liceat creditoribus & adhuc viuentium debitorũ iure hypothecæ vindicare militias, nisi sibi satisfiat, & post mortem eorum exigere quod pro hisdẽ militiis pro tenore communis militatium placiti, vel diuinæ sanctionis tale præstantis beneficiũ dari solet: hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum seruetur. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his, quas liberi vel cognati eorundem negotiatorum vel extranei*

*pecu-*

*pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. Dat. Kal. Iunii. DN. Iustiniano A. PP. II. Coss. 528.*

SUMMARIA.

1 *Militia in functionibus publicis, quid, & cur ita dicta.*
2 *Militiarum quasdam vendi & ad heredem transire posse, quasdam non posse.*
*Obligatione generali bonorum, contineri militiam etiam postea quæsitam, quæ quidem vendi possit.*
4 *Quisquis sit debitor.*
5 *Cur hic dubitatum de militiis.*
6 *Militiam contineri, etiam quam debitor pecunia sua acquisierit alii, non tantum sibi; & quomodo acquirere possit alii secundum regulas iuris.*
7 *Militiam alii quæsitam a debitore oportere quæsitam esse ex pecunia debitoris, vt contineatur obligatione generali pignoris, & quare.*
8 *Militia a debitore postea alteri quæsita quomodo possit deduci in obligationem pignoris a debitore constitutam, cum militia non sit aut fuerit in bonis debitoris.*
9 *De militia hoc loco dictum, etiam ad res omnes alias a debitore ex pecunia eius alteri quæsitas pertinere, vt bonis a debitore obligatis etiam heres ea obligatione contineatur.*
10 *Militia a debitore alteri quæsita, quibus conditionibus conuentione debitoris obligetur pignori.*
11 *Militia pecunia debitoris emta quando præsumatur, & quando a creditore probari debeat, & distinctionis ratio.*
12 *Militiam pignori obligatã sic viuente eo cui acquisita est, a creditore vindicari posse hypothecaria, vt possessor quamuis debitum non soluat, præstando militiæ æstimationem liberetur. alterutrum nisi fit, militiam iure pignoris distrahi posse.*
13 *Mortuo eo cui militia pignori obligata acquisita est, nec æstimationem deberi creditori, & quid illi pro ea præstari debeat a successoribus, & qui successores.*
14 *Forma cõmunis militãtium placiti, quid in hac lege. Militantes, & statuti, qui. ibidem.*
15 *Mortuo militante cur pro militia ante pignori obligata nec debeat creditori præstari æstimatio, & tamen debeat præstari certa summa.*
16 *Commoda ex casu, seu simpliciter. Ex casu quæ dicantur Iustiniano.*
17 *Militiam ex casu nullam esse.*
18 *De commodo militiæ vacantis aduersus quos sit creditori actio hypothecaria.*

1 CONstitutio† hæc est de militiæ hypotheca. Militia in vsu iuris dicitur functio omnis ordinaria, qua quis operam suam nauat vel Principi, vel Reipublicæ, vel magistratibus in rebus ad publicam administrationem pertinentibus obeũdis. qualis est, exempli gratia, Notariorum, Secretariorum, Apparitorum, eorum qui sunt a memoria, a libellis, & quales indicantur *in l. 11. C. de prox. sac. scrin. lib. 12.* Ac pro ea præstãtur salaria ex publico, aut annonis publicis: vt sic militia non sit ea commoda, quæ percipiuntur ex publico; sed ipsa functio, propter quam illa commoda capiuntur, *vt patet ex l. Lucius. D. de leg. 2. l. creditor. §. inter. D. de act. empt. item l. omnimodo §. vlt. C. de inoff. test.* Sic dicta militia, quod qui Reipublicæ operam nauant, hi Reipublicæ militare dicuntur. *l. aduocati. C. de aduoc. diuer. iud.*

2 Ex † militiis quædam sunt, quæ vendi possunt, vel etiam ad heredes transire; quædam, quæ nõ possunt, sed ita personæ cohærent, vt eam egredi non possint. Quod & hæc constitutio indicat, *& l. 3. §. si quid minori. D. de minor.* Quæ vendi non possunt, hæ sine dubio pignori obligari non possunt, cum ita iuris regula sit, eas res pignorationem recipere, quæ & venditionem recipiunt. *l. 9. in fin. D. eo.* Quod & hic satis significatur. De earum hypotheca, quæ vendi possunt, hæc constitutio est.

Constitutionis tria sunt capita. *Primum* caput est de hypotheca militiæ constituenda. *Secundum* de necessitate probationis, cui hæc incumbat, si forte controuersia erit, vtrum militia emta sit ex pecunia debitoris, an non. *Tertium* de effectu huius militiæ. Primo capite de hypotheca militiæ statuitur ad hãc sententiam. Obligatione† generali pignoris qua debitor omnia sua bona obligauit creditori, contineri etiam militiam, quæ quidem vendi possit, quam debitor postea acquisiuit; non tantum si acquisierit sibi, sed etiam si acquisierit alii: dummodo si alii acquisiuit, eam acquisierit ex pecunia sua. Hæc pars vt certius cognoscatur, in ea hæc expendẽda sunt. Primum de quibus debitoribus agat cõstitutio. deinde de quibus rebus. Tertio loco quid de earum hypotheca cõstituat. Postremo quibus conditionibus. 3

Quod † ad debitores attinet, loquitur constitutio in principio de negotiatoribus. Vnde videri potest ad negotiatores tantum pertinere, qui militiam postea acquisierint. Sed cõstitutio generaliter ad omnes debitores pertinet, siue negotiatores sint, siue nõ sint, vt declaratur illis verbis constitutionis, quæ subiiciũtur, *vt quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus,* &c. Itaque quod de negotiatoribus initio dicitur, vel exempli caussa dictum est, vel vt remoueretur dubitatio, quæ maior erat in negotiatoribus, quasi his pro conditione vitæ liceat impune pecuniam acceptam in quos velint vsus impendere, & de ea negotiari: intelligaturque si hi non possunt pecunia accepta militiam acquirere, quin ea in obligationem generalem pignoris veniat, multo magis idem de aliis debitoribus probandum esse. Inter negotiatores specialiter Iustinianus nominat argenti distractores, & metaxarios. Argenti distractores nominat non hic tantum, sed & *in l. 2. in fi. C. de con. pec.* Illic autem argenti distractores interpretari videtur Theophilus argentarios *in § in personam. Inst. de act.* Et sunt hi Iustiniano argẽtarii. Metaxarii sunt negotiatores metaxæ, id est fili aut panni serici. Hæc recte vt cetera, & pluribus Brissonius in Lexico. 4

Cauit autem constitutio de militia, quod secundo loco cognoscendum fuit. Cur † de militia potius dicit, hanc pignori obligari, quam res ceteras a debitore acquisitas, cum constet obligatione generali bonorum omnes res debitoris magis contineri? *l. vlt. C. qui pot. in pig.* quia vetus fuit dubitatio de militiis, an hæc quoque pignori subiici possint, vt res ceteræ, *vt idem Iustinianus docet in §. optimum. Nou. de exhib. reis* Id hac lege decisum est. 5

Cauit † constitutio de militia, quam debitor alii acquisierit. Quid, si acquisierit sibi? multo magis hæc pignori erit, cum citra controuersiam sit in bonis debitoris. Idque significat satis aperte Iustinianus hac constitutione illic, *vt quod generaliter in ipsis, &c.* Sed hoc tanquam exploratum prætermisit. De eo cauit, quod dubitationẽ habere videbatur, nempe de militia, quam debitor alii acquisiuit, nõ sibi, vt sic non vi- 6

deatur in bonis eius fuisse. At quomodo potest debitor militiam alii acquirere, cum per liberam personã alii nihil acquiri possit? *l.1. supr. per quas pers. nob. acq.* Id fit hoc modo, si debitor qui bona sua obligauit, militiã emat sibi; deinde iubeat venditorem militiam cedere ei, cui acquisitã vult, *iuxt. l.1. §. si iusserim. D. de acq. poss. l.3. in fin. & l. seq. D. de don. int. vir. & vx.* Id etiam fit hoc modo, si debitor militiam emat sibi, deinde eam accipiat nomine extranei, cui acquisitam vult. Nam possessionem alterius nomine acceptam illi acquirit, & per possessionem dominium. *l. si procurator rem. l. traditio. in fi. D. de acq. rer. do. & d. l.1. sup. per quas pers.* Hæc eo dicimus, quia si debitor militiam sibi emit, & ei suo nomine traditur, ipse sibi acquirit, non debitor illi, quãtumuis ipse eam emat ex pecunia debitoris. Quod enim mihi emo, & mihi meo nomine traditur, meum fit, etiamsi emam ex pecunia aliena. *l.1. & l. pen. sup. si quis alt. vel sibi.* Restat igitur, vt dicamus debitorem militiã alii acquirere iis modis, quos indicauimus.

Sed † exigitur constitutione, vt debitor acquisierit
7 militiam ex pecunia sua. Hoc eo fit, quia si ex pecunia alterius militia emta est, & extraneo tradita, reuera militia non potest dici debitoris esse, eoq; nec in obligationem pignoris deduci a debitore potest. At si emta est ex pecunia debitoris, quamuis tradita sit eius voluntate extraneo, tamen etiam hoc casu non male dicatur in bonis debitoris fuisse. Id enim recte definitur nostrum, cuius commodum aut incommodum ad nos pertinet. *l.1. §. in propria. D. quan. app. sit.* Cum autem debitor militiam emit pecunia sua, etsi militia alii traditur; tamen incommodum debitoris est ob pecuniam ab eo impensam. Est etiam eius commodũ in eo, quod ea præstatione obligat sibi extraneũ, aut beneficii debitorem acquirit. Quorum nihil dici potest, vbi debitor emit militiã alii ex pecunia aliena.

De † hac militia sic constituitur, hanc quoque ob-
8 ligatione generali, quæ a debitore cõtracta sit in obligationem pignoris deduci. Hoc vero inique vel potius absurde constitui videtur. Nam hæc militia, de qua loquimur, non est debitoris, cum proponamus eam non debitori quæsitam, sed alii. Quod si ita est, secundum regulas iuris non potest hoc genus militiæ a debitore obligari, neque generaliter, neq; specialiter. Nõ generaliter, quia generali obligatione pignoris debitor obligat bona sua. Hæc autem militia non est in bonis debitoris. Sed nec si debitor nominatim & specialiter obliget pignori eam militiam, quã postea alii acquiret, quicquam proficiet; quia vt pignus contrahatur, oportet rem tunc, cum conueniebatur, fuisse in bonis debitoris. *l. & quæ nondum. §. quod dicitur. D. eo l. cum res. ʒ. si alie. res pig. dat. sit.* Hac obiectione moti pleriq; omnes interpretes existimant hic singulare ius constitui de militia: vt scilicet quemadmodum res emta ex pecunia puppili, pupillo obligatur, sic & militia emta ex pecunia creditoris, creditori obligetur. Quæ sentẽtia nullo modo recipienda est. Primum, quia in hac constitutione non agitur de militia emta ex pecunia creditoris, sed emta ex pecunia debitoris, vndecumq; illa pecunia peruenerit ad debitorem. Deinde res ex pecunia creditoris emta, ita demum creditori obligari potest pignori, si prius sit in bonis debitoris. Nũc autem de militia agitur, quæ non est in eius bonis, si vera sunt ea, quæ diximus. Dicendũ est nihil hic non recte constitui, aut præter regulam ceterarum rerum debitoris, quas pignori obligari placet, secundum quas nihil obligatur creditori, nisi quod est in bonis debitoris. Nam & hoc ipsum in hac re accidit. Militia quam debitor alii acquisiuit, subtilitate iuris nõ est, nec fuit vnquam in bonis debitoris, vtpote alii quæsita non debitori, vt hic proponitur; sed naturali ratione prius illi quæri videtur, cum iubet venditorem suum extraneo militiam tradere: deinde videtur ita per eum extraneo acquiri, vt res explicatur ab Vlpiano *in d. l.3. §. vlt. iuncta l. seq. D. de don. int. vir. & vx.* Et hoc est, quamobrẽ exigat hæc constitutio, vt militia emta sit ex pecunia debitoris. Sic enim fit, vt commodi & incommodi habita ratione vere res debitoris fuisse intelligatur, vti iam exposuimus. Hæc † sententia cum in ceteris rebus omni- 9
bus corporalibus locum habeat, quas is, qui eas emit, aut cui alia ex caussa debentur, iubet debitorem suum alii tradere, vt licet intelligere *ex d. l.3. in fi. de don. int. vir. & vx.* neq; mirum, neq; nouum videri debet, si idem probetur in reb. incorporalibus omnibus, quas debitor alii acquisierit, dum pecunia sua. vt iam non dubitemus non de militia solum, sed de omnibus rebus alii emtis generaliter definire; cum debitor bona sua generaliter obligauit, in eam obligationem venire res omnes, quas postea acquisiuit, nõ tantum sibi, sed etiam alii; dummodo alii acquisierit pecunia sua. Cur ergo tantum cauit Iustinianus de militiis, si ius ad res omnes æque pertinet? Non vt in his quidquã singularis iuris constitueret præter res ceteras, sed vt dubitationem tolleret, de qua supra dixi.

Cauit autem constitutio, vt militiæ postea a debi- 10
tore acquisitæ pignori sint his conditionibus. Primũ si vendi possint, de quo initio dixi. Deinde si debitor eas acquirat. Præterea si militiæ a debitore quæsitæ sint ex pecunia eius: nihil vt intersit, vtrum emtæ sint ex pecunia, quæ a creditore ad debitorem profecta sit, an ab alio. Postremo, si debitor pecuniam accipiendo obligauerit omnia bona sua. Id quod intelligimus ex eo, quod Iustinianus initio dicit se hoc constituere super hypothecis, quas negotiatores creditoribus suis dederint. Hypothecas dicit, non hypothecam, vt intelligamus generaliter hypothecas constitutas esse: deinde sine constitutione hypothecæ ne militias quidẽ a debitore quæsitas pignori obligari.

Secundum caput huius constitutionis ex priore ita nascitur. Constituerat Iustinianus militiam, quæ a debitore quæsita est alii, ita demum pignori subiici, si debitor eam quæsierit pecunia sua. Vnde intelligitur creditorem non posse eam vindicare, quin intendat eam emtam ex pecunia debitoris. Quid ergo, † si pos- 11
sessor id neget, an creditor probare debebit secundũ regulas iuris. *l.2. D. de prob.* Et de eo singulare quiddã constituitur hoc capite: nimirum alias id præsumi, alias creditorem probare debere. Si quidem debitor militiam emit filiis aut cognatis, præsumitur militia pecunia eius emta, nisi contra probetur. Sin emit aliis nempe extraneis, creditor probare debet pecunia debitoris emtã. Huius distinctionis ratio hæc est, quod ex coniunctione sanguinis colligitur affectus debitoris, ex affectu beneficium. *arg. l. quod in vxorem. & l. si paterno. supr. de neg. gest.* quod non item in extraneis dici potest.

Tertio capite de effectu superioris hypothecæ ita cauetur: aliud esse, quod consequatur creditor viuẽte adhuc eo, cui militia acquisita est, aliud quod consequatur eo mortuo.

Viuente † eo cui militia acquisita est, creditor iure 12
hypo-

hypothecæ ab eo militiam vindicare potest; sed hac lege, vt placeat eum hac actione non consequi, quod in ceteris rebus corporalibus, vt res pignori obligata ei restituatur; sed consequi militiæ æstimationem, id est, vt hæc constitutio loquitur, quanti militia vendi potest. Hoc ideo, quod militia personæ quodammodo cohæret; vnde & militia legata militiæ æstimatio deberi dicitur. *l. Lucius. D. de leg.* 2. Consequitur autē creditor, quanti militia vendi potest, nisi is cum quo agitur, malit debitum soluere. Ceterum alterutrum facere cogitur ex hac cōstitutione. Quid, si neutrum facit? longius quidem non progreditur constitutio: sed dicemus creditorem iure hypothecæ vsurum, id est, curaturum, vt militia distrahatur, quod ius est creditoris in omni pignore. *l. quamdiu. l. si cessante.* ℸ. *de*
13 *dist. pig.* † Mortuo autem, eo cui militia quæsita erat, non potest exigere creditor, quanti militia vendi potest; sed id solū, quod pro militia defuncti dari solet, vel ex tenore, id est, forma, communis militantiū placiti, vel ex forma cōstitutionum. Sic enim verba sunt huius constitutionis *in* §. I. Quæ vt intelligantur, sciēdum est, mortuo, eo qui militiam obtinebat, militiam vacare, nisi ex iis sit, quæ ad heredes transeant. Vacantem certis & statutis personis deferri, quæ in decedētium locum succedant. Ab iis personis, quæ succedūt in militiā, hoc exigi, vt pretiū quidem militiæ nō præstent, sed præstēt aliquā summā vel heredib. defuncti vel filiis, vel vxori, vel creditoribus, quæ summa cedat pro solatio militiæ amissæ. Et hæc summa in militiis sacrorum scriniorū definita est ad ducentos, & viginti aut quinquaginta aureos. Quæ omnia declarantur *l.* 7. *& l.* 11. ℸ. *de prox. sac. scrin. lib.* 12. Hæc est igitur illa summa, quæ defuncto militāte pro militiis dari solet
14 ab iis, qui vacantem militiam nunc obtinent. † Solet autem dari secundum formam cōmunis militantiū placiti, vbi commune placitum vocat Iustinianus cōmunem conuentionem. Militantes autem vocat ordinem eorum, qui eius generis militiam exercent. vt sunt, exempli gratia, qui sunt ab epistolis, qui sunt a memoria, qui sunt a secretis: qui omnes vno verbo appellantur statuti, quia eorū numerus certus status erat in vnoquoque genere militiæ, *vt patet ex d. l.* 7. *& l.* 11. *de prox. sac. scin.* Ergo si quam summam isti militantes communi consensu constituissent, quam successor militiæ dare deberet defuncti heredibus, hæc est illa summa, quam Iustinianus hic dicit creditores exigere posse. Remoto autem placito militantium, ea summa præstanda erit, quæ definita est in hac re legibus; *vt in d. l.* 7. *& l.* 11.
15 Cur ergo creditori non licet exigere æstimationē totam militiæ, & militiam a successore persequi? Quia vetus militia quæ ante obligata erat, iā nulla est; morte enim militantis esse desiit, & *vt dicitur in d. l.* 11. vacare cœpit, vtpote personæ defuncti cohærens. Quapropter militia successoris noua est; quæ ideo nec iure pignoris potest a creditore vindicari. At quod pro militia vacāte præstari debet, id quoddammodo prioris militiæ pars & commodum est, proinde etiam ad veterem hypothecam pertinere intelligitur.
16 Hæc † vero summa atque hoc commodum, quod pro militia vacante præstari debet, est id quod Iustinianus appellat res siue commoda ex casu, vel ea quæ simpliciter appellantur ex casu *in Nou. de exhib. reis.* §. *optimum. vers. propterea.* Et recte ex casu. Sunt enim ista commoda & præstationes ex casu militiæ, id est, ex eo, quod militantis morte militia caduca facta est, seu, vt loquitur *l.* 11. *de prox. sac. scrin.* ex eo, quod militia vacauit militantis morte: qui *casus* recte dicitur; quemadmodum deficiente herede aut legatario hereditates & legata *caduca* appellamus. De his autem commodis loqui Iustinianum superiori constitutione ex eo manifestum est, quod de mortuo militante loquitur, & cauet, quomodo, & quibus tribuēda sint ea, quæ pro militia defuncti præstantur ab heredibus vel aliis. Mortuo autem militante militia heredibus eius non tribuitur, sed aliquid pro solatio militiæ caducæ, *vt supra ostendi.* † Ex quo apparet errare eos, qui 17
ex ea cōstitutione colligunt esse aliquas militias, quæ dicantur ex casu: verumque est, quod Cuiacius scripsit ad eam Nouellam, nullam esse militiam ex casu. Et certe si ex eo loco id tantum probari volunt, res est expedita. Non enim de militia illic agitur, sed de iis quæ dantur ex casu, siue propter casum militiæ: quasi dicas propter cadentem, aut caducam factam militiā, id est, amissam, & morte vacantem. Res etiam ipsa loquitur, non possideri militiam ex casu, nisi ideo, quia militia casu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emtione. Quo sensu omnes militiæ ex casu dici possunt. Immo vero omnes acquisitiones, & omnia iura rerum nostrarum: quia nulla sint, quæ non vel morte, vel emtione, vel alio simili casu nobis obtingāt. † Sed 18
quæritur circa hunc locum, aduersus quos agat creditor, vt hæc commoda, quæ pro militia defuncti dari solent, consequatur. Aget aduersus successores qui militiam obtinent; eritq; in eam rem hypothecaria actio, qua teneatur adhuc militia, solum vt id cōmodum quod successor debuit, pro militia præstet creditori. Quid, si successor iam id cōmodum soluit defuncti heredibus, aut similib. personis? nihilominus adhuc tenebitur creditori; quia quod aliis soluit, indebitum soluit, cum id præstare deberet creditori. Proinde hactenus saltem tenebitur, vt cōdictionem indebiti, quam habet, creditori cedat: sed nō longius. Quisquis enim ideo tenetur, quia actionem habet, eā actionem cedendo liberatur *l. quod debetur. D. de pecu.*

*Auth. Quod obtinet.*

*Quod obtinet, si ad hoc mutuauerit pecuniam, vt militia emeretur, alioquin filii aut vxor defuncti omnibus præponentur. Sed & si nullus prædictorum fuerit, tunc aliis creditoribus hoc damus.*

SVMMARIA.

1 *Ad militiam viuentis hominis hanc auth. non pertinere; sed tantum ad commoda, quæ mortuo militante pro militia vacante præstari solent, & quæ hic Iustiniani constitutio.*

QVa parte ad superiorem constitutionem pertineat hoc fragmentum, sic intelligitur. Superiore constitutione duo constituuntur, quæ quidem ad sententiam huius fragmenti referri possint. Prius est, militiam quæ pignori obligata est, iure creditori teneri, quamdiu militans viuit. Alterum mortuo militante creditorem id persequi posse, quod pro militia solatii loco præstari debet. Prius de hypotheca militiæ viuentis hominis nō mutatur vllo modo Nouellis constitutionibus Iustiniani. Siue enim debitor generaliter res suas obligauit, siue specialiter militiam, semper militia ab eo quæsita obligata erit. Tantum in eo hoc effecit Iustinianus, vt mulier in ea hypotheca præferatur creditori, nisi creditor nominatim pe-

cuniam suam crediderit in hoc, vt ea militia emereretur; effectum hoc est *Nou. de aequal. dot. §. quia vero & huiusmodi.* In quo superiorem constitutionem magis confirmat de hypotheca militiae. Neque aduersatur *Nou. de exhib. reis in §. optimum.* Non enim illic loquitur Iustinianus de militia viuentis, sed defuncti. Alterum, quod pertinet ad ea commoda, quae pro militia defuncti dari debent, mutatum est a Iustiniano *in d. Nou. de exhib. reis. §. optimum.* Nam cum ex superiore constitutione creditor possit ista exigere, vbi illi obligata sunt bona debitoris; constitutum est postea a Iustiniano, non aliter haec commoda ab vno aliquo creditore exigi posse praeter ceteros, nisi nominatim pecuniam crediderit in hoc, vt ea militia defuncto emeretur. Quod si creditor nō fecit, contemta priore hypotheca voluit Iustinianus haec cōmoda dari primum filiis defuncti, si qui sint; deinde vxori: idque ex beneficio principis, non iure hereditatis. Quod si neque filii sint defuncti, neque vxor, voluit haec cōmoda non ad vnum aliquem creditorem pertinere, sed tribui omnibus creditoribus defuncti. Ex quo apparet Iustinianum, vacante militia facta iudicasse militiā euanuisse, proinde & hypothecam: cōmoda autem, quae pro ea militia praestari solēt, magis principis existimari debere, quam priuati. Ideo caussam fuisse, cur isto ordine attribueret suprascriptis personis. Ad hāc vero sententiam exprimēdam recte accommodabitur hoc fragmentum *auth. quod obtinet.* Ceterum ad priorem illam partem hypothecae viuentis non pertinet.

## AD TIT. XV. IN QVIBVS CAVSSIS pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

Vide, quae scripsi sub hoc titulo in Methodo huius argumenti.

## AD TIT. XVI. SI ALIENA RES PIgnori data sit.

Hvius tituli explicationem require ex Methodo, partim sub titulo, *Qui rem pignori dare possint:* partim titulo sequenti, *Quae res pignori obligari possint.* vbi de iure rei alienae pignori datae disserui.

## AD TIT. XVII. QVAE RES PIGNORI obligari possint, vel non: & qualiter pignus contrahatur.

Ad priorem partem huius tituli, de rebus, quae pignori obligari possint, vel non, pertinent ordine *l. 3.* & quinque sequentes: ad alteram, quae est de conuentione pignoris, pertinent tres reliquae, id est, *l. 1. l. 2. l. vlt.* Priorem partem, & in hac superiora rescripta sex exposui in Methodo, partim sub eodem titulo, partim titulo, *An in omnibus rebus, quae sunt in bonis, consistat pignoris obligatio*, nonnulla hic attingā. Alteram partem require ex l. vlt. hic.

### L. Cum constet. II.

Idem AA. Rogato.

*Cum constet, pignus consensu contrahi: non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. PP. 5. Kal. Iul. Apro & Maximo Coss. 208.*

SVMMARIA.

1 *Instrumentis pignori datis res contentas pignori datas videri, & vnde haec sententia colligatur.*

Emtionibus praediorum (id est, emtionum praediorum instrumentis, *vt in l. 1. C. de don.*) pignori datis, volūt † Imperatores ipsa praedia obligata videri. 1
At enim constat, cūm quid specialiter pignori datur, non aliud quidquam pignori esse, quam de quo nominatim cōuenit. *leg. 1. §. 1. D. de pig. l. 3. D. quae res pig. ob. pos.* Et hoc fatentur Imperatores. Sed eum, qui emtiones seu instrumenta emtionum praediorum pignori dedit, respondent de ipsis agris obligandis cogitasse: proinde & consensisse: constare autem pignus consensu contrahi. At verba refragātur, dicet aliquis, nominatim enim emtiones pignori datae sunt, non praedia. Et hoc rescripto monemur, non verba spectāda esse, sed sententiam. Sententia partim ex consuetudine sermonis, partim ex proposito contrahētium intelligitur. Constat vsu loquendi, cōtinens pro contento poni solere; emtiones praediorum pro praediis, quae emtione continentur. Vnde illa: chirographis venditis aut legatis, non tabulas chirographorum venditas aut legatas esse; sed nomen, quod chirographo continetur. *l. qui chirographum. D. de l. 3. l. si seruum filii. §. eum qui de leg. 1.* Item emtionum praediorum instrumentis donatis, ipsa praedia videri donata. *l. 1. C. de don.* Consuetudo porro loquēdi, cum de mente loquentis quaeritur, inprimis spectanda est. *l. si seruus. 50. §. vlt. D. de leg. 1.* Sed & propositum eorum, qui quid cauent, hoc esse intelligitur, ne frustra caueant. *l. si quando. D. de leg. 1.* Et quae potest vtilitas instrumentorum traditorum esse, si in his sola ipsorum, ac nō eorum, quae his cauta sunt, traditio intelligitur.

### L. Nomen. IIII.

Imp. Alexander A. Euocato.

*Nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, soluit, nondum certior a te de obligatione tua factus vtilibus actionibus satis tibi facere vsque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaueris, compelletur: quatenus tamen ipse debet. PP. pridie Kal. Martii, Fusco II. & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Nomine pignori dato actiones datas videri, quae danti competerent, easque transferri in creditorem, sed vtiles, easdemque in personam, non hypothecariam.*
2 *Qui nomen pignori dedit, si concurrat aduersus debitorem cum eo, cui nomen pignori datum est, accipientem danti praeferendum.*
3 *Debitorem cuius nomen pignori datum est, creditori suo soluentem nihilominus ei, cui nomen datum est, teneri tribus casibus, & quibus: extra hos soluentem liberari, quamuis non ignoret nomen suum pignori datum.*
4 *Pignore pignori dato si ei cui datum est, solutum sit quod debebatur, quando & quatenus liberetur primus creditor, qui pignori dedit.*

Nomē † pignori dari potest, *vt hic traditur, & leg. postquam. supra de hered. vel act. vend.* Nomen est id, quod nobis debetur, siue id quod est in actionibus. *l. qui chirographum. D. de leg. 3.* Vis huius pignoris est haec, vt quemadmodum creditor, qui nomen pignori dedit, pecuniam a debitore suo exigere 1

potuisset, si vellet, sic possit & is creditor, cui nomen pignori datum est, etsi dominus non sit illi obligatus. *l. si couenerit. D. de pig. act.* Quibus ergo actionibus id consequetur creditor, cui nomen pignori datum est? Vtilibus, vt hic scriptum est, & significatur *in d. l. postquam. §. de her. vel act. vend.* Quas vero vtiles hic intelligimus, vtrum hypothecariam actionem, quæ de pignore constituta est iure ciuili, an vero actionem in personam aduersus debitorem, cuius nomen pignori datum est? Et hypothecariam intelligere non possumus. Hæc enim possessionem pignoris auocat. *l. si cũ venditor. 2. resp. D. de euict. l. si fundus. §. in vindicatione. D. de pig.* Nomen autem ius est, cuius nulla est possessio: & si esset, ea esset penes creditorem, non penes debitorem. Restat igitur, vt vtilem actionem hic interpretemur actionem in personam, qualem creditor debitoris aduersus debitorem suum haberet. Exempli gratia, si quis mutuum dederit, condictionem certi habet ex caussa mutui. Hæc vero creditori creditoris summo iure competere non potest aduersus eum debitorem, cum quo creditor secũdus nihil cõtraxit, cum omnis actio in personã sit aduersus eum, qui nobis obligatus est. *l. actionum. D. de ob. & act.* Et ideo creditori, cui nomen pignori datum est, directa non datur. Sed dabitur vtilis, quasi creditor debitoris actionem, quam aduersus eum habet, in creditorem suum transtulisset. Ergo creditor, cui nomen pignori datum est, recte pecuniam exiget a debitore, cuius nomen pignori datum est.

2 † Quid, si debitoris creditor concurrat, & velit prius sibi solui? Dicemus creditorem, cui nomen pignori datum est, vero creditori præferendum, posteaquam vtiles actiones habere eum effectum est. *l. procuratore in rem suam dato.*

3 *D. de procur.* † Quid, si debitor cuius nomen pignori datũ est, creditori suo soluerit? Nihilominus tenebitur ei creditori, cui nõen pignori datũ fuit, si ab eo certior factus de pignore sibi dato, nihilominus creditori suo soluerit, vt hic significatur. Ex quo intelligimus multo magis eum debitorem teneri creditori creditoris sui, si secundus iste creditor cum debitore litem sit contestatus, aut etiam iam partem debiti ab eo acceperit, *vt declaratur in l. 3. ꝟ. de nouat.* Quod si debitor a creditore creditoris sui non admonitus creditori suo soluerit, impune soluerit, quia iusta ignorantia ei nocere non debet. *§. recte. Inst. de mand.* Quid, si is debitor sciuerit nomen suum pignori datum esse, neq; ei quidquam denuntiatum sit ab eo creditore, cui nomen pignori datum est, an impune creditori suo soluet? Impune, quia & hoc rescriptum, *& l. 3. ꝟ. de nouat.* denuntiationem exigunt eius, cui nomen pignori datum est. Nec obstat, quod *in l. 1. in fi. D. de act. emt.* dicitur, eum certiorandum non esse, qui non ignorauit. Nam hoc tunc locum habet, cum denuntiatio & certioratio alicuius idea solum exigitur, vt is cui denuntiatur, sciat rem gestam esse. Sic enim eum, qui aliter nouit rem gestam esse, superfluum sit amplius de ea re admoneri. Nũc autem in proposito denuntiatio creditoris exigitur, non vt debitor sciat nomen suum pignori datum esse; sed vt sciat creditorẽ, cui nomẽ pignori datum est, sibi solui velle, quod iuste ignorat debitor, priusquam illi a creditore secundo sit denuntiatum. Neque vero debitori vitio verti debet, si creditorem secundum non adiit, & rogauit, num sibi solui vellet, non enim debuit debitor in re aliena esse curiosus, vt bene præcipitur *in l. doli, in fin. D. de nouat.* Quid, si debitor soluit creditori, cui nomẽ pignori datum erat? Solutionis hæc vis est, vt debitor liberetur, non tantum a creditore, cui nomen pignori datum est, sed etiam a creditore suo, cui pecuniam non numerauit. Solutione namq; eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Instit. quib. mo. tol. obl. in prin.* Soluta autem pecunia intelligitur, siue debitor soluerit creditori suo, siue alii voluntate creditoris. quod hic factum est. *l. solutam, D. de solut.* Et hoc est, quod dicitur *in l. si conuenerit. D. de pig. act.* cũ debitor, cuius nomen pignori datum est, soluit ei creditori, cui datum est, prætorem eum tueri debere aduersus creditorem suum.

Quod † attinet ad creditorem primum, qui nomẽ pignori dedit, interdum is ea solutione liberatur, interdum non liberatur. Liberatur, si pecunia debebatur, quæ soluta est. Sic enim fit, vt creditor secundus eam pecuniam secum pensare debeat. Vnde & is creditor qui nomen pignori dederat, compensatione liberabitur. Idem debitor non liberatur, si species & corpus certum debebatur, quod solutum est. nã hac præstatione nõ soluitur creditori, cui nomen pignori datum erat: propterea quod aliud pro alio inuito creditore solui non potest. *l. 2. §. 1. D. si cer. pet.* Sed ea res erit creditori pignoris loco. hæc est sententia *l. si conuenerit. D. de pig. act. l. grege. §. 1. in fin. D. de pig.* 4

## *L. Spem. V.*

### Idem A. Septimio.

*Spem eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis pensitanda sunt, priuata pactione pignorari minime admittendum est, & ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis interuenerit tenet. PP. Kal. Maii. Maximo II. & Paterno Coss. 234.*

### SVMMARIVM.

1 *Sacra certamina, Athletæ, Athletarum præmia, & præmiorum caussæ.*

2 *Horum præmiorum spem pignorari non potuisse, & cur spem dictum sit, non ipsa præmia.*

3 *L. commodis. D. de re iud. exposita.*

Fuisse apud veteres Græcos certamina quædam sacra constat, in quibus certabant, qui ab illis dicebantur athletæ. De quibus videre est apud Budæum in annotationibus ad Pandectas. Existimabant illi ad Rempublicam & cultum Deorum suorum pertinere, si haberent egregios athletas, qui in honorẽ Deorum fortiter certarent. Et quo magis id facerent, victoribus propositæ erant coronæ, quæ dicuntur sacræ *in l. commodis. D. de re iud.* pro coronis præmia & commoda, quæ publice deinde his pensitabãtur, quæ significantur *in hac l. 5. & in d. l. commodis.* † Spes eorum præmiorum hic prohibetur pignorari. Prohibẽdi ratio fuit, quia præmia publice constituta erant, vt excitaretur athletarũ virtus. Hanc necesse erat debilitari, si pignus istorũ commodorum admitteretur. Nã hoc recepto non erant laboraturi, vt vincerent, cum scirent etiam post victoriam se præmiis victoriæ non fruituros: vtpote quæ redirent ad creditores iure pignoris, non ad ipsos. Et notandum est, prohiberi obligari spem præmiorũ, non ipsa præmia, vt intelligamus futura præmia & nondum quæsita ante victoriã pignorari non posse; præsentia & iam quæsita posse; quia in his, quæ iam quæsita sunt, cesset superior ratio. † Et hoc est, quod dicitur *in d. l. commodis. D. de re iud.* ea commoda pignori capi posse, quæ athletis 1 2 3

præstantur pro coronis sacris. Recte *quæ præstantur*; vt intelligamus id dici de quæsitis, quæ sola iam nunc præstari possunt, non de spe præmiorum futurorum. Quæ de his præmiis athletarum dicuntur hic, recte transferentur ad ea stipendia, quæ publice constituta sunt vel militibus, vel magistratibus, vel professorib. liberalium artium: si modo ea constituta sint non ordini & personæ tantum, sed iis qui recte suo munere fungẽtur, vt certantib. scilicet proposita sint præmia.

*L. Qui Filios. VI.*

Impp. Diocletia. & Maximin. Augusti & C C. Rufo.

*Qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia, quã vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se iuris circumuenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere nisi in his, quæ quis de bonis suis facit obnoxia. S. Kalend. Maiis, Heracliæ, A A. Coss.*

SVMMARIA

1 *Liberum hominem pignori dare non posse. Si datus sit, quæ accipientis pœna.*

2 *Liberi hominis pignus duabus in caussis receptum, & quibus.*

1 SI solæ res pignori obligari possunt, quæ sunt in bonis, vt solæ possunt. *l. quæ prædium. s. prox. tit.* recte colligitur hoc rescripto in libero homine pignoris obligationem consistere non posse, ne si pater quidem filium pignori dederit. Constat enim liberum hominem in bonis & commercio non esse. *leg. 6. in pr. D. de cont. emt.* Sed etsi frustra detur liber homo pignori: tamen iure ita prohibetur accipi, vt si acceptus sit quamuis inutiliter, non sit impune. Nam qui vel filiumfamilias a parente pignori acceperit, in eũ pœna iam olim constituta est, vt relegetur. *leg. vlt. D. hoc tit.* Addidit postea ad hanc pœnam Iustinianus, vt hoc casu etiam creditor & debito cadat, & alterum tantũ libero homini qui pignoratus est, aut parenti eius inferre cogatur. *Nouel. vt nul. iud. §. quia vero & huiusmodi.*

2 Sciendum † est tamen singulari iure in liberis hominibus duabus in caussis pignus receptum esse. Primum, cum pater filium aut filiam ob extremam famẽ pignori obligauit. Nam in hac specie permissum est patri filium etiam vendere. hoc in *l. vlt. supr. de patrib. qui fil. distrax.* Quod si pater in hac specie filium vendere potest, multo magis poterit pignori obligare. Plus enim est vendere, id est, quodammodo totum in alium transferre, quam pignori solum obligare. Non debet autem cui quod plus est, licet, quod minus est, non licere. *l. non debet cui. D. de reg. iur.* Id quoq; efficitur ea regula, qua traditur, quæ emtionem & venditionem recipiunt, ea & pignorationem posse recipere. *l. 9. D. de pig.* Præterea in quouis libero homine, qui redẽtus sit ab hostibus, pignus tacitũ redemtori datũ est in eũ, qui redẽtus est, donec pretiũ redẽtionis redẽtori soluatur, aut donec per quinquenniũ redẽtus redemtori operas præstiterit. De hoc genere pignoris est *in l. 2. & in l. vlt. j. de postlim. reuer.* Esse autem hoc pignus in liberum hominem ex eo intelligimus, quod redemtus statim fit liber, vt suprascriptis locis declaratur. Et certe ideo redimitur ab hostibus, vt ne sit amplius seruus. Sed quoniam iniquum erat redemtori pretium redemtionis nõ præstari, & præterea etiam periculose constituebatur aduersus omnes captiuos, si quis nõ moueretur ad eos redimendos: ob eam caussam consultum est ita redemtori, vt redemtus donec pecuniam soluisset, maneret in potestate redemtoris: sic enim hæc potestas appellatur *in l. qui testamento. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* Sed hactenus in potestate, vt tamen non esset in dominio redemtoris. denique non esset redemtoris seruus: hoc vero ius non aliter appellari potuit, quã ius pignoris.

*L. Exsecutores. 7. L. Pignorum. 8. Auth. Agricultores seq.*

Imp. Constantinus A. ad vniuersos prouinciales.

*Exsecutores a quocunq; iudice dati ad exigenda debita ea, quæ ciuiliter poscuntur, seruos, aratores, aut boues aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris caussa de possessionibus non abstrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor, vel præfectus pagi, vel vici, vel decurio in hac re fuerit detectus: æstimando a iudice supplicio subiugetur. Dat. 3. Non. Iun. Sirmii, Constantino A. & Licinio Coss. 312.*

SVMMARIA.

1 *Res ad culturam agrorum necessariæ, quæ.*

2 *Eas ab agricolis pignori sponte traditas, iure teneri.*

3 *Conuentione obligatas ita teneri, vt vendi possint; sed tantum iis, qui in eadem possessione ad agros colendos vtantur.*

4 *Villico eiecto, aut possessione eius vendita, obligatas eius res omnibus vendi posse.*

5 *Et tunc pignoris iure vendi posse omnibus res culturæ necessarias, cum agricola nullas alias in bonis habebit.*

6 *Casus quatuor summatim, quibus res agricolæ ad culturam necessariæ vtiliter pignori dari possint.*

HIs constitutionibus tribus ob eamdem vtilitatem publicam constitutum est, ne res ad culturam agrorum necessariæ, quæ indicãtur *in l. exsecutores*, pignori capiantur. In quibus constitutionibus diligenter obseruandum est, istarum rerum non præcise vetari pignus; sed prohiberi, ne ipsæ res abstrahantur de possessionibus, ex quo tributorum pẽsitatio retardetur: Sic enim verba sunt. *l. exsecutores.* Vetant igitur constitutiones eas res pignoris iure auferri. Vnde † intelligimus, si agricolæ eas res sponte sua pignori dederint, pignus cõsistere. Non enim aufertur, quod quis volens tradit. Id confirmatur in *Nouel. nullum credentem agricolæ, circa medium.* † Deinde vetant constitutiones auferri istas res de possessionib. Ex quo rursum colligimus, etsi istę res pignori tãtũ obligatæ sint creditori, neq; traditæ; tamẽ pignus non inutiliter constitui. Nã a creditore vẽdi possunt; dummodo iis vendantur qui in eadem villa, in eadem possessione istis rebus ad agros colendos vtentur. Sic enim fiet, ne res istæ auferantur de vetere possessione quod ad sententiam legis satis est. † Sed etsi villicus eiectus sit a domino ex possessione, aut villici possessio vendita, vt iam agrum colere non possit, constitutiones hæ non sunt impedimento, quo minus res ad culturã agri necessariæ illi auferãtur. Nã de possessione nõ aufertur, quod in possessione nõ fuit: Neq; isto facto impeditur cultura agri, cũ etsi agricolæ hæ res non auferrentur, tamen agrũ non coleret, ex quo expulsus est. † Quid, si agricola in vetere possessione manebit, ne res ad culturam agri necessariæ ibi vendi possint; verumtamẽ agricola nullas alias res in bonis habeat: an ne sic qdẽ hæ res pignoris iure a creditore capi poterunt? Et verba quidẽ harũ cõstitutionũ scripta sunt simpliciter, ne hæ res pignoris iure auferri possint:

possint: vt videantur etiam hoc casu auferri nõ posse. Sed æquius est dici, hoc casu eas pignori capi posse, & distrahi, vt creditori satisfiat, vt de stipendiis significatur *in l. stipendia, supr. de exsec. rei iud.* Huius rei argumentum hoc erit. Nam & ipse agricola qui soluendo non est, capi potest, & in carcerem detrudi; neque aliter carcerem euitat, quam si bonis cesserit. *leg. 1. 5. qui bon. ced. poss.* Multo igitur magis res eius quælibet pignori capi poterunt, etiãsi soluendo non esset. Probabiliter hoc dicitur, etiamsi harum constitutionum verba generalia sunt: sed verba æquitate, & aliis locis similibus temperanda sunt. *arg. in l. nõ fine. illic, quamuis ergo. supr. de bon quæ lib*

6 Ex † his colligimus in summa, res agricolæ ad culturã agri necessarias, quatuor casibus vtiliter pignori dari. Primum, si à volẽte agricola tradantur creditori. Deinde si a creditore vendantur ita, vt in eadem possessione maneant ad opus ruri faciendum. Præterea si agricola agrum colere desierit vetere possessione eiectus. Postremo, si nullas alias res habebit, ex quibus creditor ad ius suum peruenire possit.

*L. Si Quis. Vlt.*

Imp. Iustinianus August. Mennæ præfecto prætorio.

*Si quis in cuiuscunq; contractus instrumento ea verba posuerit*, Fide & periculo rerum ad me pertinentium, *vel*, per earum exactionem satisfieri tibi promitto: *sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in præsenti debitor habet, quam futurarum hypothecã sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecæ memoriam videri: cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionẽ inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoq; ad conseruandam contrahentium voluntatem sancimus, vt si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto*, Tam præsentes quam futuras: *ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur. Dat. 3. Id. Decembr. Constantinop. D N. Iustiniano. A. PP. II. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Obligatione bonorum seu rerum suarum generali contineri præsentia bona, & futura: & hoc quam recte.*

2 *L. si ita. D. de aur. & arg. lega. exposita.*

*Res suas si quis legat, aut donat, nihil amplius legatũ, aut donatum videri, quam res præsentes, si pignori obligat, contineri etiam futuras, & differentia ratio.* *ibidem.*

3 *Obligatione generali pignoris non contineri, quæ sunt in vsu quotidiano, & res ad affectionem pertinentes: & quænam hæ sint.*

4 *Hoc, nisi debitor alias res nullas habuit in bonis.*

5 *Obligatione generali contineri etiam eam pecuniam mutuam, in quam debitor bona sua pignori obligauit.*

6 *Obligatione generali seruos contineri, si manumittantur postea, non contineri, & cur.*

7 *Obligatione generali eximi res consensu creditoris semel alienatas, quamuis iterum ad debitorẽ redeãt.*

1 QVi † pignori obligauit res suas vel bona sua, vno verbo intelligitur in obligationem deduxisse res suas omnes, non tantum quas habet in præsentia, sed etiam quas postea in bonis habiturus est. Cautum hoc loco: & recte. Hæc enim vis est generalis verbi, vt quoniam in genere species omnes continẽtur, ideo verbo generali res omnes eo verbo cõprehensæ tam contineantur, quam si specialiter expressæ essent. *l. semper generalibus. D. de reg. iur. l. si seruitus. D de ser. vrb. præd.*

Sed † hoc, nisi quid sententia loquẽtis refragetur. 2 Quo pertinet responsum Pauli *in l. si ita. 7. D. de aur. & arg. leg.* vbi ille de futuris rebus videtur dissentire. Ait enim in hoc legato, *vestem meam, argentum meum heres dato*, hac demonstratione *Meum* præsens, non futurum ostendi. Sed hoc ille respondet in eo genere legati, non vtiq; ex significatione orationis, sed ex legantis sententia. Significatio si spectatur, *Mei* appellatio non minus futuris rebus, quam præsentibus conuenit. Nam vsu loquendi ex æquo recte dicimus, *seruum qui meus est, & seruum qui meus erit.* Sed in hoc legato, *Vestem meam, argentum meum lego*, non videtur testator de futura veste, de futuro argẽto sensisse. Ideo neque hæc ex mente testatoris in hoc legato ostenduntur. Et generaliter definiemus, quoties quis legat, donatue res suas, nihil amplius legatum aut donatum videri, quam res præsentes. Quod si sententia loquentis non repugnabit, hoc tenebimus, eum qui res suas nominet, eo verbo omnes res suas complecti tam præsentes, quam futuras. Quod in eo accidit, qui res suas dat pignori. Quæ distinctio ab omnibus recepta est. Differentiæ ratio hæc est, quod cum quis res suas pignori dat, eadem caussa est, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur præsentes. Nã præsentes obligat pignori, vt creditori cautum sit. At cautionis æquitas, quæ exigit, vt creditori omnimodo cautum sit, hoc postulat, vt ei cautum sit omnibus rebus debitoris, tam futuris, quam præsentibus. In rebus autem donandis & alienãdis longe diuersa caussa est, cur quis præsentes datas velit, quã cur velit futuras, & nondum quæsitas. Qui legat præsentes, & eas quas nouit, ideo legat, quia iudicat legatarium hactenus de se meritum esse. Hac enim de caussa quid legatur. *l. nec adiecit. D. pro soc.* Hoc vero de futuris statuere testator non potest. Nam qui dignus est centum aureis, non continuo dignus est mille. At fieri potest, vt mille aut bis mille testator postea acquirat. Quid autem, aut quantum acquisiturus sit, ignorat: Sententia igitur, vt dixi, & voluntas domini facit, ne verbo *Meum* res futuræ contineantur, non autem verbi significatio. Secundum hanc vero etiam futuræ continentur. a qua nunquam recedẽdum est, nisi vbi manifestum est aliud sensisse contrahentes. *l. non aliter. D. de leg. 3.* quod non fit in pignore.

Sed † etsi generalis obligationis hæc vis est, quam 3 diximus, tamẽ quædam excipiuntur. Ac primum generali obligatione placet non contineri ea omnia, quæ verisimile est debitorem specialiter pignori daturum nõ fuisse. *l. obligatione. D. de pig.* Huius generis duæ species habentur. Quædã sunt res, quæ sunt debitori in vsu quotidiano, & necessariæ, hæ non continebuntur; quales sunt, vestis, supellex, artifici instrumenta artis, militi arma, studioso libri, agricolæ boues, iumenta, & instrumẽta aratoria. *d. l. obligatione. in fi. & l. seq.* Aliæ sunt res, quæ ad affectionem debitoris pertinent. neq; hæ continebũtur. In quo genere numerantur serui, filii naturales, concubinæ, alumni, & similes personæ. *l. dentq;. D. de pig. l. 1. supr. h. tit.* Quæsitũ est, an hæ obligatione pignoris non contineantur, etiamsi debitor alia bona nõ habeat? Et si debitor cũ res suas obligauit, alias res in bonis habuit præter superiores, hæ non continebuntur. Nam hæ a principio obligatæ non sunt, vt docuimus. Quare nec ex euentu obligabũtur, quamuis debitor alias res habere

desierit. Hic enim ab initio obligatio certam legem & conditionem accepit. Hæc ex euentu non mutabitur inuito debitore. *l. vero 12. §. 1 D de sol.* Quod † si debitor ab initio nullas alias res habuit, puto superiores istas obligatione generali contineri: alioqui obligatio esset inutilis. Quoties autē id metuimus, semper id agendum est, vt videatur obligatio aliquid egisse. *l. quoties in stipulationibus. D. de ver. obl. l. quoties. D. de reb. dub.*

4

5 Etiam † hoc loco quæsitum est, an obligatione generali pignoris contineatur etiam pecunia, quam debitor mutuam accepit, & propter quam res suas obligauit. Plerique putant non contineri. Et mouentur argumento. *l. pen. §. vlt. D. de pig.* vbi scriptum est, obligatione generali contineri eam pecuniam, quam debitor postea ab alio mutuam acceperit. Quasi non sit obligata ea, quam acceperat ab eodem creditore. Ego autem existimo etiam hanc pecuniam pignori esse eiusdem illius loci argumento. Nam Paulus loquitur quidem illic de pecunia, quam debitor ab alio mutuā accepit: sed cur hæc pecunia obligatione generali contineatur, hanc rationem reddit, quia in bonis debitoris facta sit. Ergo hac ipsa ratione & illa pecunia pignori obligabitur, quam a suo creditore accepit. Nam & hæc in bonis debitoris cœpit esse: siquidem rei mutuæ dominium in accipientē transfertur. *Instit. quib. mo. re cont. obl. in pr.* Pro qua sententia facit *l. idemq; in fin. D. qui pot. in pignor. hab.* vbi scriptum est indefinite nummos debitoris, qui generaliter bona sua obligauit, pignori esse obligatos. Neq; quidquam illic distinguitur, vnde nummi profecti sint. Secundo † loco obligatione generali non continentur serui debitoris, si ab eo manumissi sint. *l. 3. supr. de ser. pig. da. man. arg. l. est differentia. D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Hic occurret aliquis. Nā quomodo hi generali obligatione non contineantur? Non manumissos obligatione contineri constat. Quidni ergo contineantur & manumissi? Certi enim iuris est, debitorem in pignore non posse facere vlla alienatione sua creditoris conditionem deteriorem. *l. debitorem. & l. distractus. s. de pi.* Id fit hoc modo. Nā qui manumissus nō est, ideo obligatione contineri intelligitur, quia interpretamur hāc speciē genere contineri. Manumissus nō cōtinetur, quia interpretari incipimus eū nunquā antea obligatū pignori fuisse fauore libertatis. *l. libertas omnib. D. de reg. iur.* Secundū hanc interpretationem non videtur debitor conditionem creditoris deteriorem facere, si eum manumisit, qui obligatus non habebatur. Postremo † obligatione generali pignoris non continentur eæ res debitoris, quæ postea voluntate & consensu creditoris alienatæ sunt. Non dico, si in eodem statu semper maneant. Nā hoc modo alia ratione hæ res non continerentur obligatione generali: propterea quod non sunt ex bonis debitoris. Sed hoc amplius dicimus, etiamsi eædem illæ res postea iterum debitori quæsitæ sint ex iusta caussa, tamen in obligationem pignoris non redire; quasi pignus ab initio remissum sit, non tantum in præsens tempus, sed etiam in futurum. Effectum hoc est constitutione Iustiniani. *l. vlt. j. de remiss. pig.*

6

7

## AD TIT. XVIII. QVI POTIORES in pignore habeantur.

QVi ex creditoribus in pignore potiores sint, cōprehensum est regula iuris, quæ traditur *in l. 2. j. hoc tit.* In cuius regulæ explicatione totius fere huius tituli sententia continetur. De ea illic dicemus.

*L. Qui pignus. I.*

Impp. Seuerus & Antoninus A A.
Secundo.

*Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit, aut cum obtulisset, isq; accipere noluisset, eam obsignauit, & deposuit, nec in vsus suos conuertit. PP. Kalend. Febr. Laterano & Rufino Coss. 198.*

SVMMARIA

1 *Creditorem posteriorem posse sibi confirmare pignus aduersus priorem, & confirmandi ratio.*

PEndet hic locus ex eo iure, quod de prærogatiua creditorum in pignore constitutum est *in l. seq. & similibus.* Nam cum dicitur, ex creditoribus eum in pignore potiorem esse, qui prior est tempore; hoc dicitur, quamdiu prior creditor, cui res pignori obligata est, rem pignoris iure retinere volet, tamdiu posteriori creditori in eo pignore locum non esse. Ita fieri, vt tamdiu pignus illi sit inutile.

Hinc † quæstio, possitne aliquo modo secundus creditor sibi confirmare pignus aduersus priorē creditorem. Et hic admonemur, posse. Confirmandi autem pignoris hanc esse rationem, si ipse priori creditori pecuniam soluat, aut illo non accipiente pecuniā obsignet, & legitime deponat, neq; deinceps ea vtatur. Idem traditur *in l. prior. j. in l. secundus. supr. de pig.* Hæc forma cōfirmandi pignoris hanc rationem habet. Nam priore creditore remoto, necesse est eum qui posterior erat, nō tam fieri priorem, quam solum iam esse. Remouetur autem prior creditor solutione, quoniam solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Et obligatione principali sublata etiam liberantur accessiones, vt pignora. *l. in omnibus speciebus. D. de solut.* Quid consequatur posterior creditor superiori confirmatione, id est, in quod debitum sibi pignus confirmet, comprehensum est *l. secundus. s. de pig. vbi diximus.* Quid valeat obsignatio pecuniæ, diximus *ad l. creditor. supr. de pig.* 1

*L. Si Decreto. II.*

Imp. Antoninus A. Chresto & aliis.

*Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis seruandi gratia prius inducti estis quam aduersarius vester in caussam iudicati eiusdem fundi pignus occupauerit iussu eius qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore vtraq; pars contendit, præualet iure qui præuenit tempore. PP. 5. Idus Maii. Duobus & Aspris Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Qui prior est tempore in pignore, potiorem esse iure, quid sit.*

2 *Quibus pignus datum non est, in his nunquam vnum altero tempore esse potiorem.*

*Inter chirographarios creditores nullam esse prærogatiuam temporis. ibidem.*

3 *Creditoribus in possessionem missis rei seruandæ caussa, nullum alio esse tempore potiorem in prætorio pignore, nisi priuilegium habeat.*

4 *Priuilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa, quid sit.*

5 *Qui hypothecam habet, omnibus præferri tum chirographariis, tum priuilegiariis creditoribus.*

*Inter*

6 *Inter eos quibus eadem res eodem tempore pignori data est, si simpliciter, pignus diuidi concursu, si pro parte, diuidi pro portione debiti cuiusq;.*

7 *Secundum creditorem soli primo cedere in pignore, aduersus omnes alios integrum ius pignoris obtinere.*

8 *Tempore priorem, iure potiorem esse, quid sit.*

9 *Cur potior, qui prius pignus accepit, non item extra pignus, qui prius contraxit.*

10 *Potiorem esse in pignore qui prius accepit sine discrimine prioris aut posterioris pignoris, item fauoris caussa vel personæ.*

11 *Legatarios etiam pendente conditione legati præferri in pignore prætorio omnibus creditoribus, qui postea pignus quamuis præsentis debiti caussa acceperint.*

12 *Pendente conditione dici posse deberi, & nihil deberi diuersis rationibus.*

13 *Creditores, si bona omnibus soluendo non sint, semper legatarius præferri, quamuis pignus nullum habeant.*

IN hoc rescripto præcipue notanda est regula iuris, quæ traditur de prærogatiua creditorum in pignore. Nam hæc, vt dixi initio, totam fere sententiã huius tituli continet. † Regula est huiusmodi: *Cum de pignore duo creditores inter se contendunt, qui tempore prior est, is potior est iure.* Eadem regula expressa *in l. si fundum seq.* Hæc definitio pluribus verbis sic explicatur *in l. licet. & l. diuersis.* ꝫ. Quoties duobus pluribusue eadẽ res diuersis temporibus pignori data est, si hi de pignore inter se contendent, is iure potior erit, qui prius hypothecam acceperit. In hac definitione nihil otiosum est. Itaque singula diligenter sunt expendenda. Ergo his definitionibus statuitur prærogatiua temporis inter creditores: sed his conditionibus. Primum, si duobus eadem res pignori data erit. Recte; † nam inter eos creditores, qui hypothecam eamdem non habent, nunquam quisquam tempore altero potior est. Inter chirographarios creditores, id est, eos, quibus nihil debetur, nisi ex chirographo, qui neque hypothecam neque priuilegium habent, nullius temporis ordo seruatur. Is in suo obtinendo potior est, cui debitor soluit, aut qui prius damnato debitore ex caussa iudicati pignus accepit. Idque nondum bonis debitoris a creditoribus possessis.

3 Bonis † autem debitoris possessis, quod fit, cum creditores mittuntur in possessionem bonorum absentis, aut se non defendentis rei seruandæ caussa, omnium creditorum cõditio par esse incipit. *l. qui autem. §. sciendum. l. pupillus. D. quæ in frau. cred. alie. sunt.* Sed & cum vnus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, & prætor permittit, omnibus creditoribus, & in rem permissum videtur. *l. cum vnus. D. de reb. auct. iud. pos.* Et hoc ita, nisi aliquis sit ex creditoribus, qui priuilegium habeat. Qui priuilegiũ habeant, & quibus ex caussis, disce ex *l. quæsitum. §. vlt. & ll. seqq. D. de reb. auct. iud. poss.* Hoc cum sit, is præfertur chirographariis creditoribus, qui priuilegium habet. Sed non quia tempore prior sit, sed quia priuilegium habeat, etiamsi extremus crediderit.

4 Hoc † enim est, quod dicitur priuilegia non ex tẽpore æstimari, sed ex caussa. *l. priuilegia D. de reb. auct. iud. poss.* Ex caussa sic interpretandum est, ex ratione propter quam priuilegium tribuitur. Nam nõ omnia priuilegia rei tribuuntur, sed pleraq; personæ: quale est priuilegium fisci. Quod † si quis ex creditoribus hypothecam habebit, is præfertur non tantum chirographariis creditoribus, sed etiam iis qui priuilegium habent. *l. eos. ꝫ. hoc tit.* vbi ratio adiuncta est. Sed præfertur ideo, non quia tempore prior sit, sed quia hypothecã habeat solus, quamuis crediderit postremus. Ergo tunc solum prærogatiuæ temporis locus est inter creditores, cum his eadẽ res pignori data est. 5

Non est satis, volumus eamdem rem pignori datam esse diuersis temporibus. Quod & satis significatur, cum in priori regula prior & posterior creditor nominatur. Non enim prior est, nisi cui priore tempore hypotheca data est. Hoc † eo ex gitous, quia si duobus eadem res simul, & eodem tempore pignori data erit; siquidem simpliciter, singulis in solidum data esse intelligitur, sic vt concursu partes faciant, nisi forte vnus possidebit pignus. Nam is in pari caussa potior est iuxta regulã iuris. *l. in pari. D. de reg. iur.* Hæc ad hanc sententiam differit Vlpianus *in l. si debitor. D. de pig.* Quod si pignus datũ erit pro parte, singuli creditores in pignore partem habebunt pro portione debiti. *l. si fundus. §. si duo. D. de pig.* Sic fit, vt si prærogatiuam temporis quærimus, oporteat pignus diuersis temporibus datum esse. 6

† Sed ne sic quidem prior creditor solus pignus obtinebit, vt nihil relinquatur posteriori creditori, sed tunc solum, cum ambo, quibus pignus datum est, de pignore inter se contendent. Nam si secũdus creditor aduersus extraneũ de pignore agat: siue pignus retinere volet, dabitur ei exceptio ad retinendum; siue pignus persequetur, hypothecariam habet iure pignoris, qua pignus a quouis possessore extraneo auferat. *l. creditor. in pr. D. eo. tit.* Merito, quia etsi secundo loco pignus accepit, accepit tamẽ, vt nisi quis iure pignoris illi obstet, necesse sit, eum omnibus superiorem esse in pignore. At si ambo creditores inter se contẽdent, tum erit ei prærogatiuæ locus, quæ hic statuitur, vt qui tempore prior est, is potior sit iure. 7

Tempore † priorem hic accipimus, qui prior est tempore non credendi, sed hypothecæ accipiendæ, & vt explicatur *in d. l. diuersis,* qui prius hypothecam accepit. Potiorem iure intelligimus, potiorem iure pignoris: scilicet vt quemadmodum pignus vindicare posset a quouis possessore, idemq; aduersus quemuis retinere, si solus esset; ita & possit suo iure aduersus secundum creditorem. *d. l. creditor. D. eo.* Hoc amplius, & si pignus distraxerit prior creditor, dominiũ in accipientem iure transtulerit, vt isto modo nullum plane pignus supersit secundo creditori. *l. 3. D. de dist. pig.* Sed † cur extra hypothecã prior creditor potior nõ est; in hypotheca is potior est, qui prius hypothecã accepit? Quia extra hypothecam creditor personã tantum debitoris sibi obligatam habet, in bonis eius nihil iuris. Vnde creditori actio, quæ dicitur in personam. *l. actionum. D. de obl. & act.* Ita fit, vt in bonis debitoris nõ excludat posteriorẽ creditorẽ prior, cũ prior in ea bona nihilo plus iuris habuerit. At pignus ius in rẽ est: quo iure licet creditori & pignus retinere, quod & possidet, & vindicare quod amisit, aut nõdum cœpit tenere. Hoc ius creditori semel quæsitum debitor illi nulla alienatione adimere potest. *l. debitorem, l. distractis. supr. de pig.* proinde nec vlla noua oppigneratione. 8 9

† Hoc ius de prærogatiua hypothecæ perpetuum est. In quo tamẽ de his dubitatum est. Primum nihilne referat, quo modo prior creditor pignus habeat

constitutum, vt posteriori præferatur, qui habet alio modo constitutum pignus, de quo hic significatur. Deinde an nihil intersit in pignore conuentionali, vtrum priori creditori specialiter eadem res obligata sit, quæ posteriori, an vero generaliter sint obligata omnia bona. de quo *in l. si generaliter.* ÿ. Postremo an nihil fauor caussæ aut personæ secúdo creditori prosit, vt priori in hypotheca præferatur, de quo significatur *in l. si fundum* ÿ. Et in summa in his omnib. hæc sententia generalis retinetur, eum in pignore potiorem esse, qui prius accepit. Et merito, ob eam caussam quam paulo ante reddidimus de iure pignoris, quod creditori quæsitum constituto pignore, deinceps ei auferri non potest.

De primo autem hæc species est hoc loco proposita. Testator legauit quibusdam fundum sub conditione, si nauis ex Asia veniret. Mortuo testatore legatarii petunt ab herede, vt sibi satis det legati conditionalis nomine ex edicto, *toto tit. vt leg. seu fide. nom. cau.* Cum non satisdaret heres, ex eodem edicto impetrarunt legatarii a magistratu, vt mitterétur in possessionem bonorum defuncti. Missi in possessionem venerunt. Hoc modo pignus consecuti sunt, quod prætorium appellatur. *l. 3. & l. 5. ÿ. vt in poss. leg. esse lic. l. nõ est mirum. D. de pig. act.* Exstitit deinde alius creditor vel heredis vel defuncti, qui aduersus heredem iudicio egit, & vicit, & ad exsecutionem sententiæ impetrauit a magistratu, cuius ea de re iurisdictio erat, vt sibi res debitoris pignori capere liceret, quas postea distraheret, vt est forma iuris. Cepit, & ita pignus quoque illi ex caussa iudicati cõstitutum est. *l. 1. ÿ. si in cau. iud.* Quæsitum est inter istos, qui ex diuersa caussa pignus habent, qui quibus præferantur. †Respondetur ex regula superiore, legatarios esse potiores, qui in possessionem missi sunt. At hic fuit hæc dubitatio, cur non viderentur præferri debere. Primum, quod legatarii de lucro certant, creditor de. Deinde quod legatarii certant de legato cõditionali, vt verba ostédunt, id est, de eo legato, quod nondum debetur. *l. cedere diem. D. de verb. sig.* Creditor vero ex caussa iudicati præsens debitum petit. Nam de alio iudiciú esse non potuit. *l. non quemadmodum. D. de iud.* Sed hæc nihil obstant, quominus præferatur, qui pignus accepit. Recte enim dicuntur in personalibus actionibus, in hypotheca locum non habent. Semper enim hoc tenendum est, quisquis prius pignus sibi comparauit ei inuito pignus adimi non posse. Quod fieret, si secundus creditor pignus postea nactus priori præferretur. Sed hic occurritur. Nõ enim potest legatarius prius pignus habere, quam illi aliquid debeatur. *l. res hypothecæ. D. de pig.* Nunc autem legatariis in proposito legatũ debetur sub conditione, ac pendente conditione nihil debetur. *d. l. cedere. de ver. sig.* Proinde nec pendente conditione illis pignus iure constitui

12 potest. †Respondeo: quod dicitur pendente conditione nihil deberi, hanc significationem habet, nihil deberi certo, id est, quod cautum est, non ita deberi, vt certo affirmari possit esse; quod debeatur. Est enim incertum: quia pendet ex eo, an conditio exsistat: potest autem non exsistere. Sed non ideo absolute verũ est per id tempus nihil deberi. Siquidem defecerit conditio postea recte dixeris etiam in præteritum nihil vnquam fuisse debitum: Quod si conditio exstiterit, ex euentu intelligimus retro versus iam a principio quod legatum, promissum, cautumue erat, debitum fuisse. *l. necessario. ver. idem Pomponius. D. de per. & com. rei vend.* Quo fit, vt ad id quoque tempus relata hypotheca exinde contracta intelligatur. *l. potior. D. hoc titu.* Sed quamuis legatariis legatum sit pure, quamuis & hi prius hypothecam acceperint, vt hodie ex constitutione Iustiniani his tacita hypotheca data est: videtur tamen aduersari. *l. vlt. §. et si præfatam. ÿ. de iur. del.* vbi cautum est, creditores quoslibet legatariis esse potiores: vsque adeo, vt ea ipsa, quæ iã legatariis data erant, his auferant, vt suum consequantur.

13 †Sed id tunc constituitur, cum bona omnibus soluédo non sunt. Quod cum accidit, prius creditoribus soluendum est, etiamsi hi nullam hypothecã habeãt. *l. successores. ÿ. ad leg. fal.* Neque id huic loco contrarium est, legatarios enim præferri intelligimus, qui vere legatarii sint, vt & iure res pro legato obligatas habeant, non debentur autem legata nisi de eo, quod ære alieno deducto superest. *d. l. successores.*

Idem A. Varo.

*L. Si Fundum. III.*

*Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicæ obligaretur: Sicut prior es tempore, ita prior es iure. P P. S. Id. Octob. Antonino A IIII. & Balbino Coss. 214.*

SVMMARIA.

1 *Fauorem personæ nihil prodesse secundo creditori, vt priori in pignore præferatur.*

EX duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, quamuis priuato vno, & altera respublica, etiam priuatus, si prius pignus acceperit, reipublicæ præferetur ex regula iuris. Atqui fauor reipublicæ aliud exigere videbatur. Nam in aliis caussis reipublicæ & ciuitatis præcipuam caussam esse indicant. *l. ciuitatibus. D. de vsur. l. respubli. sup. quib. ex caus. maio.* Sed hæc in hypotheca locum non habent, vt superiore rescripto diximus. Hæc enim semel quæsita creditori adimi non potest neque a republica, neque ab alio quouis. Ideo placuit priuatũ etiam fisco præferri, cuius tamen præcipuum fauorem esse constat ex tit. supr. de priuil. fis. huc pertinet *l. si pignus. D. eod.*

1 †Hoc exemplo docemur, fauoré personæ nihil prodesse secundo creditori, vt ei qui prius pignus accepit, præferatur.

*L. Cum rempublicam. III.*

Idem A. Syluano.

*Cum rempublicam Heliopolitanorũ, propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis quam hereditariarum possessioné missam esse proponas, intelligis, quãuis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, præponi rempublicam iure pignoris in his, quæ ex auctoritate eius, qui iubere poterit seruandi iudicati caussa occupauit. PP. 2. Id. Decem. Læto II. & Cereale Coss. 216.*

SPecies hæc est. Sosianus quidam debitor fuit, vt rescriptum ostendit. Huius Sosiani duo creditores, respublica Heliopolitanorum, & pater Syluani eius, quem hoc rescriptũ alloquitur: & is pater prior creditor. Mortuo Sosiano debitore respublica cum herede egit, & herede victo ex caussa iudicati respublica in possessionem rerum omnium hereditariarũ missa est, & pignus ita accepit, vt superiore rescripto diximus. Postulat Syluanus heres alterius creditoris, vt reipublicæ præferatur, quoniam prius crediderit Sosiano. Rescriptum est, rempublicam potiorem esse. Merito, quia etiamsi pater Syluani pignus accepisset

postea

postea, tamen respublica ei præferretur, vt quæ in pignore prior esset. Multo igitur magis præferetur, vbi sola pignus, constitutum habet. Huc pertinet *l. eos. infra eodem*.

*L. Prior quidem. V.*

Imp. Alexander A. Septimio.

*Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti debitum offerre. Sed si tu illi id omne, quod debetur, solueris: pignoris tui caussa firmabitur. PP. 3. Kalend. Maii Maximo II. & Paterno Coss. 234.*

PRior creditor si cum posteriore agat, hypothecam iure suo auferet, etiamsi ei debitum non offerat. Pertinet hoc ad regulam iuris de prærogatiua in pignore. de qua diximus *ad l. 2.* Posterior contra ex eadem regula, si cum priore agat, hypothecam auferre non potest: sed nec aduersus eum hypothecam retinere, nisi pecuniam debitã primum offerat. Sic enim pignus suum confirmat. de qua confirmatione diximus *s. ad l. 1. hoc tit.* Idem traditur *in l. diuersis. in fin. & l. cum tibi. in prin. sup. eodem*.

*L. Si generaliter. VI.*

Impp. Valerian. & Galien. AA. Philoxeno.

*Si generaliter bona sint obligata, & postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari. PP. 2. Id. Maii. Seculare II. & Donato Coss. 261.*

SVMMARIVM.

1 *Cui generaliter bona omnia prius obligata sunt, quãdo præferatur secundo, cui ex his bonis quædam specialiter sunt obligata.*

PRimo creditori debitor generaliter omnia sua bona pignori obligauit, in quibus fuit fundus Tusculanus: deinde hunc ipsum fundum secundo creditori obligauit specialiter. Placet in hoc fundo potiorem esse primum creditorem; quia idem fundus etiam ei pignori prius obligatus est. Continebatur .n. generali obligatione pignoris non minus, quã si specialiter designatus esset. de quo diximus *ad l. vlt. sup. prox. tit.* Hinc consequens est, quod hic traditur, primum creditorem suo iure hunc fundum & persequi & distrahere posse non minus, quam si in eo pignore solus esset. Hæc eadem *in l. 2. D. qui pot. in pig. hab. l. qui prior. Digest. eodem titu.* Quæ sic accipienda sunt, si primo creditori simpliciter bona omnia debitoris pignori obligata sint, vt hic factum significatur. Diuersum est, si primo creditori res quædam specialiter pignori obligetur, deinde generaliter omnia bona debitoris, in quibus sit is fundus, qui secundo creditori postea obligatus est. Nam his verbis obligationis generalis nihil obligari intelligitur, priusquã constiterit res specialiter primo creditori obligatas in debitum eius non sufficere. Hoc *in l. 2. sup. de pig.* vbi hac de re diximus.

*L. Licet. VII.*

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Iuliano.

*Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diuersis temporibus datis priores habeantur potiores: tamen eum, cuius pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim conuenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur. Subscripta 16. Kalend. Feb. AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Posteriores præferri in pignore, qui ad rem reficiendam, conseruandam, emendamue pecuniam crediderunt; quibus conditionibus, & quam recte.*

2 *Mulierem quamuis posteriorem præferri anterioribus creditoribus in dotis repetitione.*

3 *Posteriorem qui publico instrumento pignus accepit, præferri priori, qui ex chirographo tantum accepit.*

4 *Funeris impensam posteriorem esse creditoribus hypothecam habentibus: præterquam in tacita hypotheca inuectorum ab inquilino, & legatorum: & cur in his sit potior.*

QVod diximus *ad leg. 2. sup.* perpetuum esse, vt qui in pignore tempore prior est, sit potior iure, sic accipiendum est; nisi magna & iusta caussa suadeat ab eo iure discedi. quod interdum accidit. Ergo posterior interdum præfertur priori, vel propter caussam de qua agitur, vel propter caussam & personam posterioris creditoris, vel propter cautionem instrumẽti in hypotheca danda adhibitam.

Propter † caussam posterior potior est is, qui pecuniam ita credidit, vt eius pecunia efficeret, vt vel res salua esset, vel esset in bonis debitoris. Quo in numero sunt, qui ad rem reficiendam, aut conseruandam, aut emendam, pecuniam mutuam dederunt, si modo & res refecta, aut emta erit ex ea pecunia, & his ea res pignori obligata sit. *l. interdum. & ll. seqq. ff. eod. & h. l.* Adieci, dummodo posterioribus ea res, quæ refecta aut emta est ex eorum pecunia, sit etiam illis pignori obligata. Nam non continuo si ex pecunia alicuius res refecta, aut emta est, ideo illi tacite est pignori obligata; sed solum si pecuniam credidit ad refectionem ædificiorum. Non idem iuris est, si pecunia credita sit ad ceterarum rerum refectionem, vt colligitur ex *l. 1. Digest. in quibus cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Sed etsi res emta sit ex alicuius pecunia; constat non aliter ei eam rem obligatã esse, quam si conuenerit, vt pignori esset obligata, vt hoc rescripto declaratur, & *l. quãuis. 7. sup. de pig.* nisi emta sit ex pecunia pupilli, vt illic diximus. Nec obstat, quod in *l. idemque. Dig. eodem tit.* generaliter dicitur, eos omnes esse potiores, qui ad rem aliquam reficiendam pecuniam crediderunt. Hoc enim sic accipiendum est; potiores esse, sed in pignore, id est, potiores hac conditione, si modo & illis ea res pignori obligata sit: quoniam de duob. creditoribus agitur, quib. eadem res pignori obligata est; vnde prior hæc quæstio introducitur, an, & quomodo res emta, aut refecta ex alicuius pecunia ei obligata sit pignori. Sed nonne iniquum est etiã in his caussis posteriorem creditorem priori præferri, cum isto modo videatur fieri, vt prioribus suum pignus auferatur? Non est iniquum: imo vero nihil æquius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cuius beneficio factum est, vt ea res fructum ferret, dummodo id fiat sine aliorum iniuria. Nunc autem in hac specie, dum posterior præfertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius. Nam etsi debito posterioribus creditoribus soluto nihil relinquatur in pignore; tamen id non tam posteriores creditores auferunt, quam ca-

sus abstulit. Etenim idem futurũ erat, si nemo ad rem reficiendam pecuniam credidisset. Quod si debito posterioribus soluto aliquid superest, id vero beneficio posteriorum in priores confertur, qui saluam fecerunt pignoris caussam. Beneficio igitur afficiuntur priores, non iniuria, si posterioribus prærogatiua seruatur in hac caussa.

2 Propter † rem & personam potior est mulier quãuis posterior, in repetione dotis, ex *l. assiduis.* j. Tribuitur hoc priuilegium partim rei, quia mulier nõ in omni caussa præfertur anterioribus creditoribus, sed solum in dotis repetitione: partim personæ, quia non quisquis dotẽ repetit, hoc priuilegio vtitur, sed mulier duntaxat, vt facilius possit nubere. *argum. l. 1. ff. sol. matrim.*

3 Propter † cautionẽ hypothecæ præfertur posterior creditor, qui publico instrumento vtitur aduersus priorem creditorem, qui ex chirographo tantum, vel instrumento priuato hypothecam accepit. *l. scripturas. inf.* Neq; plures sunt, vt mihi videtur, qui cum posteriores sint, priorib. præferantur. Accursius tamẽ ad l. *diuersis. inf.* numerat in hoc genere fiscum agentẽ ex caussa primipilari, quem vult etiam mulieri in dote præferri. Mihi secus videtur. sed de eo dicemus ad *l. assiduis. inf.*

4 Numerat † etiam eum, qui credidit ad funus ex *l. pen. ff. de rel. & sum. fun.* Sed male eo loco vtitur ad hoc cõfirmandum. Nam illic scriptum est, impensam funeris pręcedere omne creditum. Atqui hic sensus est, cum is qui in funus impendit, creditum repetit, id est, personali actione agit aduersus creditores ceteros, qui item creditum suum petunt, id est, personali actione petunt, eum his omnibus præferri; nempe ex priuilegio, quod funerariæ actioni tributum est. Sed male ex eo colligitur eum præferri iis, qui hypothecam habent. Nam contra hi qui hypothecam habent, siue prius eam acceperint, siue posterius, quoniã habent actionem in rem, præferuntur omnibus priuilegiariis creditoribus personali tantũ actione vtentibus. *vt est in l. 4. j. l. eos. inf. eo.* Plane funeris impensa duarum caussarum tacitas hypothecas præcedit: inuectorum & illatorum ab inquilino: item legatorum; sed ideo quia in his cum ad funus ventum est, nec hypotheca subesse intelligitur. Nam si inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit vnde funeretur, placet ex inuectis & illatis eum funerandum, & si quid superfluũ remanserit, hoc pro debita pẽsione teneri. *l. & si quis. 14. §. 1. ff. de rel. & sum. fun.* Atqui hæc sunt tacite obligata locatori. *l. 2. l. 3. ff. in quib. cau. pig. tac. cont.* Sed hactenus hæc sunt pignori, dum id pignus non officiat rebus fauore dignis. Vnde placet eiusmodi pignus nõ officere libertati. *l. licet. D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Non mirum, si in eadem caussa habetur funeris caussa. Similiter si res legatæ sint a testatore, de cuius funere agitur, nec sit, vnde funeretur, ad eas quoque res manum mitti oportere placuit. *d. l. & si quis. §. 1. de rel.* Et tamen legatariis res omnes defuncti obligatæ sunt pignori. *l. 1. sup. com. de leg.* Sed satius est, ait Vlpianus, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi. *d. l. et si quis. §. 1.* Aut si certius aliquid hic responderi placet, nulla est hic hypotheca, cum de funere agitur. Non est enim hypotheca legatorum nomine, nisi prius legata posueris. Atqui cum defunctus soluendo non est omnibus, tum creditoribus tum legatariis, non debentur legata, nisi deducto omni ære alieno aliquid supersit, quod legatis sufficit. Et in summa creditores præferuntur legatariis. *l. successores. sup. ad leg. Falc. l. vlt. §. et si præfatam. C. de iur. del.* Porro funeris impensa æs alienum patrimonii defuncti existimatur. *l. impensa enim 18. D. de rel.* Interdum tamẽ posterior creditor etiam ex alia caussa præfertur priori creditori in hypotheca. Sed hoc non perpetuo, sed ad tempus dumtaxat. quod contingit in specie, de qua constitutum est in Auth. seq.

*Auth. item possessor.*

*Item possessor pignoris negans rem eius, cuius actor eam esse adseuerat: si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia caussa in eandem personam delata, se propinquiorem esse, quã qui mouet caussam: prius transferat possessionem, quam ius suum proponat.*

SVMMARIA.

1 *Casus, vbi posterior creditor potior sit priore in pignore ad tempus.*

Species facti hæc est. Posterior creditor hypothecã vindicauerat a priore creditore. Prior vt agentem remoueret, hac defensione vsus erat, vt diceret rem, de qua agitur, in bonis debitoris non fuisse, eoq; nec potuisse posteriori creditori obligari, ex *l. & quæ nondum. §. quod dicitur. D. de pig.* Posterior creditor probauerat rem in bonis debitoris fuisse. Ita prior creditor victus, iussus est hypothecam restituere. Prior exclusus superiore defensione nunc ad hanc cõfugit, vt dicat, eam quoque rem sibi a debitore prius obligatam esse, ideo & se posteriore creditore esse potiorem. In hac controuersia constitutum est a Iustiniano id, quod hoc fragmento traditur, nihilominus possessionem pignoris a priore in posteriorem creditorem transferendam esse, donec prior de iure suo probauerit, vt intelligamus hanc esse mendacii pœnam: quẽadmodũ & in rei vindicatione possessio a possessore transfertur in actorem, cum possessor prius negauit se possidere, & conuictus possidere cœpit dicere, rem esse suam, non actoris. *l. vltim. D. de rei vind.* Ex hac constitutione apparet, si prior creditor victus probauerit postea, eã rem sibi prius pignori esse obligatam, vt dicebat, eum ius suum obtinere aduersus posteriorem creditorem, & ita verum esse, quod supra dixi in extremo ad *l. licet.* in hac specie posteriorẽ creditorem præferri priori in possessione pignoris, sed ad tempus dumtaxat, donec scilicet prior de iure suo probauerit. ceterũ vbi de iure prioris constabit, semper eum posteriore esse potiorem.

*L. Diuersis. VIII.*

Prior pars continet eam definitionem, quæ exposita est *ad l. 2. sup.* Posterior est de iure secundi creditoris in confirmando pignore, de quo diximus ad *leg. 1. sup.*

*L. Eos. IX.*

Hic locus satis expositus est partim ad *l. 2. sup. eod.* vbi cur qui pignora acceperunt, pręferantur priuilegiis omnibus, rationem explicatius reddidi: partim ad proximam *l. licet.* vbi de obiectionibus quibusdam natis ex *l. pen. & leg. & si quis. 14. ff. de relig.* respondi in extremo.

*L. Cum tibi. X.*

Iidem AA. & CC. Pollipeucæ.

*Cum tibi pro dote, quam acceperat maritus, res obligauit: eo mortuo, hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum, nulla possunt persequi ratione. Nam chire-*

*chirographarios creditores nec in rem nec in personam eos, qui debitori non probantur successisse, ulla ratione conuenire posse, manifestum est. PP. Non. Decemb. CC. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Chirographarios creditores frustra agere de pignore sibi restituendo aduersus creditores hypothecarios, quantumuis pecuniam debitam his offerant.*

MAritus dote accepta mulieri quasdam res suas in eam caussam pignori obligauit, & tradidit; deinde cum marito alii creditores contraxerunt. Mortuo marito cum mulier ea bona pignori sibi obligata possideret, creditores posteriores aduersus mulierem agere cœperunt, vt vel sibi satisfaceret, vel restitueret bona defuncti, quæ possideret. Rescripti distinctio est in hanc sententiam: si quidem ii agant, quibus eadem pignora data sint, eos frustra agere, quia sunt scilicet tempore posteriores. sic tamen frustra, nisi offerant debitum. intellige vti oportet, id est, aut soluant, aut priore creditore non accipiente pecuniā obsignent: quo modo vti oportet ad liberationem, pignus sibi
1 confirmant, *vt est in l. 1. sup. eod.* Sin † ii tantum sint, qui chirographarii appellantur, id est, ii quibus cautum nō est, nisi chirographo; plane eos frustra agere, quātumuis pecuniam offerant: quia nullam aduersus mulierem actionem habent, neque in rem, neq; in personam. Non in rem; quia res illis pignori obligatæ nō sunt, vt quis dicat eos actionem hypothecariā habere. Non in personam; quia actio in personam solū aduersus debitorem competit, aut heredem eius. Mulier autem in proposito nec debitrix fuit, nec mariti debitoris heres.

*L. Scripturas. XI.*

Imp. Leo A. Erythrio, Præfecto prætorio.

*Scripturas quæ sæpe assolent a quibusdam secrete fieri, interuenientib. amicis nec ne, transigendi vel paciscendi, seu fœnerandi, vel societatis coeundæ gratia, seu de aliis quibuscunque caussis vel contractibus, conficiuntur, quæ* ἰδιόχειρα *Græce appellantur, siue tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, &c.*

SVMMARIA.

1 *Instrumenti priuati quod constet a debitore scriptū, non minorem vim esse creditori ad suum personali actione obtinendum, quam publici.*

2 *Instrumentum priuatum vim suā obtinere, & simpliciter vim obtinere, longe diuersa esse: prius verum, & quid sit: posterius falsum.*

3 *Instrumento priuato etiam de cuius fide constet præferri publicum ad hypothecam priore loco obtinendam: & quam recte constitutum.*

SI duo sint creditores eiusdem debitoris, quorum vni cautum sit a debitore priuato chirographo vel alio priuato instrumento, alteri cautum instrumento publice confecto, id est, confecto ab iis, qui in conficiendis instrumentis publico munere funguntur: & hi contendant inter se, vter altero potior sit, quia forte bona debitoris omnib. non sufficiant: quæritur, an sit quidquam in instrumento publico, cur is, qui eo vtitur, præferri debeat ei, qui vtitur instrumento tantum priuato. De hac re ita ius constitutum est hoc loco, interesse, vtrum hi creditores personalibus actionibus agant eodem tempore aduersus debitorem, an vero agant hypothecaria de ea re, quam suis quisque instrumentis pignori accepit a debitore. Si † 1
personalibus actionibus agant; dummodo de fide priuati instrumenti probetur, nempe id a debitore scriptum esse, non minus id prodesse creditori suo, quam si publice conscriptum esset. Nam hæc vis est priuati instrumenti, vt cum constet a debitore scriptū esse, id aduersus debitorem fidem faciat. de quo, vti & de eo, quomodo id probetur, dicemus aptius in *Auth. seq.* Hinc intelligimus in hac specie alterum ex creditoribus propositis alteri non præferri. Obseruandū
† est autem constitutionem non dicere; instrumentum priuatum in hac caussa vim habere aduersus debitorem; sed vim suam obtinere. inter quæ multum interest. Nam qui dicit instrumentum priuatum quouis modo vim habere aduersus debitorē, is dicit priuatum instrumentum fidem facere, etiamsi de eius fide non constet: quod est absurdum dictu. Quid enim, si instrumentum priuatum caussam adiectam nō habeat? Quid, si debitor neget a se scriptum esse? Quibus casibus iure instrumentum fidem non facit, vt dicemus *ad Auth. seq.* Qui autem dicit instrumentum priuatum obtinere vim suam in ea specie, de qua quæritur, is hoc dicit, quæ alias vis est priuati instrumenti aduersus debitorem tūc, cum creditor, qui eo vtitur, est solus: eandem vim & in hac caussa futuram esse, etiamsi alii creditores concurrant, qui vtantur instrumentis publicis. Hoc vero est æquissimum. Quod cū non intelligatur, aut non animaduertatur vulgo ab interpretibus, non est mirum, si colluctentur in huius loci interpretatione, neque adhuc rem expedire potuerint. Atque hæc, inquam, ita sunt, si creditores isti personalibus actionib. experiantur. Quod † si agent 3
hypothecaria actione vindicantes eam rem, quæ ambobus pignori data est; partim priuato instrumento, partim publico: placet in hac caussa priuatum instrumentum vim illam suam non obtinere. sed quamuis constet id scriptum esse a debitore; tamen eū qui publico instrumento nititur de hypotheca, præferri ei, qui eandem hypothecam accepit priuato instrumento, nisi priuatum id instrumentum habeat trium idoneorum testium subscriptiones. Quæritur ratio constitutionis. Cur n. placeat magis priore casu priuatum instrumētum vim suam obtinere, quam posteriore? Nam si vtrobique eadem est fides & probatio instrumenti priuati, cur non in pari caussa ius idem statuitur? iuxta *l. illud. D. ad leg. Aquil.* Mihi hæc differentię ratio videtur non improbabilis; quod cum creditores isti duo agunt personalibus actionibus, singuli de suo debito, id est, de rebus diuersis agunt, quæ ita sunt singulorum, vt quod est vnius, ad alterum non pertineat. Quam ob rem singuli in suo debito sunt soli: vt proinde aliis in eo debito non concurrentibus, non sit quærendū, qui quibus sint potiores; sed vnusquisque separatim in suo debito ius suū obtinere debeat: *argumentum in l. 2. ff. eo. tit.* At cum ambo de hypotheca eadem agunt, hic de eadem re agunt; & ob id merito quæritur, vter altero in ea re debeat esse potior. Et non inique constituitur, in ea contentione maiorem vim habere publicum instrumentum: itaque id priuato præferri.

*Auth. si quis vult caute.*

*Si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturæ, sed aduocet etiā testes idoneos & fide dignos nō*

*pauciores tribus. Sed & si quis aut mutui instrumentum, aut alterius cuiuspiam contractus fecerit, & noluerit hoc specialiter in publico confiteri: non ex ipso videatur credibile, quod scribatur super mutuo documentum, nisi etiam trium testium adhibeatur præsentia fide dignorum, vt siue veniant, & subscriptionib. propriis attestentur, siue alii quidem testificentur, quia eis præsentibus confectum est documentum: fidem eandem ex vtraque caussa percipiat. Si tamen quisquam aut deponens, aut mutuans, aut alias contrahens, contentus sit sola scriptura eius, cum quo contrahit: sciat scripturam non sufficere ad probationem.*

SVMMARIA.

1 *Instrumenti priuati ad fidem vis, quæ.*

2 *Comparatio literarum ad probandam manum scripturæ quatenus admissa.*

Aptissime hæc Auth. superiori constitutioni subiecta est. In ea constitutione scriptum erat, cum duo creditores personalibus actionibus agunt eodē tempore, instrumētum vnius priuatum nihilominus robur suum obtinere. Hinc † quæstio introducitur ad explicationem eius constitutionis necessaria, quænam sit vis instrumenti priuati. Et iure vetere hæc vis fuit, si debitor fatebatur a se vel suo mandato scriptū, & caussa debiti adiecta erat, cogebatur debitor confessioni suæ stare, quantumuis diceret se instrumentū scripsisse vel ioco, vel errore. *l. cum de indebito. §. vlt. ff. de prob.* Quod † si debitor negaret a se scriptū esse, vel mandato suo, conuinci poterat id scripsisse, in eamque rem recipiebantur & testes, & comparatio literarum; dummodo hæ literæ, ex quibus comparatio literarum petebatur, ab eodem debitore publice scriptæ essent, aut trium testium subscriptiones haberent. *leg. comparationes. supra. de fid. instrum.* Hanc vim intelligebat superior constitutio. Ne quis in eo iure erraret, commonefacit nos hæc authentica, quid de eo constitutum sit a Iustiniano. Eius constitutionis hæc est summa; si debitor fateatur chirographum a se scriptū, nihil immutauit Iustinianus. Si neget scriptum a se, & testes non minus quam tres producantur, qui interfuerint, cum debitor id instrumentum scriberet, ne hic quidem quidquam immutauit Iustinianus. Sed si tres testes adhibiti non sunt, ille in totum cōparationes literarum repudiauit tanquā suspectas, nisi instrumēto priuato conficiēdo tres testes interfuerint. Quo casu comparationem literarum admisit, si esset necessaria: nempe si testes illi, quorum mentio fit in chirographo, mortui essent, aut alioqui non exstarent. Post quam constitutionem eo res redit, vt quoniam semper periculum est, ne debitores negent chirographum a se esse scriptum, dare operam creditor debeat, si caute vult contrahere, vt adhibeantur tres testes.

*L. Assiduis. vlt. & II. Authent. seqq.*

Imp. Iustinianus A. Ioanni præfecto prætorio.

*Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab eo anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actioni (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeant priuilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiæ vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est &c.*

SVMMARIA.

1 *Mulierem præferri omnibus creditoribus quamuis anteriorem hypothecam habentibus; dum tacitam & ex priuilegio.*

2 *Mulierem præferri etiam fisco quamuis tempore priori, & quidem ex omnibus caussis.*

3 *Mulierem postponi liberis prioris matrimonii, aduersus quos nouerca de dote agit. item creditoribus quamuis tempore posterioribus, qui marito pecuniam crediderunt ad militiam emendam ea lege, vt militia esset pignori.*

4 *Mulierem anterioribus creditoribus hypothecam conuentione sua partam habentibus non præferri.*

5 *Priores creditores in hypotheca conuentionali præferri posterioribus iure communi, non ex priuilegio.*

6 *Mulierem hypothecis conuentionalibus prioribus non esse potiorem, demonstratur rationibus Iustiniani.*

7 *Æquitate rei.*

8 *A persona constituentis principis.*

9 *Obiecta diluuntur.*

Singulare hic beneficium tribuitur in repetitione dotis duobus; mulieri; itē mulieris liberis. de muliere prope tota constitutione cauetur. de liberis in vers. *exceptis videlicet.* Beneficium † quod mulieri tribuitur, hoc est, vt mulier siue agat personali actione de dote aduersus alios creditores priuilegiarios, siue agat hypothecaria actione, quæ illi lege concessa est. *l. vnica. §. & vt plenius. sup. de rei vx. act.* ea præferatur omnibus creditoribus anterioribus, licet prioris temporis priuilegio sint vallati. sic. n. verba sunt huius constitutionis *in §. ad hac. & vers. seq.* Quibus verbis efficitur, mulierem præferri omnibus creditoribus quamuis hypothecariis & anterioribus; si tamen hypothecam ex priuilegio habeant, id est, tacitam beneficio legis. Igitur si proponas maritum administrasse tutelā pupillorū, antequā vxorē duceret, item pecuniam accepisse ad insulam exstruendam aut reficiendam: quibus in caussis & res mariti sunt tacite pignori obligatæ pupillo, & ædes obligatæ ei, qui ad refectionem credidit; *l. pro offic. ff. de adm. tut. l. 1. ff. in quib. cau. pign. vel hypoth. tacit. cont.* si is deinde vxorem duxerit, & dotem acceperit, dicimus soluto matrimonio, si mulier & superiores creditores mariti concurrant, mulierem in hypotheca his omnibus quamuis anterioribus præferri; quia etsi prius hypothecā acceperunt, tamen habent ex beneficio legis tacite, non autem ex conuētione. Huius generis creditoribus hypothecariis mulier præfertur omnibus, vt sunt verba constitutionis. Ergo † & mulier præferetur fisco, quāuis maritus eius ante cum fisco contraxerit. Nam quod scriptum est *in leg. 2. s̄. de priuil. fisc.* fiscum, qui prius contraxerit cum marito, mulieri præferri, est quidē huic cōstitutioni cōtrariū; sed sciam⁹ hac cōstitutione abrogatū esse. Tametsi enim Iustinian⁹ *in l. 2. §. cōtrariū. s̄. de vet. iur. enu.* negat in libris iuris a se cōpositi vllū cōtrarium

rium esse; tamen hoc in Codice ad veterem Codicē pertinet, non ad eas constitutiones, quæ nouo codici sunt insertæ. Hæ autem sunt quinquaginta decisiones Iustiniani, quas constat nouo Codici insertas ad veteris iuris emendationem. *titul. de nouo Codic. cōfir.* Ex his cōstitutionib. est hæc vna, quę hic proponitur. Ergo & mulier præferetur fisco, quamuis maritus eius ex caussa primipilari conueniatur, abrogato eo iure, quod est *in leg. 4. supra. in quib. caus. pig. vel hyp.* Præfertur ergo & ei, qui pecuniam ad funus crediderit. Idque eo magis, quod hic nihil amplius habet, quā priuilegium: hypothecam non habet. Nec impediemur eo, quod legitur in *l. penul. D. de relig. & sum. fun.* impensam funeris omne creditum præcedere. Sciemus enim & hoc similiter abrogatum esse hac constitutione; non solum quia diserte Iustinianus constituit, vt mulier in actione personali præferatur omnibus priuilegiariis creditoribus; sed etiam quia mulier hypothecam habet; quam, vt dixi, nō habet is, qui in funus impendit. Constat aūt oēs hypothecarios creditores, cum in rem actionem habeant, omnib. priuilegiariis, qui personalem tantum actionem habent, præferri. *l. eos. s. hoc tit.*

3 Ex† omnibus creditoribus, qui beneficio legis prę-rogatiuam temporis habent, excipiuntur duo, quibus placet mulierē non præferri. Primum filii prioris matrimonii, aduersus quos nouerca de dote agit. *§. exceptis. hac leg.* quod apertius confirmatur *in auth. vlt. hic.* Deinde hi creditores, qui pecuniam marito crediderunt ad militiam emendam ea lege, vt militia eis esset pignori obligata. In hac militia marito emta potiores sunt, qui crediderunt. *auth. quo iure. inf.* Idque etiam si posteriores sint. Cuius iuris duplex ratio reddi potest. Primum, quod in hac militia pecunia creditoris saluā fecit totius pignoris caussam. *arg. in l. interdum. & seq. ff. eo.* Deinde quia hæc militia marito emta non tantū ad vtilitatem mariti pertinet, sed etiam ad vtilitatem & honestamentum mulieris. Nam eiusmodi militiis maritos cohonestari cōstat. Maritorum honos & decus etiam ad vxores pertinet. *l. fœminæ. ff. de senat. Nouel. de consul. §. hac itaque.*

Sed hæc omnia dicta sunt de iis creditoribus, qui priuilegio, id est, beneficio legis hypothecam habent, aut certe in hypotheca habent iuris prærogatiuam.

4 Quod† si qui creditores prius hypothecā acceperint conuentione, & vigilantia sua partam, nos de cōmuni sententia interpretum putamus mulierem ex hac cōstitutione iis nullo modo præferri; atque adeo nullo iure pferri aut posse, aut debere. Id defenditur & verbis huius constitutionis, & in primis sententia. Verba constitutionis ad eos creditores anteriores pertinēt, qui sunt muniti temporis priuilegio. His verbis proprie non continētur ii, qui sibi de hypotheca cauerūt: Hi enim hypothecam habent non priuilegio, sed cōmuni iure: quo iure constat pignus conuentione contrahi. *l. 4. ff. de pig. l. si tibi. eo. §. de pignore. ff. de pact. l. 1. in pr. ff. de pig. act.*

5 Nec† verò audiendi sunt, qui conuentione de pignore interposita fatentur pignus ex priuilegio non esse; sed vt creditor prior secundo præferatur, id ex priuilegio esse dicunt, non ex conuentione. quod aperte falsum est. Nam prior creditor in pignore ideo præfertur posteriori, quia habet actionē in rem aduersus omnes possessores, non tātum extraneos, sed etiam posteriores creditores. Eam quidem actionem habet etiam aduersus debitorem ipsum, q̄ pignus obligauit. Ergo multo magis aduersus eos creditores, qui caussam habēt a debitore. At creditor hāc actionem habet iure pignoris. Quare prærogatiua in hac actione ex iure pignoris nascitur, ac, pinde ex conuentione, nō itē ex priuilegio. Atq; in hac prærogatiua priuilegiū nō esse certo argumēto est, ꝙ dicuntur priuilegia nō ex tēpore æstimari, sed ex caussa. *l. priuilegia. ff. de reb. auct. iud. pos.* Nā prærogatiua quæ in pignore est, solū ex tēpore æstimatur. Nō nego prærogatiuā hāc ab Vlpiano priuilegiū appellari *in l. si & iure. ff. qui pot. in pig. hab.* Sed si ea prærogatiua ex iure & ratione cōmuni est, negari nō pōt, q̄n abusiue priuilegiū appelletur. Quis est. n., qui nesciat priuilegium ius esse in gratiam certæ caussæ, aut personæ præter rationem iuris communis constitutum? Tunc demum prærogatiua temporis vere priuilegium est, cum creditores, qui nullam hypothecam habent, aliis nō habentib. pferuntur; in quo ēt in vsu iuris solū hoc verbum proprie vsurpatur. *d. l. priuilegia. ff. de bo. auct. iud. pos. & hac. l. in vers. cum enim in personalibus.*

Sententia† Iustiniani spectatur ex iis rationibus, q̄bus vtitur, ex æquitate caussæ, tum ex persona scriptoris. Ratio Iustiniani, qua in hac constitutione vtitur, euidenter sententiam eius ostendit, & superiorem sententiam confirmat. Ait enim, mulierē ideo in hypotheca pręferendam esse anteriorib. creditoribus, quia in personali actione tali priuilegio vtitur. Hoc Iustiniani argumentum est in hac *l. in vers. cum enim in personalibus.* At in personali actione constat mulierem non præferri creditoribus anterioribus nisi priuilegiariis, id est, iis qui beneficio legis prærogatiuam habent, vt ceteris creditoribus præferantur. Ergo nec in hypotheca præferetur aliis creditoribus, quam qui eodem beneficio hypothecam habent. Nam quoties lex aliqua ob certam caussam & rationem lata est, cōuenit cessante ratione legis, illic legi locum non esse. *l. quod dictum. D. de pact.* Idem licet intelligere de sententia Iustiniani ex ea ratione, quā reddit *in §. & ideò.* scribit enim se in hoc priuilegio mulieri tribuēdo hoc secutū esse, vt consummaret, quod veteres cœperant, neque perfecerant. Ex quo intelligitur non aliud cōsummasse Iustinianum, quā quod veteres cœperant, nouum autem negotium eum non instituisse. Iam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre aliis priuilegiariis creditoribus, neque id perfecerant. non enim præferebant omnibus; neque præferebant in hypotheca; vt constat ex initio huius constitutionis. Iustinianus hoc ius imperfectū consummauit. nā mulierem prætulit creditoribus priuilegariis, iisque omnibus; puta etiam ei qui in funus credidit: & prętulit non solum in actione personali, sed etiam in hypotheca. Ita ius cœptum a veteribus consummauit; sed ita, vt non egrediatur id, quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem priuilegiariis. Quare & priuilegiariis præfert Iustinianus, non aliis.

Quod† si de sententia Iustiniani & verborū significatione ambigeretur; tamen in diuersis & ancipitib⁹ interpretum sententiis ea regula vti debemus, quæ pscribitur *in l. non sine. s. de bon. quæ lib.* nempe vt ambiguam caussam & variis legum interpretationibus titubantem iuris naturalis, id est, æquitatis, moderamine tēperemus. Vnde in legibus quoties verba ambigua sunt, ea sententia accipitur, quæ æquior & benignior est; non alia de caussa, quam quod menti auctoris est conuenientior. *l. in omnibus quidem. l. semper in dubiis. D. de reg. iur.* At æquitatis rationem si audimus, non solum æquum est, mulierem ei creditori nō præ- 7

ferri, qui ex conuentione prius hypothecã habet; sed etiam si contrarium hic constitutum esset, officiũ esset boni principis eam constitutionem abrogare. Pro certo .n. hoc statui debet, quod est in principiis iuris, ius suum cuiq; tribuendum esse, nulli mortalium ius suum detrahendum. *l. iustitia. ff. de iust. & iur. l. 2. ff. de his qui sunt sui vel al. iur.* Id quod si recte cõstituitur in aliis caussis; tum vero rectissime in pignore conuentionali, quod quis cautione sua & vigilantia sibi parauit. Hoc, *inquam*, nulli creditori adimendum est. Nã, vt est egregia sententia Scæuolæ, ius vigilantibus scriptum est, id est, iis qui in negotiis gerendis aduersus futura pericula sibi vigilarunt, & cauerunt. *l. pupillus. in fin. ff. quæ in fraud. cred.* Ius scriptum vigilantib. ideo, quia fauet vigilantibus, & cauet, ne damno afficiãtur, neue quid his auferatur in eo, in quo sibi vigilauerint, sibique tempestiue prospexerint. *l. 3. 1. resp. ff. de separ. l. quod autem. §. sciendum. ff. quæ in frau. cred.* Et certe nihil potest cogitari iniquius, quam si, cum creditores contraxerint cum aliquo debitore, qui nondum vxorem duxerat, qui iidem diligenter sibi cauerint, vt eius bona sibi essent obligata, sit in potestate debitoris eos, cum velit, fraudare, vxorem postea ducendo, & dotem accipiendo. sic enim miseri creditores frustra sibi cauerint, neque erit vigilantiæ locus. In hac tanta iniquitate non est credendum. Iustinianum sententiam tam iniquam constituere voluisse, nisi euidentissimis verbis probari possit, id illum sensisse.

8 Atque † huic etiam rei tertio loco argumentũ præbet persona eius. nam is legum conditor est. Legum conditores æquitatis fautores esse oportet, vt bene scriptum est *in l. hac lege. s. de pact. conu. tam sup. dote.*

9 Ad † obiecta, quibus vtuntur contrariæ sententiæ defensores, breuiter respõdebo. Illi vrgent verba. Ait Iustinianus, *mulierem habere potiora iura aduersus oẽs creditores.* Hic quidem nihil excipit: sed addit, licet sint anterioris temporis priuilegio vallati. Quæ verba nõ pertinent ad eos, qui hypothecam vigilantia sua sibi acquisiuerũt, *vt supra docuimus.* Ait item Iustinianus, se pleno iuris articulo in hoc priuilegio mulieris consummasse, quod veteres cœperant. Non consummauit, inquiunt, nisi mulierem omnibus creditoribus anterioribus prætulit sine exceptione. Recte dicerẽt, si Iustinianus simpliciter scripsisset se consummasse pleno iure prærogatiuam temporis in muliere. Nunc autem dicit se consummasse, quod veteres cœperant. At veteres non cœperant mulierem præponere hypothecariis creditoribus, sed iis qui prærogatiuam tẽporis ex priuilegio legis haberent. Hoc igitur posterius ille consummauit, non item prius alterum, quod veteres non cœperant, vt supra quoq; docuimus. Vrgent & illi rationem huius constitutionis, quæ sparsa est varie in hac lege, puta in vers. *& hoc cum in personalibus.* item in vers. *quis enim,* hanc illi rationem dicũt, non minus efficere, vt mulier præferri debeat anterioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus, quam qui hypothecam beneficio legis habent. Hoc vero illis concedi non oportet. Nã rationes sunt introductæ & sumtæ ex fragilitate mulieris; ex obsequiis quæ marito præstat; ex periculo partus; ex procreatione liberorum; ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil solet habere præter dotem; ex officio mariti, quo ille cogitur dotem omnimodo restituere vxori. Hæ oẽs in summa nihil aliud efficiunt, nisi mulierem dignã esse priuilegio, quod Iustinianus hic constituit. Nos fatemur non tantum eo priuilegio dignam esse, sed etiam dignissimã. Adiicimus amplius, dotis caussam semper & vbiq; præcipuam esse debere. *l. 1 ff. sol. mat.* Sed hæc omnia accipiẽdã sunt cum hac exceptione, dum alteri iniuria non fiat. Nam hoc vtraq: manu retinendum est in omnib. beneficiis & priuilegiis, in iniuriam alterius beneficia alteri concedi nõ solere, neq; debere. *l. nec auus. j. de emanc. lib. 2. §. si quis a principe. ff. ne quid in loc. pub.* Addunt his argumenta duo. prius tale est. Mulierem constat hac constitutione præferri anteriorib. creditoribus, saltẽ qui pignus lege constitutum habent. Ergo & iis præferri debet, qui pignus cõuentione aut vigilantia sua sibi acquisiuerũt. Apparet ex superiorib. male ista comparari. Nã legitimum pignus contraria lege adimi põt sine iniuria; quoniã eius est beneficium adimere, cuius est dare; quod & in priuatorum beneficiis receptum est. *l. 2. ff. de prec.* At pignus vigilantia creditoris partũ, ipsi creditori sine summa iniuria adimi non põt, vt supra probatum est. Alterum argumentũ habet firmamentum illorum sententiæ. est aũt tale. Mulier præfertur ei creditori, qui pecuniam credidit ad rem emendã ea lege, vt illi ea res pignoris obligata esset. §. *his consequens. Nouel. de æqual. dot.* At qui pecuniã credidit ad rem emendam, præfertur anteriori creditori, & cui ea res pacto pignori obligata est. *l. interdum. & seqq ff. eo.* Ergo huic ipsi quoq; creditori expressam hypothecã habenti multo magis mulier præferetur. Sed & hoc male colligitur; quoniam non est eadẽ caussa in duobus illis creditoribus, propter quam mulier postulat se his præferri. Imo vero quã ob caussam mulier præfertur ei, qui pecuniam credidit ad rẽ emẽdam, hanc ipsam ob caussam alii creditori priori præferri nõ debet. Nam ei qui pecuniam credidit ad rem emendam præfertur, si ipsa tempore prior sit, is autem qui credidit, posterior, vt est expressum *in d. §. his consequẽs.* Ergo hac ipsa ratione alii creditori non præferetur, si mulier erit posterior; quoniam ea caussa cessat, propter quam alteri præferebatur. Hic occurritur hac ratione, si vinco vincentem te, multo magis te vincere debeo. *l. de accessionibus. in fin. 1. resp. ff. de diuers. temp. præscript.* Sed hoc dictum tunc locum habet, cum in extraneo & in te eadem caussa est, cur vos vincere debeam. Quod si caussa vincendi in vna alia est, & alia in altero, non si alium vinco, qui te vincit, ideo te vincere debeo. Sumta est hæc regula ex comparatione maiorum. cui argumento locus non est in disparibus caussis. Res per se paulo obscurior exemplo plana fiet. Propone hoc modo. Tres sunt creditores, quibus eadem res obligata est diuersis temporibus, primus, secundus & tertius. Ego primus si vinco secundum, vti vinco, multo magis vincere debeo tertium, qui vincitur a secundo; scilicet quia qua ratione vinco secundum, eadem ratione & maiore vinco tertiũ. Vinco enim secundum, quia sum prior tempore. Ergo multo magis vincam tertiũ, quia si secundo prior sum, multo magis prior sum tertio. At e conuerso argumentum non valebit hoc modo. Ego primus egi aduersus tertium, qui hypothecam possidebat, & ab eo victus sum, quia me remouit exceptione pacti cõuenti, vel iurisiurandi. Quamuis is tertius me primũ vicerit, & ego primus vincam secundum; tamẽ si tertius cum secundo agat, secundum nõ vincet; quia videlicet vincendi secundi dissimilis caussa est. Nam tertius me vicit, non quia me prior esset tempore, sed quia actum erat inter nos, ne hypothecã ab eo peterẽ. Hæc ratio aduersus secundum cessat, & si tertius secũdum

dum volet vincere, non poterit alia ratione, quam si sit prior. Atqui secundus prior est. Ergo & in hac specie secundus vincet tertium, quamuis tertius primum vicerit, & primus potior sit secundo. nempe ideo, vt iam dixi, quia vincendi secundi dispar caussa est, non autẽ illa, ob quam primum vicit. Confirmatur hæc sententia in hoc ipso exemplo *in l. Claudius. ff. eo tit.* Quare cum nihil relinquatur ad defensionem contrariæ sententiæ, & ea sententia quam statuimus, aperte defendatur & verbis huius legis, & sententia, & manifesta æquitate, & præterea communi sententia recepta sit; non est, quod dubitemus eam retinere, quantumuis quibusdam in præfecturis quamuis summis aliter iudicetur. Meminisse enim debebimus legibus iudicãdum esse, non exemplis aut præiudiciis. *leg. nemo. §. de sent. & interloc. om. iud.*

## AD TIT. XIX. DE HIS, QVI IN priorum creditorum locum succedunt.

SVMMARIA.

1 *Eum qui primo creditori soluit, succedere in pignus duobus casibus.*

EX iis quę de iure primi & secundi creditoris in hypotheca proxime diximus, duæ dubitationes natę sunt, quæ explicantur his duobus titulis, qui sequuntur. Primum dictum est, secundum creditorem nihil habere iuris in pignore aduersus primum, nisi primo pecuniam offerat. quod si rite offerat, tunc secundum creditorem sibi confirmare pignus. *l. 1. §. prox. tit.* hoc amplius & in ius primi creditoris succedere. *l. secũdus. §. de pig.* quod & confirmatur *in l. vlt. hic.* Hinc quęsitũ, si alius, qui hypothecã nõ habet, aut habet, sed posterior secundo, pecuniam soluat primo creditori, vt is dimittatur, an & hic qui soluit, succedat in locum pri-
2 mi creditoris. de quo hoc titulo constituitur. Placet † autem eum qui primo creditori soluit, quantũuis pri⁹ nihil iuris habuerit in pignore, tamen succedere in pignus & locum primi creditoris duobus casibus. Vnus est, si creditori ipsi soluerit eo pacto, vt in eius locum succederet. *l. 1. hic.* Alter est, si pignus emerit a debitore ea lege, vt pretiũ ad creditorẽ perueniret, & peruenit. *l. pen. hic.* Perinde est enim, quasi qui pecuniã dedit, ipsi creditori numerasset. Cum his modis succedat in locum primi creditoris ille, cuius pecunia primus dimissus est; consequens est, quod exprimitur *in l. 3. hoc tit.* eum, qui in pignus successit, creditoribus omnib⁹ aliis in eo pignore esse potiorẽ, quemadmodũ primus creditor esset potior, si pignus retinuisset. Quod si is, cuius pecunia creditor primus dimissus est, de pignore seu de successione eius pignoris nihil cõuenit, placet eum in ius pignoris non succedere. *l. 1. hic. l. Aristo. ff. quæ res pig. obl. poss.* Sumtum ex eo, quod de contrahendo pignore superioribus titulis posuimus, *vt in l. quamuis. 17. §. de pig. & l. licet. §. prox. tit.* nempe pignus inter viuos nisi conuentione non constitui, vbi pignus a magistratu non detur.

## AD TIT. XX. SI ANTIQVIOR creditor pignus vendiderit.

SVMMARIA.

1 *Primus creditor si pignus vendit, sic transfert, vt emtori auocari non possit. Idem si emat a debitore dominium non ita acquirit, quin possit ei auocari a secundo creditore, cui res obligata erat, si is pecuniam offerat; & cur.*

QVod traditur *in l. 2. sup. qui pot. in pig. hab.* primum creditorem qui prius hypothecam accepit, secũdo esse potiorem; diximus eum effectum habere, vt primus iure suo hypothecam distrahat, quantumuis obnuntiante secundo creditore. Id ipsum confirmatur *in l. vlt. hic.*

Inde † quoque consequens esse diximus, vt si primus hypothecam distraxerit, eam ab emtore auocare non possit neque secundus creditor, neque debitor, quantumuis pretium emtori offerant. *l. 2. ff. qui pot. in pig.* Et hoc idem apertius confirmatur *in l. 2 hic.* Vtrũque ideo, quia ea vis esset venditi pignoris, si primus creditor in pignore solus esset, & id distraxisset. *l. non est nouum D. de acq. rer. do. Inst. quib. alie. lic. vel non in principio.* Ex hoc posteriore nata est hæc dubitatio, an idem dicendum sit, si primus creditor pignus nõ vendiderit alii, sed ipse sibi a debitore emerit, aut in solutũ acceperit. De quo constituitur *in leg. 1. hic.* ad hanc sententiam, vt in proposito salua sit actio hypothecaria secundo creditori, qua pignus auocare possit a primo, dummodo illi debitum offerat. Id prima fronte videri potest inique constitutum. Nã si primus creditor dominium pignoris in alium transferre potuit, cur sibi acquirere non potuit? Et in promtu ratio est, cur non possit. Ipse dum vendit, ideo transfert, quia ius transferendi habuit. *d. l. non est nouum ff. de acq. rer. do.* Idem emendo, acquirendoue, rem accipit a debitore, qui rei alienandæ ius non habuit, nisi hactenus, vt alienaret rem cum sua caussa. *l. traditio. ff. de acq. rer. do. leg. alienatio. Digestis. de cont. emt.* Porro debitor eam rem secundo creditori obligauerat. Eo fit, vt re ab eo alienata, etiam hæc caussa pignoris secundi maneat. Quod si manet, iure secundus creditor primo pecuniam offert pignoris sui confirmandi gratia. *leg. 1. §. qui pot. in pig. l. vltim. §. prox. tit.* Sed nonne iniquum est, plus iuris in hac re tribui secũdo creditori, quã primo, qui sibi cauit pign⁹ in solutũ accipiendo? Esset iniquissimum, si modo plus iuris secundo tribueretur. Nunc autem ita dicimus, secundum creditorem posse pignus auocare a primo, si pecuniam illi offerat. In quo semper præcedit caussa primi creditoris. Nam & pignore primi creditoris manente, tamen secundus creditor illi pecuniam offerendo pignus sibi confirmaret, vt supra diximus. Sed rursum alia parte hic occurritur. Quidni enim dicamus secundum creditorem rem a primo auocare posse, quamuis illi pecuniam non offerat? Non enim debet ei offerre, quod ei iam non debetur. Atqui nihil ei debetur, si ei solutum sit. Solutum est autem, cum aliud pro alio illi solutum est volenti. *l. si quis aliam. Dig. de solut.* Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest euinci. *d. & leg. si quis aliam.* Apparet autem in proposito, pignus primo creditori venditum, ei euinci posse a secundo creditore. Nihil igitur in toto hoc iure l. 1. non recte constitutum.

## AD TIT. XXI. SI COMMVNIS res pignori data sit.

SVMMARIA.

1 *Fiscum rem communem totam alienare, & pignori obligare posse.*

HIc locus appendix est eius definitionis, qua cõstituitur, neminem rem alienam pignori obligare posse. *l. cum res. l. quæ prædium. §. si alie. res. pignor. dat. sit.* Quod de re tota dicitur, id & ad partem rei pertinet. *leg. quæ de tota. D. de rei vind.* Proinde in re communi

vnus ex dominis partem socii pignori obligare non
1 potest, suam potest, *vt hic traditur.*

Recte † Accursius excipit fiscum, cuius inter cetera hoc ius est, vt cuius rei partem is alienare potest iure suo, idem eam rem totam alienare possit, quo facilius res emtorem inueniat pro vtilitate publica. *l. 2. ↄ. de comm. rei alien.*

## AD TIT. XXII. DE PRÆTORIO pignore, & vt in actionibus etiam debitorum missio prætorii pignoris procedat.

1 *Prætorium pignus quid.*
2 *Prætorium pignus sine controuersia ex iis caussis, ex quibus quis in possessionem missus est.*
3 *Prætorium item pignus ex caussa iudicati, cum iussu magistratus ex ea caussa pignora capta sunt: eiusque rei argumenta.*
4 *In pignore ex caussa iudicati quam ex re sit prætorii appellationem retineri.*
5 *Refutatur argumenta, quibus quidam probare conantur pignus ex caussa iudicati captum non esse prætorium.*
6 *Pignora in caussa iudicati a magistratu capi ordine & iure communi: distrahi per apparitores extra ordinem: & hoc quid sit.*
7 *Prætorii pignoris appellatione contineri id quoque, quod a magistratu municipali captum sit in caussa iudicati.*
9 *Prætorium pignus non prius constitui iubente magistratu rem capi, quam & creditor ceperit.*
9 *Prætorium pignus ex caussa missionis, & indicati constitui posse etiam in mobilibus rebus, itemque in incorporalibus: & quæ in his dubitationis caussa.*
10 *Pignoris prætorii possessione amissa, nihilominus pignus durare, & vindicationem pignoris creditori: & quæ hic dubitatio.*

Diximus initio pignus, quod hominum opera cōstituatur, partim a domino constitui, partim a prætore seu magistratu. De priore genere hucusque.
1 De altero hic agitur, & titulo sequenti. Hoc enim est, quod prætorium hic appellatur. Prætorium † pignus sic definitur *in leg. 2. hoc titul.* quod a iudicibus datur. Recte, dum a iudicibus intelligamus, a magistratibus. Nam temporibus Iustiniani, & multo ante obtinuerat, vt magistratus appellarētur iudices. *tit. de iurisdict. omn. iudic. sup. tit. de rebus auct. ind. poss. Digest.* Et certe sic res habet, vt prætorium omne pignus constituatur iussu & auctoritate magistratus. *l. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui sub titul. vel cur. sunt.* Prætorii pignoris duæ sunt species. Vna est ex caussa missionis in possessionē; altera ex caussa iudicati.
2 Prior † species ex hac caussa nascitur. Sunt .n. quædam caussæ, ex quibus creditores a magistratu impetrant, vt mittantur in possessionem bonorum, vel rei alicuius debitoris: de quibus *in l. 1. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Hoc impetrato si creditor possessionem rerum occupat, pignus illi hoc modo constituitur, quod prætorium sine controuersia appellatur. *l. qui legati. ↄ. vt in poss. leg. l. missio. Dig. pro emt.* Altera species pignoris nascitur ex hac caussa. Cum quis condemnatus est, neque pecuniam soluit, impetrat creditor a magistratu, qui iudicauit, aut iudicem dedit, vt res debitoris pignori capiantur, & distrahantur, vnde iudicatis satis fiat. *leg. a Diuo. §. in venditione. Digest. de re iud. l. 1 sup. de ex. rei iud.* Hic pignus constitui non dubitatur. *l. 1. & toto tit. inf. si in cau. iud.* Sed † an sit, & dici debeat prætorium, quæritur. Nos prætoriū pignus esse dicimus, neque id dubiis argumentis sumtis cum ex definitione prætorii pignoris, itemque diuisione pignorum, quæ exstat in l. 2. hoc tit. tum ex verbi prętorii significatione, & notatione nota. In l. 2. definitur pignus prætorium, quod a iudicibus, id est, magistratibus datur. Id quod capitur ex caussa iudicati, constituitur a magistratibus. *l. 1. infr. si in ca. iud. l. a Diuo. in princ. Dig. de re iud.* Est igitur prætorium. Nec ad rem pertinet, si quis dicat Iustinianum hac definitione vti de eo tantum pignore, quod est ex caussa missionis in possessionem. Nam præterquam quod id verbis repugnat, etiam licet hoc modo argumentari. Cui conuenit definitio, ei conuenit & definitum. At pignori quod ex caussa iudicati capitur, eadem definitio conuenit. Conueniet igitur & definitum. Diuisio pignoris in eadem l. 2. est hæc, vt dicantur duo esse genera pignorum, conuentionale, & prætorium. Licet igitur colligere hoc modo. Si quod capitur ex caussa iudicati pignus est, aut erit conuentionale, aut prætorium. Non enim plura genera hic numerantur. Non est conuentionale, vt constat. Restat ergo, vt sit prætorium. Dixerit aliquis, tria esse genera pignorum distincta, conuentionale, prætorium, & iudiciale, id scilicet, quod in caussam iudicati capitur: verū visum esse Iustiniano in d. l. 2. agere tantum de duobus, non autem de eo, quod capitur in caussam iudicati. Sed sententia Iustiniani, & conditio rerū refragatur. Nam pignus ex caussa iudicati non minus occupari & possideri debet: quam id quod ex caussa missionis constituitur: vt proinde non minus, quam de aliis etiā de eo quærēdum fuerit, an amissa eius possessione actio hypothecaria de eo danda sit creditori. Et de eo Iustinianus constituit. Significatio autem & origo verbi intelligitur ex definitione prætoriæ stipulationis. Ea definitur esse, quæ ex mero prætoris officio ꝓficiscitur. *l. 5. D. de verb. obl.* Prætoris, id est, magistratus, officio, id est, iussu & auctoritate. Si ea stipulatio, quæ iussu magistratus interponitur, recte prætoria appellatur, & ex vsu veterum: cōsentaneum est, & id pignus, quod iussu magistratus constituitur, recte prætorium appellari. vt scilicet, quibus eandem definitionē nominis tribuimus, iisdem & idem definitum nomen tribuatur. Non † laboraremus de verbo, si de verbo 4
tantum esset quæstio. Nam dum res intelligeretur, facile pateremur vnumquemque suis verbis vti. Nūc autem vt pignus ex caussa iudicati captum prætorium appelletur, agitur in eo & de sententia legum, & de re ipsa. Quam ob caussam hoc verbum vrgemus. Retinenda est autem hæc appellatio quatuor de causis. Primum vt retineamus definitionem Iustiniani, quæ est *in d. l. 2. inf.* consentientem cum vsu & consuetudine loquendi veterum. Quam definitionē euerti necesse est, si aliquod pignus a iudicibus datur, & tamen non est prætorium. Deinde vt retineatur etiā eiusdē loci diuisio in pignoribus constitutis. quam & ipsam vitiosam esse oportet, si erit aliquod pignus, quod neque conuentionale sit, neq; prætoriū. Tum vero, vt verbo prætorii pignoris admoniti intelligamus in re esse, quod verbū significat: nēpe pignus ex caussa iudicati capi non cuiusuis iudicis auctoritate; sed solum iussu prætoris, id est, magistratus, cuius sit de ea re, de qua iudicium factum est, iurisdictio. *l. 1. ↄ. si in cau. iud.*

Postremo

Postremo vt intelligamus, quæ sub hoc titulo constituta sunt de prætorio pignore, item alibi, pertinere etiam ad id pignus, quod ex caussa iudicati captũ fit.

5 Nonnulli † tamen aliter docent: negantq; pignus, quod in caussam iudicati capitur, dici prætorium, atque ita disputant. Aiunt pignus prætorium esse, quod ex caussa missionis constituitur, & probant ex *l. missio. D. pro emt. l. qui legati. §. vbi in possess. legat.* quib. in locis dicitur pignus ex caussa missionis constitutum prætorium esse. Si hoc intelligunt, pignus, quod cõstituitur ex caussa missionis, esse prætorium, non negamus, neque de eo controuersia est. Sed si hoc dicũt esse solum prætorium pignus, id male ex suprascriptis locis colligunt. Non enim si hoc pignus est prætoriũ, idcirco solum prætorium est. Nam & homo animal est: neque ideo recte colligitur, eum solũ esse animal: cum & brutum quoque sit animal. Deinde sic argumentantur. Pignus prætorium dicitur ex eo, quod iure prætorio siue edicto cõstituitur. Pignus autẽ, quod in caussa iudicati capitur, non constituitur, neq; permittitur edicto, sed constituitur extra ordinẽ, vt probant ex *l. si pignora. D. de euict.* Ergo hoc pignus non est prætorium. In hac argumentatione nescio quid potissimum improbem, vtrumque propositionem, an assumtionem, an magis assumtionis probationem. Primum nullo modo concedendum est, pignus prætorium dici ex eo, quod iure prætorio conceditur. Idque euidenter probatur exemplo conuentionalis pignoris. Nam alioqui ista ratione dicere liceret conuentionale pignus esse prætorium. Cõstituitur enim iure prætorio: certe de eo solum iure prætorio constituitur actio. *l. si tibi decem. §. de pignor. D. de pact.* Atqui id pignus omnium confessione non est prætoriũ. Non ergo profecto prætorium pignus dicitur ex eo, quia constituatur solum iure prætorio. Dicent pignus conuentionale edicto prætoris constitui, sed non nisi conuentione debitoris præcedente: ex qua conuentione tanquam proxima caussa pignus conuentionale appelletur. Accipio solutionem, & acceptam illis repono. Similiter enim & pignus prætorium, quod cõstituitur edicto, non constituitur, nisi iussu magistratus præcedente, eaq; caussa est proxima huius pignoris, quam deinde edictum confirmat. Ergo vt ex conuentione dicitur pignus conuentionale, quamuis edicto constituatur; sic ex iussu magistratus & prætoris dicetur prætorium pignus, quamuis cõstituatur edicto. Quod si concederemus pignus prætorium ex eo dictum esse, quod iure prætorio & edicto cõstitueretur: tamen hac ipsa ratione efficeretur etiam pignus ex caussa iudicati captum prætorium dici oportere. Nam & hoc non minus permittitur edicto, quam illud, quod constituitur ex caussa missionis in possessionem: quod isti negant in assumtione.

6 Constat † enim de actione iudicati propositum fuisse edictum prætoris, vt condemnatus pecuniam soluere cogeretur, vt indicant fragmenta eius edicti, quæ exstant *in l. 4. §. ait prætor. & l. 5. D. de re iud.* Actio autem iudicati proponitur a prætore rei iudicatæ exsequendæ caussa, id est, vt pignora in eam caussam capere liceat, & distrahere, vt colligitur ex *d. l. 4. §. si ex conuentione. D. de re iud. l. 1. inf. si in cau. iud. l. 1. sup. de exse. rei iud.* Quare & hoc pignus ex edicto capitur, nõ minus quam superius. Neque contrarium probant ex *l. si pignora. Digest. de euict.* vbi scriptum est, pignora extra ordinem distrahi per apparitores. Si extra ordinem, inquiunt, non ex edicto. Sed obseruare debuerunt, illic agi de pignorib. distrahendis, non de pignoribus ex caussa iudicati capiendis & constituendis. Distrahuntur pignora extra ordinem; quia quod fit iudicio & actione proposita, id ordine, id est, vsitate fieri dicitur. Quod autem magistratus sine iudicio exsequitur vi & manu tanquam dominus, id extra ordinem exsequi dicitur, id est, extra cõsuetum magistratus morem, vt colligitur ex *l. 3. D. ne vis fiat ei.* At pignora distrahuntur per apparitores vi & manu. Eo extra ordinem distrahi dicuntur. Ceterum ab initio capiuntur actione iudicati instituta, qua consequitur creditor, vt nisi condemnatus pecuniam soluat, sibi liceat res eius pignori capere. Hoc vero fit ordine, nõ extra ordinem. Postremo sic argumentantur. Pignus ex caussa missionis constitutum est prætoriũ. Differt autẽ multis modis ab eo pignore, quod in caussa iudicati capitur. Ergo hoc posterius non est prætorium. Accipe argumentũ isti simillimum. *Homo est animal, differt autem homo multis modis a bruto, atque adeo toto genere contrarius est.* Ergo *brutum est non animal.* Quod si diceremus, omnes nos irriderent vti Dialecticis ne imbutos quidem. Species eidem generi subiectæ non tantum inter se differunt, sed etiam si veræ sunt, sunt contrariæ: vt in specie recte dicatur, vnam non esse id, quod est altera. Sed quod ad summã generis attinet, vtraque est idem. homo animal est: & item brutum animal est. Sic pignus ex caussa missionis non est id, quod capitur ex caussa iudicati: sed nihilominus vtrumque prætorium est, quia prætoris iussu constituitur.

Summa huc redit, vt intelligamus etiam iussu magistratus pignus constitui, non tantum debitoris voluntate. Hoc pignus constitui ex duobus generibus caussarum: altero, cum quis a magistratu mittitur in possessionem ex iis caussis, ex quib. mitti solet in possessionem: altero ex caussa iudicati. Quod vtrumque quoniam a magistratu solo constituitur, qui per synecdochen prætor appellatur in vsu iuris; ideo prætorium appellamus.

Quid † ergo, si a magistratu municipali pignus captum sit in caussa iudicati? an hoc quoq; prætorium recte dixeris: puto recte dici posse, vt intelligatur id, quale a prætore in simili re capi solet. Nam & alii magistratus, quã prætor mittunt in possessionem bonorum, vt præsides, proconsules, legati proconsulum & nihilominus pignus hic constitutum dicitur prætorium. Constituitur enim pro eo officio, quod esset prætoris in vrbe. 7

Sed † non est satis iussisse magistratum ex his caussis res debitoris capi, nisi ẽt creditor eas res iussu prætoris occuparit. idq; vtriusque generis cõe est. *l. non est mirũ. ff. de pign. act. l. 3. §. 1. ff. de reb. cor. l. 2. l. cum rem publ. §. qui pot. in pig. hab.* Vnde intelligimus prætoriũ pignus a cõuentionali distare duab. rebus: constituẽtis persona, & constituendi modo. Constituentis persona; quia cõuentionale constituitur ab eo tantum, cuius in bonis res est. *l. quæ prædium. §. si alie. res.* Prætoriũ constituitur iussu magistratus, qui dominus non est. Constituendi modo; quia conuentionale sola cõuentione constituitur, quãuis res tradita non sit creditori. *l. 1. in pr. ff. de pig. act.* prætoriũ non aliter, vt dixi, q̃ si creditor possessionẽ rerũ occuparit. Ex quo sunt illæ dubitationes, q̃ hoc titulo decidũtur. Vna † hæc, an iudices possint pignus prætoriũ ex supra scriptis caussis cõstituere nõ tantũ in reb. immobilibus, sed ẽt in reb. mobilib⁹; nec tñ in corporalib⁹, sed ẽt in actio- 8 9

nibus. Dubitatio nascitur ex verbis eorum edictorũ, quibus pollicentur prætores se supra scripta pignora constituturos. Nam ex priore specie pollicentur se in possessionem missuros siue se in possessionem ire iussuros. *l.1.& l.2. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Quæ verba cum significent motũ ad locum, aperte ad res soli pertinent, nõ ad res mobiles. Ex posteriore specie fit potestas rerum pignori capiendarum. *l.1. §. ſi in cau. iud.* Capiuntur autem res, quæ tangi possunt, id est, corporales. Incorporales vt non tanguntur, sic nec capi possunt. Hinc, vt dixi, dubitatio, an istarum quoq; rerũ possessio & pignus possit tribui iussu magistratus. Iustinianus constituit posse *in l.1. hic.* Verba quidem desunt: sed & in rebus mobilibus, & in actionibus eadem ratio est, quæ in corporalibus & immobilibus. proinde recte ius idem constituit. *arg. in l. vlt. ſupra. de conſt. pec.* Altera † quæstio est, an amissa possessione
10 prætorii pignoris, danda sit creditori pignoris persecutio. Nascitur dubitatio ex eo, quod hoc genus pignoris ita constitui diximus, si occupetur a creditore. *leg. non eſt mirum. Digeſtis. de pign. act. l.2. ſupra. qui pot. in pign.* Ex quo sic recte colligi videbatur. Ex his generibus primum tribuitur possessio, deinde per possessionem pignus. Igitur possessione vt re principali amissa, non est pignoris accessioni locus. *l.2. D. de pecul. leg. l. cũ principalis. D. de reg. iur.* Item quib. quidque modis contrahitur, iisdem in contrarium actis dissoluitur. *l. fere. D. de reg. iur.* Prætorium pignus possessione constituitur, vt diximus. Quare & amissa possessione idem dissoluitur. *l. fere. D. de reg. iur.* Aduersus has dubitationes constituitur *in l. vlt. hic.* prætorio pignore semel constituto eandem vindicationem creditori tribui, quæ tribuitur iis, qui pignus ex conuentione habẽt. & recte. Non enim obstat, quod diximus in hoc genere pignorum, pignus ex possessione nasci. Nascitur ex possessione; sed nõ sola. Constituitur etenim & animo creditoris, qui possessionem occupando eo animo est, vt & pignori rem habeat. Proinde pignus hoc modo constitutum non amittetur amissa possessione, nisi & animus descendendi a pignore accesserit. Nec verum est pignus in his caussis constitui per consequentiam ex possessione. Duo enim principaliter ex hoc genere constituuntur, possessio, & pignus. Eo fit, vt vno amisso nihilominus alterum retineatur, iuxta *l. ſi mihi eodem. D. de ſer. ruſt. præd.*

## AD TIT. XXIII. SI IN CAVSsa iudicati pignus captum sit.

SVMMARIA.

1 *Pignus in cauſſa iudicati captum cum ſit prætoriũ, cur diſtinguatur a ſuperiore titulo, qui eſt de prætorio pignore.*

2 *Pignus in cauſſa iudicati captum quid differat ab altero prætorio, item a conuentionali in iure vendendi pignoris.*

3 *Pignora ex cauſſa iudicati cum capta diſtrahuntur per apparitores, cur magiſtratus dicatur rem exſequi extra ordinem.*

4 *Si pignus ex cauſſa iudicati captum non reperiat emtorem.*

1 QVod † distinguitur hic titulus de pignore in caussa iudicati capto a titulo superiore de prtorio pignore, non est argumentum prius illud non esse prætorium. Sic enim distinguitur, vt species a genere. Superiore titulo generaliter de omni prætorio pignore actum est. proinde & de pignore ex caussa iudicati capto: ad quod potissimũ dubitationes & decisiones superioris tituli pertinent. Hoc titulo agitur de specie eius pignoris, cum pignus ex caussa iudicati capitur: ideo separatim, vt exponatur ius, quod est in ea specie singulare, & eius proprium. Neque nouum est propositis generalibus titulis, subiici titulos de specie, aut contra, vt quid sit proprium in ea specie, cognoscatur. Titulo de pactis subiicitur titulus de transactionibus. Titulo de verborum obligationibus subiicitur titulus de stipulatione seruorum, & de duobus reis. Et ne longius abierimus, titulus, *Si aliena res pignori data ſit,* distinguitur a generali subiecto; *Quæ res pign. obligari poſſint.* Et huic generali subiicitur titulus, *Si pignus pignori datũ ſit*; q sequitur. Itẽ titulo. *De pignorib.* subiiciuntur isti *de prætorio pignore*; & *Si in cauſſa iudicati.* Quid autem contineatur in hac specie pignoris, sic optime intelligetur, si cognouerimus, quid habeat hæc species cum priore specie commune; tum quid proprium distinctum a superiore specie itemq; a pignore conuentionali. Huius speciei & superioris cõmunia hæc sunt. In vtraque constituitur pignus iussu magistratus. In vtraque ita constituitur, si creditor pignus occuparit, vt superiore titulo ostendimus. Sed & ex priore specie creditor ipse pignus occupat. occupat item & ipse ex hac posteriore, vt aperte scriptũ est *in l.2. & l. cum rempubl. §. qui pot. in pig. hab.* At † speciei posterioris, de qua hic agitur, hoc est proprium. 2
Nam pignus occupatum ex iis caussis, ex quibus in possessionem mitti solet, non statim distrahi potest, neque semper, vt declarabunt singulæ caussæ, ex quibus fit missio in possessionẽ, quæ suis titulis declarãtur. Notantur tituli in glossa *l.1. D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Pignus vero ex caussa iudicati sic capitur, vt etiam distrahi possit, vt & possunt pignora cõuentione cõstituta. *l.1. hic.* Sed tamen & hæc ipsa distractio differt a iure distrahendi pignoris conuentionalis. Pignus conuentionale vnusquisque creditor sua auctoritate recte vendit. *l. ſi ceſſante. inf. de diſtr. pign.* Non item pignus ex caussa iudicati captũ. Id enim distrahi debet a magistratu per apparitores, vt cautum est *in l.2. hic.* Præterea quia creditor pignus conuentionale vendit, necesse est alium emtorem esse, quam ipsum creditorem. Neque enim idem creditor venditor esse potest & emtor. At quia pignus ex caussa iudicati captum, a magistratu distrahitur per apparitores, eo fit, vt creditor etiam ad licitationem & emtionem eius pignoris admittatur, & rem auferat ex auctione, si vel nullus alius emtor exsistat, vel exsistat, sed creditor pluris licitetur. Hæc in ead. *l.2. hic.* Atque † hinc obiter notandum est, quod dicitur magistratus in hac distractione sententiam suam exsequi extra ordinem, 3
*vt in l. ſi pignora. Digeſt. de euict.* quam recte id dicatur non vna de caussa. Scripsi superiore titulo eo recte dici, quia magistratus rem capiens & distrahens per apparitores sententiã isto modo exsequatur manu & vi. Quod & verũ est. Sed adde ex hoc loco hanc quoque caussam alteram, quod in reliquis pignoribus ordinario & consueto iure tribuitur creditoribus ius pignoris distrahendi, a quo more & ordine cũ discedatur in hac specie pignoris, quod a magistratu distrahitur per apparitores, merito distrahi dicitur extra ordinem. Sed † ex caussa iudicati pignus distrahitur, si reperiatur aliquis emtor. Quid igitur, si fraude 4
debitoris nullus emtor reperiatur? Creditor ius dominii impetrabit a principe, *vt eſt in l. vlt. hic.* de quo dicetur proprio titulo. *inf. de iur. dom. imp.*

AD

## AD TIT. XXIIII. SI PIGNUS PIGnori datum sit.

SUMMARIA.

1. *Pignus pignori datum quid iuris in secundum creditorem transferat.*

Creditor rem sibi pignori obligatam alii creditori suo recte pignori obligat, & quod hic dicitur, pignus pignori dari potest. *l. 1. hic l. grege. §. 1. D. de pig.*
1 Huius † posterioris pignoris quæ vis sit, hoc titulo explicatur. Vis ea est, vt quantum primus creditor iuris habuit in pignore, tantũ iuris in secundum transferatur, nihil amplius. Primus creditor hypothecariam actionem habuit ad rem vindicãdam. *l. pignoris. ff. de pig.* Habebit igitur & secundus. *l. 1. in pr. hic.* Primus creditor iure suo potuit, rem distrahere, ac re distracta emtio retractari non posset neque a debitore, neque ab vllo alio creditore. *l. pen. & l. vlt. ff. si antiq. cred.* Idem iuris erit, & si secundus vendiderit, quãuis debitor cum eo nihil contraxerit. *l. 1. in fi. hic.* Sed tantum vindicare potest, & distrahere secundus creditor, quãtum primus potuit; nihil amplius, vt declaratur exemplo *in l. 1. hic.* Nam si primo creditori possessio pignori data sit, id est, fundus, & is eam pignori dederit; recte eam distrahit creditor. Sin vsusfructus tantum primo creditori pignori datus sit, & is integram possessionem secundo creditori pignori dederit, frustra secundus creditor possessionem alienabit, quia nec posset alienare primus creditor. Plus autem iuris ille transferre non potuit, quam habuit. Tamdiu quoque pignus secundi creditoris manet, quamdiu & manet ius primi creditoris. Ea res facit, vt si debitor pecuniã primo creditori soluerit, eadẽ opera & pignus a primo creditore liberetur, & liberetur a secundo. A primo; quia illi solutum est, & pignus solutione tollitur. *l. itẽ. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* A secũdo; quia ille nihil amplius iuris habuit, quam quantum fuit penes primum creditorem. Hæc sententia est *l. vlt. hoc tit.*

## AD TIT. XXV. DE PARTU PIgnoris & omni caussa.

SUMMARIA.

1 *Re aliqua pignori obligata, etiam fructus, & quæcunque inde edita sunt, pignori esse: & cur.*

1 Re certa † qualibet quãuis specialiter pignori data, etiam quæ ex ea re nascuntur, pignori esse intelliguntur, quãuis de his nihil nominatim conuenerit, veluti ancillæ partus. *l. 1. hic. l. Paulus. §. 1. l. fideiussor. §. vlt. ff. de pign.* In eadem caussa sunt fructus fundi, pecorum fœtus *l. si conuenerit. §. si fundus. ff. de pig. act. leg. grege. in pr. D. de pig.* Non obstat, quod dicitur, nullam rem pignori esse, nisi quæ generaliter aut specialiter pignori obligata sit. *l. quamuis. 17. ff. de pig.* Nam & re aliqua principali obligata intelliguntur vna obligatæ singulæ eius partes. Fructus autem omnes, & quęcunque ex re postea nata sunt, aliquando rei pignoratæ partes fuerunt: nempe tunc, cum rei, vnde nata sunt, cohærebant. *l. fructus. D. de rei vind.* Lex vltima hoc titulo explicanda est *ex l. 1. & l. 2. ff. de pig. act. & l. creditor. ff. de pig.*

## AD TIT. XXVI. DE REMISsione pignoris.

SUMMARIA.

1 *Remissione pignus tolli; & remittere quid.*

2 *Quocunque modo declaretur consensus de remittendo pignore, ad liberandum pignus nihil referre; & quibus modis declaretur.*

3 *L. debitum. C. de rem. pig. exposita.*

4 *Consentientem alienationi pignoris pignus remisisse videri; cur, & quid hic consensus desideret.*

5 *Consensum in alienationem apertum requiri.*

6 *Caussæ tres, in quibus hypotheca sciente creditore alienata pignus remissum videtur.*

7 *Rem pignori obligatam, remisso semel eius rei pignore, non recidere in obligationem pignoris, quamuis rursum acquisita sit debitori, & eius bona omnia ante remissionem fuerint pignori obligata. L. vlt. C. de remiss. pig. explicata.*

Pignus citra consensum & remissionem creditoris non tollitur, quantumuis debitor rem obligatam alienarit, aut postea cum alio quouis creditore contraxerit. *l. pen. & l. 3. hoc tit.* Creditore † autem pignus remittẽte, statim eius cõsensu pignus soluitur. *l. 3. & l. 4. hoc tit.* Remittere pignus est voluntate sua a pignore discedere, seu consentire, ne res amplius pignori hypothecæue sit, vt significatur *in dict. l. 4.* Vtrum hoc consensu ac remissione pignus tollatur ipso iure, an per exceptionem diximus *ad l. maior. ff. de pig.* Quocunq; † modo hic consensus declaretur, pignus liberatur. Semper enim idem consensus est. Declaratur hic cõsensus ac remissio tribus modis. Primum aperta conuentione de remittendo pignore; cum scilicet paciscitur creditor, ne res pignori sit, ne de pignore amplius agat. *l. soluitur. in pr. l. sicut. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypo. sol.* quæ pars dubitationem non habet. Secundo modo declaratur hic consensus conuentione de principali debito interposita, seu principalis debiti remissione: cũ creditor aut paciscitur, ne pecuniam petat, aut alio modo declarat voluntatem suam de debito remittendo, quocunque modo id faciat, *d. l. soluitur. in pr.* Huc pertinet *l. creditricem. hoc titul.* in qua pro certo ponitur creditorem videri ius pignoris remisisse, si cautionẽ debiti debitori reddiderit. Hoc ideo, quia creditor cautionem reddendo debitori suo, cõuenire intelligitur, ne ab eo petat. *l. 3. D. de pact.* Adeo autem verum est, remissione debiti principalis per consequentiam a pignore discedi, vt quamuis debitũ inutiliter remittatur; tamen pignus tollatur ea remissione: si modo is qui debitũ remittebat, pignus quoq; remittere potuit, & voluit. Vt, si proponas vxorem debuisse marito suo decem, & marito quædã suas res pignori dedisse; si maritus hoc debitum vxori remittat, inutiliter remittit, quia ius prohibet donationem inter virum & vxorem. Sed nihilominus pignus liberatum erit, quoniam in pignore nulla donatio est. hoc Papinianus in hac specie *in leg. 1. §. 1. Digest. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Videtur † tamen obstare huic sententiæ. *l. debitũ. 7. hoc tit.* vbi debito per pacti conuẽtionem inutiliter factam remisso, placet non tantum principalem obligationem manere, sed etiam pignora. Dicendum est, conuentionem inutiliter factam in eo rescripto accipi debere, quæ vere & in totum inutiliter facta sit, tam de principali debito, quam de pignoribus. Quod tunc accidit, cum is creditor debitũ remisit, qui nec debitũ remittere potuit, nec pignus, aut neutrum voluit. Non potest remittere pupillus, minor viginti quinque annis, furiosus, prodigus. Nõ vult autem remittere vtrumq;, qui paciscitur aut deceptus dolo, aut coact⁹ metu. Et ideo bene Accursius

id rescriptum ad has species retulit, non repugnantibus, sed maxime consentientibus verbis. Non est in hac caussa maritus, qui vt remittere vxori debitū voluit, & per debitum pignus; ita & potuit remittere, si non debitum, at certe pignus.

4 Tertio † modo declaratur consensus creditoris de pignore remittendo, si venditioni, alienationi, oppignorationi hypothecæ cōsentiat. *l.2.hic.l.si consensit.l.sicut.§ si voluntate.Digestis. quib.mod.pig.vel hyp.* Hæc conuentio & remissio etiam in hac specie & in superiore proxima colligitur non ex verbis, sed ex consequentia præcedentis consensus necessaria. Non enim potest debitum remitti, quin tollatur accessio pignoris. *leg.in omnibus speciebus. Digestis, de solution.* Non potest etiam creditor vtiliter consentire alienationi pignoris, nisi pignus remittatur. Nam manente eadē caussa pignoris licuit creditori etiam inuito debitore rem alienare. *l.debitorem.5.de pign.* Hinc ita voluntas colligitur. Voluit creditor, quod antecedit; voluit igitur, & quod necessario cōsequitur. Illud in hac specie tenendum est, venditionem & alienationem eam nos hic accipere debere, nō de qua solum consenserit creditor, vt sequeretur; sed quæ etiam re vera secuta sit, & cum effectu ita, vt nec solueretur: & præterea secuta eo modo, in quem creditor consensit. Nam alioqui aut non est alienatio, quam hic quærimus, aut non interuenit creditoris cōsensus. Quibus rebus pariter efficitur, ne videatur creditor pignus consensu remisisse, *leg.sicut.§.superuacuum.leg.4.leg.voluntate.Digest.quib.mod.pig.vel hyp.sol.* quem locum pluribus exposui in methodo huius argumenti sub tit. *quib. mo.pig. vel hy.sol.*

5 Ex † hoc postremo modo remittendi pignoris quęstio nata est, si debitor pignus alienet sciēte creditore, neque aperte consentiente alienationi, neque rursum aperte dissentiente, an videatur silentio suo alienationi consensisse, atque ita pignus remissum esse. Et placuit non videri, sed vt pignus remittetur, oportere creditorem aperte consensisse alienationi. *l.sicut §.non videtur.Digestis.quibus modis pign.vel hyp.soluit.* Et ita quod *in leg.2.hic* dicitur, pignus remoueri, si sciente & consentiente creditore pignus alienatū sit, hoc verbum consentiente per emphasin dictū accipere debemus, vt sit aperte & nominatim cōsentiente; quandoquidem scientia creditoris sola nō sufficit.

6 Sed † hoc loco tres species rerum excipiuntur, in quibus re alienata sciente creditore silentium creditoris solum pro consensu habetur, & pignus remittitur. Primum serui sciente creditore manumissi: de quo scriptum est *in l.1.hic.* Hoc propter fauorē libertatis. Deinde res omnes venditæ sciente creditore, de quibus creditor publico programmate admonitus est eas vendi, neque ius suum executus est: de quo *in l.si eo tempore.j.hoc tit.* Publicum programma sunt literę publicę & palam proscriptæ & propositæ, quibus continetur res illius debitoris vendi, & admonentur creditores, vt si qui putent eas res sibi obligatas esse, adsint. quod intelligitur *ex l.sed si pupillus.§.1.Dig.de inst.act.* In hac specie placet creditores præsentes programmate admonitos videri pignori renuntiasse, ne eorum fraudulenta dissimulatio emtoribus noceat; qui si sciuissent rem aliis pignori obligatam esse, non emissent. Postremo excipiuntur res, quę a fisco venditę sunt sub hasta scientibus creditoribus, *vt est in leg.si hypothecas. hoc tit.* Quibus verbis intelliguntur creditores, qui sciuerunt res a fisco vendi. Et hoc propter fauorem fisci, vt eadem lege declaratur.

Remissionis † pignoris hæc vis est, vt pignore semel remisso voluntate creditoris, eadem res non recidat postea in pignoris obligationē sine noua pignoris cōuētione; quamuis creditor eius rei dominium denuo postea acquisierit, & quamuis res suas omnes obligauerit creditori, & quas habet, & quas postea acquisiturus est. Quod postremum effectum est constitutione Iustiniani *in l.vlt.hic.* Sed videtur prima fronte inique constitutum. Nā quæ res verbis generalis obligationis continentur, eædem etiam obligatione pignoris continentur. Atqui hic res postea a debitore quæsita verbis obligationis generalis continetur. est enim ex his rebus, quas debitor postea habuit. Ergo & ea continetur obligatione generali pignoris. Sed verum nō est, quidquid verbis obligationis generalis cōtinetur, id etiam obligatione pignoris contineri, nisi contineatur sententia quoque contrahentium. Vnde dicimus obligatione generali pignoris non cōtineri eas res, quas verisimile est aliquem specialiter obligaturū non fuisse. *l.obligatione.D.de pign.* Iam vero in ꝓposito ita est res, de qua quęritur, quę denuo acquisita est debitori, vt verbis quidem generalis obligationis contineatur; sed non contineatur ex sententia contrahentium. Est enim excepta postea remissione creditoris, dū is cōsensit, vt liceret debitori eā alienare. Sed & hic rursum nobis occurretur. Hæc res desiit obligata esse, quia alienata est. Quare si redierit postea in bona debitoris, restaurabitur etiam pignus, quia caussa cessante cessare debet effectus. *l.q. dictū.ff.de pac.* Sed nec hoc verum est, hic pignus ideo exstinctū esse, quia res alienata sit. Imo ideo exstinctum est, quia creditor rem pignoris obligatione eximi voluit. Proinde nec redibit in eam obligationē sine contraria debitoris & creditoris voluntate. Bene igitur superius illud a Iustiniano constitutum est. Sed animaduertendum est, hoc dictum esse a Iustiniano de ea re a debitore consensu creditoris alienata, quæ ad debitorem postea reuersa est legitimo modo. Vbi legitimo modo reuersam intelligere debemus, quæ rediit ad debitorem sine vlla fraudis suspicione. Id enim referri debet ad id, quod placuit, vbi debitor rem recipit non sine suspicione fraudis, non videri pignus remissum, quasi nec vere alienatum fuerit. atque id tunc euenire, cum debitor rem alicui vendidit, & eamdem postea ab eo recipit. Sic autem rem carere suspicione, vt res recepta nō redeat in obligationem pignoris, si proponas debitorem successisse ei, cui prius rem vendiderat, aut eam rem ex necessaria alienatione ab eo accepisse, aut eam rem debitori legatam esse. quæ sententia est *l.sicut.§.superuacuum ff.quib.mo.pig.vel hyp.sol.* 7

## AD TIT. XXVII. ETIAM OB Chirographariam pecuniam pignus teneri posse.

*L.Vnica.*

Imp. Gordianus A. Festo.

*Pignus intercidit si nouatione facta, in alium ius obligationis transtulisti nec vt ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautū est. Quod si pactū inter te eūque qui postea dominus fundi constitutus nouam obligationem susceperat, intercessit, vt idē fundus tibi pignoris nomine teneretur, quāuis personali actione expertus feceris cōdemnationē pignoris tamē habes ꝓsecutionē. At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoq; pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eā restituere propter*

*propter exceptionem doli mali nō cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligauerunt, afferentes, audiri nō oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quā mutuam simpliciter acceperunt, quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. PP. Idib. Martiis Gordiano A. & Auiola Conss.* 240.

SVMMARIA.

1 *Chirographaria pecunia, quæ.*
2 *Nouatione voluntaria pignus tolli: si tamen interposita sit hac lege, vt eadem res sint pignori, pignus cū eadem prærogatiua temporis renouatum videri.*
3 *Nouatione necessaria, seu litis contestatione pignus non solui.*
4 *Etiam ob chirographariam pecuniam, quæ peti possit, retineri posse a creditore id pignus, quod ei in aliam caussam obligatum erat: & quo iure.*
5 *L. solutum §. si sortem. ff. de pig. act. explicatur.*

HVIVS rescripti duæ sunt summæ quæstiones, de quibus consultus fuisse videtur Gordianus Imperator. Prior est, *an nouatione qualibet pignus soluatur.* Altera; *an pignore manente possit id pignus retineri a creditore, non tantū in eam summam, in quam nominatim obligatū est a debitore, sed etiam in chirographariam pecuniā ab eodem debitore eidem creditori debitam.* Chi-
1 rographariam pecuniam titulus vocat, quę in rescripto dicitur accepta esse sine pignore, item accepta simpliciter: in illis verbis, At si in possessione. vt intelligamus chirographariam dici, quæ chirographo tā-
2 tum cauta est, non etiam pignore. De † nouatione sic constituitur hoc loco, interesse, vtrum voluntaria sit nouatio, an necessaria. Nouatione voluntaria pignus intercidere: sed ita, si in nouatione facienda non conuenerit: vt eadem res pignori esset creditori in nouam obligationem, diuersum esse, si id conuenerit. De nouatione idem traditur *in leg. solutum. in pr. ff. de pig. act.* Et habet hanc rationem, quia nouatione principalis obligatio tollitur. §. *preterea. Inst. quib. mod. tol. obl.* Dissoluta autem obligatione principali etiam liberantur accessiones, vt pignora. *l. in omnibus speciebus. ff. de solut, l. item. ff. quib. mod. pign. vel hyp sol.* Quod de conuentione superiore diximus, idem traditur *in d. l. solutum. ff. de pig. act.* Et adeo verum est ea conuentione renouata eandem rem pignori teneri creditori, vt etiam ceteris creditoribus in ea re præferatur, vti ex priore obligatione præferretur: quia ex hac conuentione creditor in locum suum succedit, *l. creditor. §. Papinianus. D. qui pot. in pig. hab.* huc pertinet *l. 1. 5. si antiq. cred.* Declaratur hoc ius in hoc rescripto exemplo facti huiusmodi. Primus debitor centum a creditore accepit, & ei fundum Tusculanum pignori obligauit. Cum debitor hunc fundum vendere vellet alii, placuit, vt qui empturus erat, ita emeret, si obligationē venditoris, eiusdemque primi debitoris in se susciperet, & ita eum liberaret. quod & factum est. Itaq; creditor eam pecuniam, quæ a primo debebatur, sibi dari ab emtore stipulatus est nouandi animo: sed hac lege, vt idem fundus etiam nunc sibi in eam obligationem pignori esset. Dicimus, quamuis sine ista conuentione exstinctum esset ius pignoris, tamen ea adiecta in nouatione facienda manere pignoris obligationem, & eandem prærogatiuam in pignore, quæ fu-
3 erat. Hæc † dicta sunt de nouatione voluntaria. At necessaria nouatione interueniente nō minus pignus perseuerat, quam ante. Necessaria nouatio fit, cum creditor personali actione experitur iudicio aduersus debitorem suum de ea pecunia, in quam pignus obligatum erat, & debitor condemnatus est: vbi scilicet prior obligatio, qua tenebatur, transfunditur in nouam obligationem & actionem iudicati, *l. aliam. D. de nouat.* de qua dicetur postea suo loco. Hac condemnatione, &, vt diximus, nouatione non tollitur pignus, *l. solutum. in princ. D. de pig. act.* quoniam litis contestatio meliorem creditoris conditionem facere solet, non deteriorem. *dict. l. aliam. de nouat. l. non solet. l. nemo enim. D. de regul. iur.* Hoc est, quod illis verbis rescripti significatur; quamuis personali actione expertus feceris condemnationem; pignoris tamen habes persecutionem. Quibus similia verba iam supra legimus, & interpretati sumus, *in l. quamuis. 8. de pign.* Atque hæc de nouatione, de qua est prior pars huius rescripti.

Quod † ad posteriorem quæstionem attinet, ita definitur hoc rescripto; pignore manente, creditorem 4
persecutionem pignoris habere duntaxat in eam summam, in quam nominatim id pignus obligatum est, retentionem autē pignoris non tantum in supra scriptam summam, sed etiam in omnem aliam, quæ ab eodem debitore eidem creditori sine pignore debeatur. Hic quæritur, *quo iure creditor rem debitoris retinere possit sibi non obligatam?* Et additum est in rescripto, *creditorem id consequi exceptione doli mali debitori opposita.* Quæretur, in quo sit iste dolus debitoris, ex quo nascatur hæc exceptio. Respondeo, in eo, quod debitor a creditore sibi restitui rem pignori obligatam postulat, & ita sibi a creditore solui, cum ipse nolit creditori soluere, quod ei debet. Ita enim postulat in creditorem ius statui, quo ipse vti non vult, contra æquitatem naturalem, & illam partē edicti, Quod quisque iuris in alium statuerit, vt ipse eodem iure vtatur, *tit. quod quisq. iur. ff.* Sed debitam chirographariam pecuniam hic accipere debemus, quæ vere debita sit, vt & peti possit, qualis est mutua. talis enim exigitur illis verbis; nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Alioqui contra erit. & ideo si debitor, qui in sortem & vsuras minores fundum obligauerat, postea minores vsuras pacto tantum promiserit sine pignore; placuit in maiores istas pignus retineri non posse, *l. per retentionem. 5. de vsur.*

Vtcunque † tamen pecunia chirographaria debita fuerit, obstat huic constitutioni, *l. solutum. §. si in sortem. D. de pig. act.* vbi traditur, si debitor sortem & vsuras debeat, & in vnam summam ex iis pignus duntaxat obligatum sit, ea summa soluta pignus in alteram summam non teneri, sed statim competere debitori pignoratitiam actionem. Respondebimus duobus modis. Primum illum locum sic recte interpretari nos posse, vt pignus obligatum sit in alteram summā duntaxat; nempe hoc expresso, vt in eam summam duntaxat obligetur. Præterea & hoc modo, vt quod dicitur in hoc rescripto pignus in vnam summam obligatum in alteram summam retineri posse, sic accipiendum sit, si altera summa postea credita sit sine pignore. Quod si cum pignus in vnam summam dabatur, vtraque summa iam debebatur, vt accidit, cum & sors & vsuræ debentur: dicendum est, quod scribitur *in d. §. si in sortem.* nimirū pignus in vnam summā obligatum in alteram teneri non posse. optima ratione, quod qui in vnam dedit, is alteram excepisse intelli- 5

gitur, *arg. in l. si rum dotem. in princip. ff. solut. mat. l. maritus. supr. de prec.* Sed hæc retentio pignoris creditori comparata est duntaxat aduersus debitorẽ rem suam repetentem; non item aduersus creditores, quibus postea eadẽ res obligata sit, vt dicitur in extremo huius rescripti. Quo exemplo recte placet in glossa vltima, idem de omnibus extraneis possessoribus dicendum esse, ad quos ea res peruenerit. Et merito. nulla enim talis doli exceptio illis obiici potest, qualem debitori obiici posse diximus.

## AD TIT. XXVIII. DE DISTRACTIONE PIGNORUM.

Quæstionem huius tituli propriam cognosce ex l. 4. & seqq.

*L. Fundum. I.*

Imp. Alexander A. Pacatæ.

*Fundum pignori obligatum si creditor ex fructibus debitum consecutus est, cum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. PP. Idib. Januar. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

QVOD creditor ex fructibus rei pignoratæ percipit, id in sortem imputatur, & eatenus debitum exonerat, & simul compensatione eatenus liberat debitorem, *l. 1. & l. 2. j. de pig. act. l. vlt. s. de par. pig.* Proinde si tantũ ex fructibus creditor consecutus est, quantum illi debebatur, obligatio soluta est, & ea solutione simul pignus liberatum, *l. item. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol. l. in omnibus speciebus. ff. de solut.* Pignore hoc modo liberato efficitur id, quod inde colligitur hoc rescripto, pignus id a creditore postea frustra distrahi. non enim distrahi pignus potest, quod pignus esse desiit.

*L. Creditor. II.*

Idem A. Maximæ.

*Creditor, qui hypothecæ seu pignori rem sibi nexã vendidit, litigiosam rem non videtur vendere: quia precario debitor possidet. PP. 12. Kal. Octob. Maximo 2. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Litigiosa res, non de qua controuersia est inter aliquos, sed de qua lis est iudicio mota.*

IVS est, rem litigiosam vendi non posse, *l. 1. & tot. tit. j. de litig.* Hinc quæsitum, si forte creditor fundum sibi pignori obligatum precario possidendum reddiderit debitori, deinde debitore non reddente, aut etiam de pignore controuersiam faciente creditor eum fundum vendat, an recte vendat iure pignoris; an vero non recte, quasi videatur rem litigiosam vendere. Rescriptum est non videri hic rem litigiosam, tametsi debitor eam rem precario possideat. Adde amplius non videri litigiosam etsi debitor neget rem pignori esse, aut interdicat creditori, ne vendat, vel emtori, ne emat, *l. 1. infra de litig.* & recte. Non †enim est res litigiosa, nisi ea de qua lis mota est iudicio, *dict. l. 2. & auth. seq. j. de litig.* quod in proposito non accidit.

*L. Hypothecis. III.*

Idem A. Luciano.

*Hypothecis vel pignoribus a creditoribus vanundatis, in id, quod deest, aduersus reum vel fideiussorem eius actio competit. PP. 3. Non. Nouemb. Maximo 2. & Æliano Coss. 224.*

IN *l. creditor qui nõ. ff. si cert. pet.* ita definitur, creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Adde ex hoc rescripto, non amittere eum hanc exactionem, etsi pignora distraxerit, ex quorum pretio debitum consecutus non sit. Recte. nam si pignoribus non distractis hanc exactionem habuit: necesse est, habeat & pignoribus distractis, quam ea distractione non amisit. Non debet autem videri ista distractione quidquam amisisse: cum pignorum distractio pro creditore sit, non contra creditorem: absurdum sit autem, quod in hoc cõparatum sit, vt alicui prosit, id illi nocere. Sed hæc erat caussa dubitationis, quasi creditor pignorum persecutionem & distractionem eligendo videretur alii iuri suo renuntiasse. Quod non ita est. nullum enim in hoc facto renuntiationis creditoris argumentum est. De qua re vide plura *ad l. quamuis. 8. s. de pign.*

*L. Creditor. IV. Et quinque seqq.*

Idem A. Crescenti.

*Creditor hypothecas siue pignus cum proscribit, notum debitori facere, & sibi bona fide rem gerere, & quando licet, testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villæ venditæ commissum probare potes: vt inferatur actio, quæ eo nomine competit: adi eum, cuius de ea re notio est. PP. Calend. Jun. Fusco & Dextro Coss. 226.*

SVMMARIA.

1 *Pignus distrahere licere inuito debitore, & citra conuentionem.*
2 *Licere distrahere, etsi conuenerit, ne distrahere liceret; quando & quatenus: & cur nihil hic obstet conuentio.*
3 *Pignus statim vendi posse cessante debitore.*
4 *Oblationem pecuniæ solam non impedire distractionem pignoris in pecuniis priuatis: in vectigalibus contra.*
5 *L. vlt. C. de iur. do. imp. non impedire, quominus pecunia non soluta pignus statim distrahatur.*
6 *Nec parte debiti soluta ideo impediri totius pignoris distractionem.*
7 *Bona fide & solemniter pignus vendi debere, & hoc quid sit.*
8 *Pignore a creditore nec bona fide nec solemniter distracto venditionem nihilominus valere, dum emtor fraudis particeps non sit: sed actionem esse aduersus creditorem in id, quod debitoris interest.*
9 *Vendito pignore dominium in emtorem transferri, & quo iure.*
10 *Vendito pignore venditionem reuocari non posse: extra quam si venditum sit a creditore, vt debitori oblato pretio recipere liceret rem suam: & qua hinc debitori actiones ad rem recuperandam.*

HORVM sex rescriptorum summa ad vnam sententiam refertur. Explicant enim, quodnam sit ius creditoris in pignore distrahendo. Itaque de his quantum huic loco conueniat, coniunctim dicemus. De iure creditoris in distrahendo pignore quatuor hæc quærenda sunt. Primum *an possit creditor suo iure pignus distrahere etiam inuito debitore.* Secundo loco, *si potest, quando possit, vtrum statim, & cum videtur, an illi aliquod tempus exspectandum sit.* Tertio, *quid in pignore distrahẽdo obseruare debeat.* Postremo *quæ sit vis huius venditionis.*

De

1 De † primo sic statuemus, creditori pignus distrahere licere. *l. si cessante hic.* Et quidē licere inuito debitore; quæ sententia est tituli proxime sequentis. Plus dicimus, si forte eiusdem debiti nomine plures res creditori pignori obligatæ sint, esse in arbitrio creditoris ex iis rebus, quibus velit distractis ad ius suum peruenire. *l. creditoris. D. eo tit.* vna hac specie excepta, si cui vniuersa bona pignori obligata sint, & quædam ex his specialiter, vbi placet temperari ita iurisdictionem, vt de iis quæ specialiter obligata sunt prius agi debeat, quam ad reliqua veniatur, de quo cautum est *in l. 2. s. de pig.* vbi diximus. Et hoc ius distrahendi pignoris in re certo obligata dubitationem non habet, si ab initio cōuenerit, vt creditori distrahere liceret. Sed quid, si nihil de eo conuenerit? placet eum distrahere posse, siue id conuenerit, siue non conuenerit; dummodo non conuenerit, ne distrahere liceret, *vt est in l. 4. D. de pig. act.* Et hoc est, quod dicitur *in d. l. si cessante. hic.* pignus recte vendi, dummodo venditum sit non reluctante lege contractus. Lex enim hic conuentionem significat in traditione aut alienatione rei nostræ interpositam. *l. legem. s. de pact. l. ea lege. s. de cond. ob cau. dat. & tot. tit. s. si mancip. ita fuc. alien.*

2 Plus † complectitur Vlpianus *in d. l. 4. D. de pig. act.* nempe quamuis conuenerit ab initio, ne distrahere pignus liceret; tamen creditorem pignus distrahere posse, si ter denuntiauerit debitori vt solueret, neque soluerit. Ter denuntiare quomodo accipiendum sit, quæsitum est. Nos ex tribus edictis, quæ proponuntur aduersus debitores absentes ad contumaciam coercendam, *l. contumacia. D. de re iud.* quid hic statuendum sit, intelligimus. Non dubium est enim, quin in proposito tres denuntiationes ab Vlpiano exigantur, vt intelligatur debitor post eas extrema frustratione vti. Ita finis & caussa vtrobique par & edictorum illorum & denuntiationum, de quibus Vlpianus agit. At inter vnumquodque edictum ex illis tribus exigitur, vt non minus interuallum intercedat, quam decem dierū *l. ad peremtorium. & ll. seqq. D. de iud.* Quāobrem & in his tribus de quibus agit, recte idem interuallum exigemus: vt sic ad extremam frustrationē debitoris conficiatur mensis vnus, priusquam creditor pignus contra superiorem conuentionem possit vendere. Sed hic occurretur Vlpiano. Nam ius iubet pacta seruari *l. iuris gentium. §. cum ait. D de pact.* Quomodo igitur licet pignus vendere contra conuentionem? Respondeo, non vendi hic pignus contra conuentionem. Nam cum ab initio conuenit, vt res pignori esset, vi ipsa conuenisse intelligitur, vt distrahere liceret. Ius enim distrahendi pignoris est ita pignoris proprium, vt ab eo non possit separari, adeo, vt cū conuenit, vt rem aliquam liceret distrahere, etiamsi non nominatim conuenerit, vt ea res pignori esset, tamen pignus constitutum intelligatur. *l. 3. §. vlt. D. qui pot. in pig. hab.* nempe vt ex eo, quod propium est solius pignoris in re aliena, ipsum quoque pignus colligatur. Ergo cum ita conuenit a principio, vt rem distrahere liceret, non debemus neque possumus posteriorem conuentionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat, alioqui id ageretur, vt pignus non esset pignus. quod est absurdum. Quare posteriorem conuentionem commode sic interpretamur, vt ne liceat pignus distrahere, antequam constet extremam frustrationem debitoris præcedere.

3 Postquam † creditor pignus distrahere potest, videamus, quando possit: quod secundo loco quærebatur. Et expressum est *in l. si cessante. hic.* pignus recte vendi, si cessante solutione venditum sit. Ex quo intelligimus pignus statim vendi a creditore posse, simulatque pecunia deberi cœperit, neque soluetur. Idque adeo verum esse declaratur aliis rescriptis, vt quamuis creditor non interpellato debitore vt solueret, pignus distraxerit; tamen placeat ratā esse venditionem, si distraxerit, priusquam debitor pecuniam offerret. *l. si prius hic.* † Plus dicimus, etsi debitor pecuniam obtulerit, quam creditor recuset accipere: tamen nihilominus pignus recte vendi, nisi debitor ea adiecerit, quæ solutionis vim habent; puta, nisi pecuniam obsignarit, & obsignatam testato deposuerit, *vt declaratur in d. l. si prius. & l. 2. j. prox. tit. debito. vēd. pig. impe. non posse.* De qua obsignatione diximus *ad l. creditor. s. de pign.* Sed huic iuri locus est in pecuniis & quibuslibet præstationibus priuatis. In publicis pēsitationibus, vt vectigalibus & tributis, quorum nomine prædia obligata sunt, locum non habet. In quibus hoc seruatur humanitatis caussa, ne liceat ob vectigal non solutum pignus vendere, nisi debitore vectigal non offerente, & iussu præsidis, tum iusto pretio solemniter res distrahatur. *l. 2. s. si prop. pub. pens.* Vnde non mirum, si in hoc genere legimus venditionem fundi ob vectigal reip. venditi rescissam, quia dominus professus esset paratum se soluere, & fundus minoris venisset, quam debita summa esset. hoc. *in l. pen. D. de resc. vend.* Quod cum in publicis pensitationibus responsum sit, in quibus singulari iure id obseruatur, satis intelligitur superiori iuri de priuatis pecuniis & hypothecis constituto non esse contrarium, nec debere ad eas hypothecas & pecunias transferri. Sane si creditore priuato accipere pecuniam recusante, aut recusante dicere, quantum debeatur, debitor aduersus eum iudicio pignoraticio agere cœperit, inhibebitur pignoris distractio, *vt est in l. si residuū. hic.* Hoc ideo, quia pignoratitia actio nascitur debitori, cum hæc conditio exstiterit, vt pecuniam solueret. *l. si rem. § omnis. D. de pig. act.* Videtur autem impleta esse conditio, cum per creditorem stat, quominus impleatur *l. in iure. D. de reg. iur. l. iure. D. de cond. & demon.* Et ideo placet sola oblatione pecuniæ in iudicio facta, pigneratitiam actionem nasci, & procedere debitori. *d. l. si rem. §. vlt. D de pig. act.* Quæ omnia, vt dixi, euidenter probant creditori statim pignus vendere licere. 4

Sed † huic sententiæ opponitur *l. vlt. §. 1. j. de iur. dom. imp.* vbi scriptum est creditorem pignus suo iure distrahere posse, si ab eius interpellatione aut iudicis sententia biennium intercesserit. Et vulgo existimatum est eam legem veteri iuri derogare. quod non probo. Etsi enim illic generaliter de omni creditore scribitur; tamen responsum ex præfatione & propoSito Iustiani interpretandum est. At Iustinianus initio constitutionis præfatur se agere de eo creditore, qui ius dominii impetrare velit. Huc recte accommodabitur, quod dicitur *in §. præterea. Inst. de inut. stip.* responsionem quamuis simplicem & generalem, tamē ad interrogatum referri debere, vt non amplius quisquam respondisse intelligatur, quam de quo interrogatus est. vtputa stipulatus sum decem si nauis ex Asia venerit. promissor respondit, dabo, sine vlla conditione. nihilominus eadem conditione respondisse intelligitur, vt semper responsum temperetur interrogatione. Huc etiam pertinet, quod dicitur, ea quæ in præfationibus comprehensa sunt, in subiectis stipu- 5

lationibus intelligi debere. *l. Titia. §. 1. ff. de verb. obl.* Eodem recte accommodabitur & illud, quod in leg. si seruus plurium. §. *vlt. ff. de leg.* 1. scribitur de interpretatione voluntatis testatoris, nempe hanc, si cetera obscura sunt, recte colligi ex præcedentibus & sequẽtibus. At in constitutione Iustiniani legenti apparet & prima & postrema esse de iure dominii impetrando. Quamobrem longius constitutionem porrigere non debemus: præsertim cum pertineat ad ius vetus & illud æquissimum corrigendum. quod nunquam creditur Imperator facere voluisse, nisi nominatim expresserit. *l. si quando.* ͡*s. de inoff. test.* Et certe manifestum est, pignus constitui inutile creditori, si tamdiu exspectare cogitur, vt ad suum perueniat. Tenebimus igitur, quemadmodum creditori ius est pignus distrahere; ita ius esse distrahere, quandocumque pecunia soluta non erit. Sed hoc exigitur, vt pecunia soluta non sit. Quod si soluta erit, aut tantum consecutus erit creditor de fructibus pignoris, quantum illi debetur; pignus distrahi non potest; vt pote liberatum obligatione pignoris, vt scribitur *in l.* 1. ͡s. Hinc † quæsitũ de parte soluta. 6 Quid ergo, si debitor partem debiti soluerit, partem non soluerit; an quemadmodum saltem pro parte obligationis principalis liberatio nata est, sic pro parte pignus liberabitur, & retardabitur ius pignoris distrahendi? Hic placuit, omnem pecuniam solutam esse oportere, vt inhibeatur pignoris distractio. Quod si factum non erit, quantulumcumque deerit vel de sorte, vel de vsuris, nihilominus totũ pignus vendi posse, vt ante poterat. *l. quamdiu. hic l. vlt.* ͡*j. prox. tit.* At enim, dicet aliquis, quæ de tota re constituta sunt, eadem valent etiam de parte. *l. quæ de tota. ff. de rei vind.* Iam tota pecunia soluta totius pignoris liberatio nascitur. Quare & parte pecuniæ soluta pro parte pignoris nascetur liberatio, inhibebiturque eius distractio. Et recte hæc dicuntur in iis, in quibus totum est, & pars. Quod in pignore locum nõ habet. Pignus enim non recipit partis liberationem. non natura sua: nam quæ res pignori dantur, diuidi possunt: sed lege conuentionis. Datur enim pignus, vt liberetur sub conditione, si pecunia soluta erit. nõ intelligitur pecunia soluta esse, nisi quæ tota soluta est. *l. heredes. §. idem iuris. ff. fam. erc.* Proinde nisi tota pecunia soluta, nihil de pignore liberatur. Et hoc est, quod dicitur, omnem pecuniã solui debere, vt nascatur pigneratitia actio. *l. si rem. §. omnis. ff. de pign. act.* Sed hic rursum occurritur. nam principali obligatione sublata non potest pignus manere, cum sit principalis obligationis accessio *l. in omnibus speciebus. ff. de sol.* At parte debiti soluta, nascitur pro ea parte principalis obligationis liberatio. *leg. 9. §. vltimo. ff. de solut.* Ergo & pro ea parte pignus, id est, accessionem liberari necesse est. Et totum hoc verum est, dummodo intelligatur pignus in proposito non simpliciter dici liberari, sed cum adiuncto: liberari videlicet pro ea parte, quæ soluta est: intelligaturque ita pro ea parte pignus liberari, vt iam pro ea parte pignus nec peti possit, nec distrahi. Sed hoc ad rem non pertinet. Non enim quærimus de ea parte debiti, quæ soluta est; sed de ea quæ soluta non est. Pro ea vero parte nos dicimus pignus teneri, & in solidum teneri, quantum ab initio datum est: quia non patitur lex pignoris, vt pignus solutione partis debiti liberetur, *vt supra docuimus.* Ergo, vt dixi, creditor pignus suo iure distrahere potest, & cum vult, potest, si cessarit vel minimæ partis debiti solutio.

Sed † in ea venditione creditori quædam obseruanda sunt, de quo tertio loco quærebamus. Hęc aũt sunt, 7 vt bona fide vendat, & solemniter, vt est comprehensum *in l. quæ specialiter. hic.* Bona fide vendere, est ita vẽdere, vt bonus paterfamilias faceret in re sua, id est, omnia obseruare, propter quæ res facile emtorem reperire possit, & quam optime vendi. *argumen. l. ea igitur. ff. de pig. act.* vel, quod idem est, bona fide vendere, est vendere obseruatis iis, quæ in distrahendis pignoribus obseruari solent. Quod colligitur ex *leg. penult.* ͡*j. si vend. pig. ag.* vbi scriptum est, pignore vendito his non obseruatis, videri pignus contra bonam fidem distractum. Solemniter vẽdere idem prope valet. Solemne enim appellamus vsitatum & consuetum, seu quod in re quaq; obseruari solet, vt indicat illa regula iuris: Etsi ex solemnibus nihil facile immutandum est: tamen vbi euidens æquitas poscit, subueniendum est. *l. etsi ff. de reg. iur. l. pen. ff. de in integ. restitut.* Vnde & solemnes feriæ opponuntur extraordinariis, id est, non certis, non vsitatis, sed pro tempore constitutis. *l. sed et si per prætorem. §. si feriæ. ff. quib. ex causs. maior.* Est igitur solemniter vendere id ipsum, quod dicitur *in d. l. pen.* ͡*j. si vend. pig. ag.* vendere obseruatis iis, quæ in pignoribus vendendis celebrari solent. Quænam hæc sint, comprehensum est *in leg. 4 hic.* Sunt autem hæc. Primum vt si res immobilis est, puta ædes, aut fundus, venditor rem proscribat. Proscribere est literis publicis ante ædes aut eam locum, quo venditur, propositis significare rem venalem esse. *l. sed & pupillus. §. proscribere. ff. de institu. act.* Proscriptio hæc eo pertinet, vt excitentur lectores ad emendum, atque ita res emtores reperiat. Deinde exigitur, vt creditor dũ proscribit, notum id debitori faciat. Hoc ideo ex bona fide, quia admonitus debitor poterit quærere, & reperire facilius emtorem, aut etiam soluendo creditori eum omni molestia distractionis liberare. Tertium exigitur, vt quoties licet in re distrahenda testato notum debitori faciat. testato, id est, testibus adhibitis. hoc ideo, vt scire possit debitor, quanti res vendatur, & ne queratur, si creditor non percipiat tantũ, quantum ipsi debetur. & sic constare possit creditori, non posse ex eo pretio satisfieri, vt significatur in d. l. quæ specialiter. Quod si res mobilis erit, quæ a creditore distrahetur, ea proscribi non potest, sed erit ex fide bona, & ex vsu, si ea vendatur sub auctione publica, si forte ea loca erunt, vbi auctiones publicæ vulgo frequententur.

Quid, † si his non obseruatis creditor pignus distraxerit, an nullius momenti erit venditio? Immo nihilominus valebit, dummodo is qui emit, non sit particeps fraudis. 8 Huius rei certissimum argumentum habemus *in l. si cessante. in fin. hic.* vbi scriptum est, etsi fraudulenter res vẽdita sit a creditore, id est, aduersus ea quæ supra diximus, *vt indicat l. 4.* ͡s. tamen non emtorẽ de ea re conueniri posse; sed solum creditorem. Si emtio rata non esset, etiam emtor posset conueniri a debitore. Iure enim debitor rem suam vindicaret. Nunc autem conuenire emtorem non potest. Non sane alia de caussa, quam quod dominus rei venditæ esse desiit, atque ideo desiit, quia valuit emtio. Hic aliquis dicet: stulte igitur superiora illa videntur obseruari: si creditor his contemtis potest impune pignus distrahere. Non ita est. Etsi his contemtis valet emtio, non ideo impune feret creditor, qui illa contemserit: vt non otiose superiora ab illo exigantur. Hæc est pœna, vt debitori sit aduersus eum actio, quæ

quæ eo nomine competit. sic enim verba sunt *l. 4. in fin. hic.* Quam ergo actionē hic intelligimus, & cuius rei nomine? Nam illic nihil adiicitur amplius, vti nec *in l. pen. §. si vend. pig. agat.* vbi iubetur simpliciter debitor in hac caussa experiri competēti actione. Et pigneratitiam directam hic accipere debemus, quę debitori aduersus creditorē datur de pignore restituēdo, siue id creditor habet, siue culpa sua habere desiit. Hæc enim est actio, quæ de pignore tradito inter creditorē & debitorē nascitur. §. *vlt. Inst. quib. mo. re. con. obl.* Quid hac actione petet debitor? Aget in id, quod sua interest pignus nō ita distractum fuisse, vt creditor distraxit, *vt est in l. 1. §. si vēd. pig. agat.* Quatenus interesse putamus debitoris pignus non ita distractum fuisse? Quanto videlicet pluris valuit, quam venditum est: vt quoniam venditum non est, quanti erat, tantum præstetur, quanto minoris venditum fuit, quam valuit. *argument. in leg. 3. §. si vend. pign. aga.* Ex quo colligimus, si supra scriptis rebus non obseruatis creditor rem tanti vendiderit, quanti valet, tū debitorē nullo modo teneri. Sed tenebitur isto modo, si non bona fide distraxit. Quid, si bona fide? hic vero nullo modo tenebitur, quamuis minimo res distracta sit: quia nihil fit hoc casu, quod ei possit imputari. Sane si fraudulenter creditor pignus minoris distraxit, & emtor fraudis particeps fuit, nulla erit venditio: certe non impediet, quo minus & emtor de ea re conueniri possit de quo dicetur *ad l. 1. infra. si vend. pign. ag.*

9 Reliquum † est, quod quarto loco proposuimus, vt videamus, cum pignus recte distractum erit, quæ sit vis, & quis effectus venditionis. Et scriptum est *in l. si cessante. & l. si prius. in fi. hic.* venditionem iure subsistere; venditionem quæ subsistit, reuocari nō posse. Quibus verbis intelligere debemus non tantum cōtractum venditionis valere, vt nascatur ex eo actio emtori aduersus creditorem; sed ita valere, vt pignore ex ea caussa tradito emtori dominium ad emtorū transferatur. *l. non est nouum. D. de acq. re. do.* Sed quomodo dominium transferre potest creditor, qui dominus non fuit; cum regulæ iuris non patiantur plus iuris quemquam in alium transferre, quam ipse habet? *l. nemo plus iuris. D. de reg. iur. l. traditio. D. de acq. rer. do.* Nihil hic fit aduersus regulas iuris. nam cum creditor pignus distrahit, & alienat, ipse debitor alienare videtur, qui dominus fuit. alienatur enim eius voluntate, qui ab initio ita dedit, vt creditori distrahere liceret. §. 1. *Inst. quib. al. lic. vel non.* Nec ad rē pertinet, si nominatim non conuenit, vt creditori liceret distrahere. satis enim hoc conuenisse intelligitur, cum conuenit, vt res pignori esset: quoniam pignoris proprium est vendere licere, vt supra docuimus. & huc pertinet. *l. 4. D. de pig. act.* Sed adiecimus dominiū pignoris in emtorem transferri, si pignus ei traditum erit a creditore. Quod si ei traditum non est, is dominus pignoris effici non potest, vt est *in l. qui prædium §.* proptera quod ita ius est de transferendis dominiis, vt dominium ex consensu non transferatur nisi traditione. *l. traditionibus. §. de pact. § per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Ceterum pignore tradito sic dominiū transfertur, vt emtori postea auocari non possit; ne a debitore quidem, quamuis illi pretium offerat. *l. pen. §. si anti. cred.* Et hoc est, quod *in d. l. si cessante hic.* dicitur venditionem reuocari non posse. Idque consequens est regulæ iuris, qua efficitur, id quod nostrum est sine facto nostro a nobis recedere, & ad alium transire nō posse. *l. id quod nostrum. D. de reg. iur.* † Hoc ita, nisi cum venderet creditor pignus, cōuenerit inter ipsum & emtorem, vt si solueret debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam. facit hæc conuentio, non solum vt mandata a creditore actione ex vendito agere possit debitor aduersus emtorem, & rem repetere oblato pretio, sed etiam possit rem suā vindicare, aut in factum, id est, vtili actione suo nomine aduersus emtorem agere. *l. si cum vēderet. D. de pig. act.* Cuius iuris rationē exposui in methodo sub hoc ipso titulo. Vnde & hoc, & alia pleraque ad distractionem pignorum pertinentia tractata copiosius petere licebit. Tantum hic attingere visum est ex eo genere, quantum proprie ad huius tituli Codicis explicationem & nonnullorum locorum huius partis certiorē interpretationem facere videbatur. 10

## L. Et qui sub imagine. X.

### Iidem AA & CC Rufino.

*Et qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat inguer tenet: cum sibi negotium gerat, alienasse nō videtur. Iure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subiectam personam creditor comparauerit, neque si sibi addixerit, debitori affert præiudicium: sed in eadem caussa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparauerit, consensu emtionem perfectam (si neque dolus aduersarii, neque metus caussa gesta agentur) reuocari, exemplo graue est. Si igitur poteris euidētibus probationibus monstrare creditorē per suppositam imaginarii emtoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse: potes oblata pecunia cum vsuris, ad restitutionē creditorem compellere. PP. 3. Non. Octob. ipsis IIII & III. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Creditorem pignus emere non posse aut a se sibi addicendo, aut per suppositam personam & cur. & num. 2.* 3
2 *Per suppositam personam emere quis intelligatur.*
3 *A debitore ipso creditorem recte pignus emere.*
4 *Debitoris esse probare emtorem pignoris esse imaginarium, & quomodo id probetur.*

EFFECTVM est supra creditorem pignus vendere posse: si vendiderit, emtorem reuocare non posse. Id sic accipiendum esse docemur hoc rescripto, si modo vere vēdiderit; id est, vēdiderit alii nō autē sibi. Ipse pignus a se emere non potest. † Et siue pignus sibi ipse addicat eo pretio, quo quiuis alius emturus esset, siue emat per suppositā personā extranei emtoris, vtrobique perinde res habebitur, quasi rem non vendidisset. Merito. non est enim emtio, nisi vbi alius est emtor, alius venditor. *l. 1. D. de rer. permut.* quod non fit, vbi idem creditor, & emtoris & venditoris vice fungitur. 1

Per † suppositam personam emere intelligitur, cum rogat aliquem, vt pignus emat non suo nomine; sed nomine creditoris, & cum pignus acceperit, id creditori reddat, atque hic euentus sequitur. Ideo autem in hac specie extraneus, qui pignus emit, non dicitur emere; quia is demum emere & capere intelligitur, qui id capit, quod est apud eum permansurum. *l. aliud est capere. D. de ver. sig.* Quod autem quis ita capit, vt restituat alteri, is nec capere videtur. *l. cum ei. 42. D. de leg. 2.* Eo fit, vt hic emtor magis imaginem & 2

speciem emtoris habere intelligatur, vt hic dicitur, quam emtor esse. Ita restat, vt creditor emisse potius intelligatur. quod cum facere nō possit, quia a semetipso emit; efficitur vtroque modo nullam esse venditionem pignoris, siue ipse addicat sibi, siue per suppositam personam emat. Vnde etiam necesse est, pignus in sua caussa manere.

3 Inde† quæsitum est, *an propterea creditor omnino pignus emere non possit.* Respondent Imperatores posse eum emere a debitore, non a se. Recte. nam a se ideo non potest, quia non est alius, qui vendat; a debitore autem recte emit, quia est qui vendat debitor, idemq; rei dominus: qui proinde ius trāsferēdi habet. Quod sane non facit, vt videatur creditor a se emere; quod eum facere posse recte in vniuersum negauimus. Relinquitur igitur, quod est in extremo rescripti, vt si creditor per suppositam personam illius emtoris, de quo diximus, pignus adhuc possidere reperitur, possit debitor de suo pignore pignoratitia actione experiri. Hoc enim consequens erat citra controuersiā, si creditor nunquam pignus distraxisset.

4 Interim† necesse habet debitor in hoc iudicio intendere personam illius emtoris, de quo diximus, per quem creditor pignus recepit, esse a creditore suppositam. Quid, an hoc debitor ꝓbare debet, an vero etiā citra aliam probationem debitori fides habebitur? Et hic expressum est, debitorem euidentibus probationibus id monstrare debere. Quod respondetur conueniēter regulis iuris his; Ei qui dicit incumbere probationem: *l. 2. ff. de prob.* item, Actore non probante reum obtinere, quamuis nihil ipse præstiterit, *l. qui accusare. in fin. ꝯ. de eden.* Sed de hac probatione laboratur propter *leg. sicut §. superuacuum. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* vbi in specie pari non videtur exigi probatio ab actore. Et probandum est, debitorem, vt & hic dicitur, semper probare debere, quod intendit. id enim exigunt regulæ superiores iuris. Sed id probabit dupliciter. alias ex iis sermonibus, quibus res gesta est inter creditorem & illum emtorem imaginarium; alias coniecturis ex iis, quæ postea secuta sunt, sumtis. Ex sermonibus; si probatur testibus, creditorem illi emtori mandasse, vt sibi rem emeret. In cōiecturis ea erit, de qua agitur *in d. l. sicut. §. supervacuum,* nimirum si res apud creditorem reperiatur, neque vnquam pecunia pretii ab illo soluta sit illi emtori imaginario. In hoc genere coniecturarum quæsitum est, an satis sit argumenti emtorem imaginarium fuisse, si probetur pignus venditum nunquam fuisse illi emtori traditū, sed semper apud creditorem mansisse. Pleriq; putant hanc probationem esse satis idoneam, vt saltem onus probationis transferatur in creditorem. Sed refragātur verba huius rescripti; in quo proponitur creditor iugiter rem possedisse, & in principio, & in extremo: & tamen in ea specie exigitur vt debitor nihilominus probet personam emtoris suppositiciam fuisse.

## L. Mulier. XI.

### Iidem AA. & CC. Rufinæ.

*Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem nisi dissimulatione marito obligante velut proprias, creditoris ignorantiam circumscripserit. PP. 5. Cal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Mulieris res pignori pro alio a muliere ipsa obligari non posse: ab alio posse, qui tanquam suas sciente & dissimulante muliere obliget: & cur vtrumque.*

SI mulier rem suam pro marito aut alio quouis debitore pignori obligauit creditori, hic traditur creditorem pignus distrahere non posse. An quod est aliqua caussa, in qua creditor ius distrahēdi pignoris sui non habeat? Minime: sed quia in proposito pignus nullum fuit. Prohibet enim Senatusconſ. Velleianum, quo vetantur mulieres pro aliis intercedere, *l. 1. l. 2. ff. ad Vell.* Intercedit autem mulier, non solum quæ se pro aliis obligat vel mandando, vel constituendo, vel fideiubendo, sed etiam quæ res suas obligat pro aliis. eo fit, vt pignus non consistat. *l. quamuis. ff. ad Vell. l. si sine ꝯ. ad Velleian.* Interdum tamen possunt res mulieris pro alio obligari. quod tunc fit, cum debitor res mulieris tanquam suas pignori dat creditori, mulier autem præsens dissimulauit eas suas esse, id est, silet, neque refragatur: quæ species hic ponitur in extremo. idem scriptum est *in d. l. si sine.* Et hæc ratio est, non quod mulier in hac specie non intercedat, vt in superiore, cum aperte rem suam pignori obligat; sed quia hac dissimulatione creditorem decipit, qui rem debitoris esse credidit, non mulieris: cuius si rem esse sciuisset, pecuniam non credidisset. In hac caussa ideo mulieri non succurritur, quia senatusconsulto decep[illegible] tantum succurritur, non decipientibus. *l. 2. § pen. ff. ad Vell.*

## L. si debitor. XII.

### Iidem AA. & CC. Zotico.

*Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non cōsentiente distraxit: dominium cum sua caussa transiit ad emtorem. S. Pridie Cal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.*

NON solus creditor pignoris distrahendi ius habet; sed habet & debitor. & ita habet, vt si rem pignori obligatam ex ea caussa tradiderit, dominium in emtorem transferat, vt qui dominus fuerit. *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Sed hac alienatione creditori non nocebit. *l. distractus. l. debitorem. ꝯ. de pig. vbi diximus.* Et hoc est, quod hic dicitur, dominium transferri cū sua caussa. quod significat rem transferri cum sua conditione, id est, ea conditione, quæ futura esset, si res alienata non esset. *leg. traditio. ff. de acquir. rer. do. l. alienatio ff. de cont. emt. l. via. §. si fundus. ff. de ser. rust. præ.* Si debitor consentiente creditore alienauit, sine vetere caussa dominium in emtorem transit; quoniam pignus consensu creditoris remissum est. *l. 2. ꝯ. de remiſ. pig.*

## L. Qui prædium. XIII.

### Iidem AA. & CC. Theodotæ.

*Qui prædium obligatum a creditore comparauit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.*

SVMMARIA.

1 *Creditorem pignus distrahēdem dominium transferre: sed ita, si vacuā ꝓssessionem tradat emtori. vacua, quæ.*

CREDITOR rem pignori obligatam distrahendo eius dominium transfert ad emtorem. *l. non est nouum. D. de acq. rer. do.* Hoc sic accipiendum est, si ea interuenerint, quibus dominium iure transferri solet; inter cetera si res tradita erit emtori. nam sine traditione dominium non transfertur. *leg. traditionibus.*

*nibus.* ȷ̃. *de pact.* Eo fit, vt re emtori non tradita, is quoque actionem in rem nullam habeat: quippe quæ soli domino competat, *l. in rem. ff. de rei vind.* Exigitur autem hic, vt inducatur emtor in vacuam possessionem, *vt & in l. cum res.* ȷ̃. *de prob.* Vacuam possessionem hic accipere debemus, quam emtor ingreditur creditore tradente, nemine emtorem prohibente. Contra ea nõ est vacua, quam emtor sic ingreditur, vt alii eam rem possidenti vim faciat, & eo deiecto rem occupet. Quod eo pertinet, vt intelligamus, si emtor ita possessionem occuparit, non iure eum occupasse videri, neque dominum fieri, vt diximus ad *l. 3. sup. de pig.*

*L. si in hoc. XIV.*

Iidem AA. & CC. Modesto.

*Si in hoc, quod iure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus: aditus præses prouinciæ, tibi distrahendi facultatem iubebit fieri. PP. 16. Kal. Decemb. Sirmii AA. Coss.*

DIXIMVS creditorem sic pignoris venditi dominium trãsferre, si etiam rem tradat emtori. Quid fiet, si debitor pignus possideat, quod ob eam caussam creditor tradere non possit? Rescripti huius sententia est, creditorem ius habendi pignoris consecuturum; sed ratiõnẽ obtinendi esse per præsidem. Quod eo dicitur, vt intelligatur creditorem sua auctoritate possessionem pignoris occupare non posse. de quo *in l. 3. supra de pign.* vbi diximus. Sed verba rescripti expendenda sunt. Ait *præsidem iussurum fieri creditori facultatem distrahendi.* Non recte hoc responsum, dixerit aliquis, atque adeo hæc facultas creditori fieri non potest. Oportet enim id ei tribui sententia præsidis, quod ipse prius non habuit. quod actor habet, id sententia iudicis nulli tribuitur, *l. sicut. §. sed si quæritur. ff. si ser. vind. l. vnica.* ȷ̃. *de thes. lib. 10.* At constat creditorem facultatem distrahendi pignoris iure publico habere, *l. si cessante. supra eodem.* Et hæc omnia vera sunt, si facultatem distrahendi pignoris hoc loco intelligimus nudam & simplicem facultatem. Sed facultatem distrahendi hic intelligere debemus facultatem cum effectu, vt sit sensus; præsidem iussurum rem, quæ a debitore detinetur, restitui creditori, vt cum ille acceperit, tum deinde possit vendere, & ex venditionis caussa tradere, vt sic venditio ad effectum perducatur.

*L. obligatis. XV.*

Iidem AA. & CC. Auianæ.

*Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis ac traditis: si post debitor quondam hæc solicitauerit, non venditori, sed emtori contra possidentem in rem competit actio. Dat. Cal. Mart. Sirmii. CC. Coss.*

SI vendito pignore & tradito emtor dominus efficitur, vt effici supra diximus: fit eodem tempore, vt & creditor actionem hypothecariam, quã prius habuit, amittat, quia pignus solutione debiti lib ratum est, & simul emtor actionem in rem nanciscatur, quæ domino competit, *l. in rem. D. de rei vind.* Id si ita est, apparet verum esse, quod hic traditur, si emtor eius rei a creditore emtæ possessione exciderit, non creditori actionem in rem competere eius rei persequendæ caussa, quippe quam habere desierit; sed emtori, qui priore traditione dominus sit effectus. quod fit in specie proposita, cum creditor seruos sibi pignori obligatos vendidit, & emtori tradidit, & hi postea a debitore solicitati ad eum redierunt, vel ad alium, vt iam de iis reuocandis agatur.

*L. vnus ex multis. XVI.*

VIde l. 1. ȷ̃. de luitione pign. & l. 1. ȷ̃. si vnus ex plur. her. credito.

*L. rei creditor. XVII.*

Iidem AA. & CC. Agapæ.

*Rei creditor obligatæ generali siue speciali conuentione, per creditorem alium, cui non fuerat nexa, vænumdatæ, non amittit persecutionem. Dat. prid. Non. April. CC. Coss.*

SI debitor, idemque dominus rei pignoratæ alienando pignus, eo facto creditori non nocet, quo minus pignoris persecutionẽ saluam habeat, vt prius: multo minus nocebit eius venditio aut alienatio, qui nec dominus fuit, nec rem pignori habuit. Vide *l. debitorem.* ȷ̃. *de pig.*

*L. qui a creditore. XVIII.*

Iidem AA. & CC. Caiano.

*Qui a creditore pignori obligatum prædium iure emit, de proprietate vinci non potest. S. 6. Kal. Maii, CC. Coss.*

SI emtor pignore a creditore tradito eius rei dominus est, vt sæpe iam diximus: efficitur eum de proprietate eius rei a nullo vinci posse, siue agat, siue de ea re conueniatur. Si agat, quia vt dominus habet actionem in rem ad eam persequendam; cuius exitus hic est, vt res actori restituatur, *l. officium. ff. de rei vind.* Quod si conueniatur, multo magis exceptionem habebit ad rem retinendam, qui ad eam persequendam actionem habuit, iuxta regulam iuris, *l. inuitus. §. 1. D. de verb. sign.*

*L. si maritus. XIX.*

Iidem AA. & CC. Libiæ.

*Si maritus tuus mutuam (licet tuam) dedit pecuniã eorum, quæ pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. S. 6. Id. Nou. Heracliæ, AA. Coss.*

QVI pecuniam alienam mutuo dat suo nomine, & pignus in eam caussam accipit, is pignus domino pecuniæ non acquirit; sed aut sibi, aut nulli, de quo diximus ad *l. etsi frater.* vbi eadem sententia est, *sup. de pig.* Id si ita est, apparet dominum eius pecuniæ pignus in eam caussam constitutum vendere nõ posse; quia is pignus nõ habuit, nisi creditori successerit.

*L. vlt.*

Iidem AA. & CC. Sabino.

*Secundum placiti fidem, si nihil conuenit specialiter, pignoribus a creditore maiore, quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus cõparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est, pignoratitia de super fluo competit actio. S. 6. Id. Nouemb. Byzantii CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Pignore pluris vendito quam debetur, rem ex pecunia superflua a creditore emtam esse creditoris, nec debitori restitui debere.*

CREDITOR si pluris vendat pignus, quam ei debetur, debitor ad concurrentem vsque quantitatem debiti liberatur, *l. rescriptum. §. 1. D. eod.* de residuo

1 potest aduersus creditorem experiri, *vt hic dicitur. idem in l. vlt. ꝫ. si vend. pig. agat.* Quid,† si ex ea pecunia superflua creditor rem aliquam emit? vtrum de ea restituenda debitor agere potest, vti posset de ea pecunia agere, ex qua ea res emta est? Et significatur hoc rescripto non posse. quod & recte constituitur. Nam aut erit debitori de ea re emta in rem actio, aut in personam. In rem esse non potest; quoniam debitori ea res quæsita non est, sed creditori, in quem dominus rem translatam voluit, *§. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* In personam, id est, pignoratitia non erit, quia hæc de superfluo, non de re inde emta competit. Imo contra obiiciet aliquis. traditur enim *in l. rescriptum. §. 1. ff. eodem.* quidquid ex occasione pignoris ad creditorem peruenit, id debitoris vtilitati & commodo cedere debere. Dicendum est in proposito, solam pecuniam, quæ ex venditione pignoris a creditore percepta est, ex occasione pignoris ad creditorem peruenisse. Res ex ea pecunia emta non percipitur ex occasione pignoris, sed ex creditoris negotiatione, *arg. in l. venditor ex hereditate. in illis verbis, pretium enim. ff. de hered. vel act. vend.* Obiicitur etiam, quod traditur *in l. quamuis. §. vlt. ff. de pign. act.* si creditor pignus pluris vendiderit, quam debetur, debitorem non solum agere posse de superflua pecunia, sed etiam de vsuris, quas ex vsu eius pecuniæ creditor perceperit. Quo exemplo videtur idem quoque de ceteris rebus statuendum, quæ ex ea pecunia paratæ sunt. Sed dissimilis istarũ rerum caussa est, vsuras dico pecuniæ, & res ex ea pecunia emtas. Vsuræ ideo cum ea pecunia restituendæ sunt debitori, quia vsuræ sunt fructus pecuniæ, *l. vsuræ vicem. ff. de vsur.* Constat autem fructus ex re pignorata perceptos aut debitum extenuare, aut vna cum re esse restituendos, *l. 1. l. 2. ꝫ de pig. act.* At res ex ea pecunia emtæ, non sunt eius pecuniæ fructus; sed pretium industriæ & negotiationis creditoris.

## AD TIT. XXIX. DEBITOREM venditionem pignoris impedire non posse.

EFFECTVM est supra creditorem iure suo pignus distrahere posse, *l. si cessante. ꝫ. prox. titul.* Hoc si ita est, sequitur, quod hic dicitur, debitorẽ nulla obnuntiatione sua, aut prohibitione impedire posse, quo minus creditor recte vendat, & qui emit, emat bona fide. alioqui liceret debitori cõditionem creditoris sui facere deteriorem: quod nulli conceditur, *l. soluendo. ff. de neg. gest. l. non debet alteri. ff. de reg. iur.*

## AD TIT. XXX. SI VENDITO pignore agatur.

SVMMARIA.

1 *Pignore iure vendito, nullam esse eius emtionis reuocationem.*

2 *Pignore contra conuentionem vendito, ius suum debitori integrum manere in re sua, & actionem in personam esse aduersus creditorem.*

3 *Pignore vendito non bona fide, quamuis ab eo creditore qui ius vendendi habuit, ipsum creditorem teneri semper in id quod debitoris interest: emtorem ad rem restituendam certis conditionibus: & quibus.*

4 *Mala fides emtoris in pignore emendo quid, & quomodo probetur.*

*Per gratiam pignus vendere, quid. ibidem.*

5 *Aduersus emtorem qui mala fide emit pignus non esse vindicationem pignoris, nisi excussus prius creditor repertus sit non soluendo.*

6 *Sed nec hunc emtorem teneri aliter vindicatione, quam si offeratur ei pretium, quanti pignus emit, cum vsuris: & cur.*

7 *Aduersus emtorem pignoris qui mala fide emit, actionem esse suis conditionibus, non pignoratitiam, non ex edicto de rebus in fraudem alienatis, sed in rem beneficio restitutionis in integrũ, & ex qua caussa.*

QVÆSTIO est, si creditor pignus vẽdiderit, vtrum debitor possit agere aduersus creditorem de pretio pignoris, an aduersus emtorem rei recuperandæ caussa. De quo ita statuendum est ex sententia eorum, quæ diximus *ad l. 4. & seq. ꝫ. de distr. pig.* Si † creditor ius distrahendi habuit, & bona fide distraxit, id est, obseruatis iis, quæ in pignoribus distrahendis obseruari solent; ita rata est venditio, vt debitor neque aduersus creditorem agere possit de pretio, quamuis rem non iusto pretio vendiderit; neque agere aduersus emtorem, vt rem ab eo auocet. Sed non semper creditor, cui pignus datum est, ius vendendi habet. quod tunc accidit, cum conuenit, vt creditori distrahere non liceret, *l. 4. ff. de pig. act.* Fieri etiam potest, vt qui iure suo distraxit, mala fide & fraudulenter distraxerit. In quibus caussis vendito pignore debitor experiri potest. quæ summa est huius tituli. In quo de his rebus ita statuitur. Interest plurimum, vtrum creditor qui pignus vendit, ius vendendi non habeat, an cum habet, mala fide vendat. 1

Si † ius vendendi non habet, id est, si refragante cõuentione vendidit, nulla est venditio. Quo fit, vt debitor non tantum aduersus emtorem, sed etiam aduersus quemuis possessorem actionem in rem habeat, quæ omnibus dominis competit, *l. in rem. ff. de rei vind.* Nam hæc superiore venditione non est exstincta. Et hoc, quamdiu res a possessore vsucapta non erit. Aduersus creditorem autem semper actionem habet de pretio rei venditę. Ea est autem actio pignoratitia in hoc, vt vel res pignori data restituatur, vel saltem æstimatio. hæc sententia *l. 2. hoc tit.* Quod † si creditor ius vendendi pignoris habuit, sed vendidit dolo malo: hic semper vendito pignore aduersus creditorem agi poterit, *l. 1. hic.* Diximus autem *ad l. 4. & seqq. sup. de distr. pig.* in hanc rem cõpetere debitori pignoratitiam actionem, idque in id quod sua interest. Hactenus autem interesse, si res minoris vendita sit, quã valet. hæc ex *l. 1. in pr. & l. 3. hic.* Aduersus emtorem etiam hoc casu debitor agere potest: sed interdum, non semper. Non potest autem agere, nisi præter dolum creditoris hæc tria concurrant. Primum exigitur, vt & emtor ipse mala fide emerit, *l. 1. in fin. hic.* 2 3

Mala † fide, id est, quod dicitur *in l. vlt. per collusionem.* Vtrumque autem valet id, quod dicitur *in l. pen.* si emtor fraudis particeps fuerit. Duobus autem modis probabitur emtorem fraudis participem fuisse. Vno, si per gratiam creditor vendiderit, *vt est in l. 3. hic.* Per gratiam vendidisse intelligitur, qui aperte dixit rem pluris esse, quam venditur, sed se non pluris vendere, quam vendit, vt emtori gratificetur. petit autem, vt hanc gratiam ab emtore ineat. Emtor contra sic accipit, & pollicetur se gratum fore. Altero modo id probatur, si emtor præmio creditorem corruperit, *l. qui fundum. §. procurator. ff. pro emto.* Extra has species existimatur emtor bona fide emere, quãtumuis rem 4

minoris

minoris emat, quam valet: non est enim cōtra bonam fidem, rem quā minimo emere, dummodo sine fraude fiat, vt satis colligitur ex *d. l. qui fundū. §. procurator.*

5 Secundum † accedere oportet, vt creditor qui pignus vendidit, soluendo non sit, idque videlicet ita probetur, *l. 1. in fin. l. 3. hoc tit.* Id autem sic constabit, si debitor prius cū creditore egerit, & creditor erit condemnatus: deinde in executione sententiæ excussis facultatibus creditoris reperiatur non habere, vnde iudicatis satisfiat. Hinc est, quod de cōdemnato prius creditore dicitur, *in d. l. 1. vers. quod si. hic.* Non obstat huic sententiæ l. pen. ꝟ. in qua scriptum est, cum creditor pignus contra bonam fidem vendidit, emtore fraudem participante, posse debitorem competenti actione experiri vel aduersus creditorem, vel aduersus emtorem, neque exigitur circa emtorem, vt prius constet creditorem soluendo non esse. Non exigitur hoc quidem, sed tamen & interuenire debere non negatur. Proinde in dubio relictum ex aliis locis interpretandum est. Hæc autem conditio exprimitur *in l. 1. & l. 3. hic.* Dicemus etiam commodissime hoc modo: conditionem hanc, vt creditor soluendo non sit, satis exprimi *in l. pen. hic.* cum dicitur, aduersus emtorem agi posse competenti actione. Non est actio aduersus emtorem competens, nisi prius cōstiterit creditorem soluendo non esse, *d. l. 1. & l. 2.*

7 Tertium † etiam & postremum exigitur, cum debitor vendito pignore aduersus emtorem agit, vt emtori pretium cum vsuris offerat, quanti scilicet pignus venditum est, *d. l. 1. in fin. & l. 3. hic.* Quod merito exigitur a debitore quamuis domino. versum est enim hoc pretium in vtilitatem eius, vtpote solutum creditori: quo accepto, debitor eodem tempore liberatur. cōpensatur enim hoc pretium cum debito, *l. vlt. ꝟ. titul. prox.* Iniquum est, debitorem ea emtione liberari, & nihilominus non oblato pretio rem suam repetere: vbi scilicet cōtra bonam fidem bis idem exigat: quod vetat regula iuris, *l. bona fides. ff. de reg. iur.* Inde placuit in proposito debitori ab emtore rem suam repetenti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium quo liberatus est, emtori offerat, *l. emtor. ff. de rei vind.* Quod si proponeremus ex ea venditione, qua res aliena vendita est, pretium in vtilitatem domini conuersum non esse, certi iuris est, dominum a quouis possessore, etiam bonæ fidei, rem suam repetere posse, quamuis nō oblato pretio, quanti possessor emit; ne alienum factum domino noceat, *l. 3. ꝟ. de rei vind. l. 2. ꝟ. de fur. l. 1. supra de præscrip. 30. an.*

8 Sed † his omnibus rescr ptis, quibus vendito pignore debitori actio aduersus emtorem datur supra scriptis conditionibus, non exprimitur, quæ debitori in eam rem actio competat, cum tamen permagni referat id nosse. De eo sic habendum est. Non potest in eam rem debitori esse actio pignoratitia. hæc enim inter debitorem & creditorem solum nascitur ex cōtractu & negotio gesto, *§. vlt. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Debitor cum emtore pignoris nihil contraxit, vbi debitor pignus non vendidit. Vulgo putant esse actionem vtilē ex edicto fraudatorio, id est, ex edicto, quod est de iis rebus, quæ in fraudem creditoris alienatæ sunt. sed id non probant. Quinimo verba eius edicti aperte refragantur; sed & ratio edicti. Edictum illud est de iis rebus, quas debitores ipsi alienant. hic agimus de iis, quas creditores alienant in fraudem debitorum. Rebus a debitore alienatis, necesse fuit actionem creditori proponere ad eas res reuocandas; quoniam debitor dominus fuit; vnde & iure suo alienauit. Creditores domini non sunt, vt possint actione in rem de illis rebus experiri. At cum creditor dolo malo pignus vendit, & emtor item emit dolo malo, non fuit necesse nouam actionem debitori proponere; cum venditio iure non valuerit omni ex parte, eoq; & debitor dominus manserit, vt prius. Superest igitur, vt debitori aduersus emtorem ex hac caussa sit actio in rem, ea, quæ dominis competit rem suam a possessore vindicantibus. Sed etiam atque etiam notandum est, hanc actionem vtilem esse, & quę in integrū restitutione impetrata restituatur debitori. quod probatur *l. 2. supra de præd. min.* Nam etiam tunc, cum res minoris viginti quinque annis a creditore vendita est dolo malo emtore fraudem participante: illic scriptum est, non aliter consuli minori aduersus emtorem, quam beneficio restitutionis in integrum secundum edicti formam. vbi edictum intelligitur de minoribus. Si minorib. in hanc caussam non aliud remedium competit, quam in integrum restitutio, multo minus aliud competet maioribus. Restituentur igitur in hac caussa debitores, qui maiores sunt. Restituentur autem ex edicto, quod est de iis caussis, ex quibus maiores in integrum restituuntur, ex illa clausula edicti, *Item si qua alia mihi iusta caussa videbitur, in integrum restituam. l. 1. in fin. l. sed etsi § vlt. ff. ex quib. caus. ma.* Ex eo intelligimus, debitorem vendito pignore, a creditore, qui ius vendendi habuit, debere aduersus emtorem petere in integrum restitutionē intra quatuor annos. his exactis, amplius aduersus emtorem, quamuis sit malæ fidei, agere non posse. Est enim hoc tempus integrum restitutioni præstitutum, *l. vlt. ꝟ. de temp. in integ. rest.* Hæc omnia ita sunt, si creditor in pignore vendendo, nihil conuenit de re vendita restituenda. Quod si conuenerit, vt vel sibi res restitueretur oblato pretio, vel restitueretur debitori; in vtroque conuentio seruanda est, vt creditori quidem vel actio ex vendito competat, vel actio præscriptis verbis. debitori autem competat rei vindicatio, vt veteri domino; aut certe actio in factum, id est, actio in rem vtilis, quę magis superiori conuentione confirmetur, quam summo iure ex dominio eius nascatur. Hęc sententia est *l. si cum venderet. ff. de pig. act.* Cuius rationē si quis requirit, quando sententia a regulis iuris, quæ sunt de iis, qui paciscuntur aliis, & de dominiis transferendis, videri potest alienior, licebit sumere ex methodo de pignoribus, *tit. quibus modis pig. vel hyp. soluitur,* vbi hunc locum diligentius sum executus.

## AD TIT. XXXI. DE LVITIONE pignoris.

*L. vlt.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Flor.

*Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis siue distractis, & compensato pretio satis ei, contra quē supplicas, factum esse, adito præside prouinciæ probaueris: vel si quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas prouidebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita pecunia soluta creditori, vel si per eum factum, quominus solueretur: ad reddenda ea, quæ pignori acceperat, iure eum satis euidenter, vrgeri manifestum. S. 6. Id. Octob. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Luere pignus, liberare, & vnde ita dictum.*
2 *Lui pignus solutione, & si qua solutionis vicē habent.*
3 *Lui satisfactione: quid sit satisfacere, & quid inter solutionem & satisfactionem intersit ad liberationem pignoris.*
4 *Pignoratitiam actionem nasci pignore liberato, non aliter, nisi pecunia offeratur in iudicio.*
5 *Parte debiti soluta nulla ex parte pignus liberari neque debitori, neque debitoris heredibus qui non soluerunt: & huius partis tum dubitatio, tum ratio.*

LVITIO pignoris pars est eius solutionis, qua pignus liberatur. Luere † pignus est pignus 1 solutione vel satisfactione liberare: quasi dicas abstergere & delere pignus, seu nexum & obligationem pignoris, metaphora ducta a *lotione*, qua maculæ, quæ alicui rei inhærent, abluuntur & absterguntur. Est enim luere lauare verbum a Græcis ductum. Illis enim λύω est lauo: ac luere idem esse Latinis quod lauare, composita declarant, abluo, eluo, diluo, & similia. Quomodo luatur pignus comprehensum est *in l. vlt. hoc tit.*
2 Est autem hæc sententia. Luitur † pignus seu liberatur a debitore, si omnis pecunia quæ debetur, soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori, *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. item ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Soluitur pecunia quæ numeratur & repræsentatur creditori, *l. solutam. ff. de solut.* Solutionis vim habet compensatio, id est, cum creditor aliquid vicissim debet debitori, & debitor id vult apud creditorem esse pro solutione, *l. 4. §. de compen.* In hoc numero est pretium quod creditor ex distractione pignoris consecutus est; de quo *in d. l. vlt. hic.* Est & pecuniæ obsignatio & depositio, de qua ibidem adiicitur. Nam pecuniam solum offerre creditori sine obsignatione & depositione, ad solutionem debiti & liberationem debitoris omnino nihil prodest, vt iam sæpe a nobis dictum est. traditur *in l. vlt. §. deb. vend. pig. imp. nō poss. l. si prius. §. de distr. pig. l. obsignatione. ⁊. de solut. l. acceptam. sup. de*
3 *vsur.* Satisfacere † est, creditorē pro eo quod ei debetur, contentum reddere, *l. 1 ff. qui satisd. cog.* Id fit, cum creditor debitorem pro eo quod debetur, aliud soluentem vel præstantem, se ea re pro debito contentum esse ostendit. huc pertinet *dict. l. si rem. §. omnis. D. de pigno. act. dict. l. item. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Solutio debitorem etiam inuito creditore liberat. Satisfactio non nisi volente creditore, cum scilicet ille satisfactionem admisit. *d. l. item.* Nec obstat, quod dicitur satisfactionem pro solutione esse, *l. satisfactio. ff. de solut.* Sic enim pro solutione est, si modo prius sit satisfactio. Non est autem satisfactio, nisi quæ a volente creditore admissa est; cum definiamus satisfacere esse creditorem contentum reddere. non enim contentus redditur quisquam inuitus, sed volens.
4 Pignore ita liberato, tum demum ex edicto nascitur debitori pignoratitia actio ad pignus repetendū, vt adiectum est *in d. l. vlt. hic.* idem *in d. l. si rem. §. omnis. ff. de pign. act.* Sed hic notandum est, quod dicitur oblatione sola pecuniæ pignus non liberari, eoque nec competere pignoratitiam actionem, sic esse accipiendum, nisi in iudicio pecunia offeratur. sic enim pecunia oblata pignoratitia actio tenebit creditorem, quasi conditione impleta, sub qua actio proposita est. de quo diximus *ad l. si residuum. §. de dist. pig.*
5 Illud † manebit, quæcunque hic solutio, aut oblatio ad liberationem pignoris satis futura sit, semper oportere totam pecuniam offerri quæ debetur, vel totius eius pecuniæ nomine satisfieri. Quod si parte debiti soluta adhuc aliquid ex debito superest; in id quod reliquum est, quamuis minimum, totum pignus obligatum manet, vt prius: ea lege, vt creditor nō tantum possit totum pignus a possessore persequi, sed etiam totum pignus vendere. pertinetque hæc sententia non tantum ad debitorem, de quo comprehēsum est *in l. quamuis. §. de distr. pig.* sed etiam ad debitoris heredes, de quibus hic scriptum est *in l. 1.* idem *in l. 1. §. de distr. pig.* Sed est in persona heredum dubitatio maior. Nam cum debitor partem soluit, & adhuc aliquid reliquum est, non est mirum, si pro ea parte dicimus nihilominus totum pignus obligatum manere. sibi enim imputare debet, qui totum non soluit, cum totum deberet. & præterea cum totum pignus pro minima summa obligatum tenetur, nulli alii fit iniuria; quoniam res tota est debitoris. At horum vtrumque cessat in persona heredum. Nam si proponas debitorem centum debuisse, & obligasse in eam summam fundum Tusculanum, deinde decessisse duobus heredibus relictis pro æquis portionibus; diuiditur obligatio inter heredes pro portionibus hereditariis ita, vt singuli quinquaginta solum debeant, quibus solutis pro ea parte in totum liberantur. *l. ea quæ. §. fam. ercisc. l. pacto successorum. sup. de pact. l. 2. supr. de act. hered.* Quod cum ita sit, iniquum videtur exigere ab vno, vt solidum soluat, quo eius pars in pignore liberetur; cū ipse partē solum non solidum debuerit. Iniquum præterea totum fundum adhuc teneri in eam partem coheredis, quæ soluta non est; quia non possit is fundus in eam partem teneri, quin pars aliena pignori obligetur, id est, pars quæ est eius coheredis, qui iam soluit. constat autem res hereditarias inter heredes diuidi, & solidas ab vno ex heredibus pignori obligari non posse, *l. vnica. §. si com. res pig. dat. sit.* Hinc dubitandi caussa in heredibus. valde enim consentaneum videtur, vt iis rationibus cessantibus, quæ sunt in debitore, non idem ius in heredibus eius statuamus, quod in debitore, *argum. in l. quod dictum. ff. de pact.* Sed nihil hic proponitur, cur non idem ius in heredibus retinendum sit in proposito, quod in debitore fuit, cum & in his eadem caussa & ratio sit totius pignoris retinendi pro ea parte, quæ soluta non est. Nam cum debitor adhuc partem ex sorte debet, nō idcirco totum pignus obligatum manet, quia debitor prius totum debuerit, aut quia res pignori obligata in solidum sit debitoris: sed quia ab initio in solidam summam, quæ debeatur, pignus obligauit ea lege, vt non liberaretur, nisi pecunia soluta esset. Hæc conditio pignoris etiam manet in heredibus, quamdiu non omnes solidum, quod debetur, soluerint. Quare & in his ius idem retinendum est. non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis. *leg. 2. §. ex his. D. de verbor. oblig. l. 2. D. de prat stip. l. cum fundus. D. de cond. & demon.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat fieri non posse, quin personali obligatione summota in persona vnius heredis qui partem suam soluit, iniquum sit, & contra naturam, vt res pro ea parte amplius pignori obligetur, *l. in omnibus speciebus. ff. de solut.* nam & hic idem respondebimus, quod *in l. quamuis. supra de distr. pig.* Fatebimur nimirum hoc ita esse: sed nihilominus verum est adhuc totum pignus obligatum manere. est enim obligatum pro ea parte, quæ soluta non est, non pro ea, quæ soluta est. Sed illuc redeo, quod initio posuimus: si tota pecunia soluta erit, aut eo nomine

mine satisfactum creditori, & generaliter si quo modo actio principalis summota est, pignus in totum exstingui. Cui sententiæ cum videatur ex diametro aduersari. *lex 2. hic.* in eam pluribus inquirendum videtur.

*L. intelligere debes. II.*

Imp. Gordianus A. Domino.

*Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. PP. 12. Cal. Iun. Sabino, & Venusto Coss. 241.*

SVMMARIA.

1 *Falsum*, Personali actione summota vincula pignoris durare, *vt est lectio vulgata: sed legendum,* non durare, *multis argumentis euidenter demonstratur.*

2 *Hæc verba, intelligere debes, perspicis, intelligis, & similia vsurpari solita de iis rebus, de quibus non debuit dubitari.*

3 *Personali actione seu ipso iure, seu per exceptionem perpetuam quamlibet sublata pignus exstingui, sine exceptione verum esse.*

4 *Etiam per præscriptionem triginta annorum actione personali summota, pignus solui.*

5 *Vno ex heredibus debitoris soluente, eatenus tolli personalem actionẽ; sed & pignus. & nihilominus verum esse in totum pignus manere, quia manet pro ea parte, quæ soluta non est.*

1 VERBA sunt hæc; *intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota.* Non † dubito, quin hic locus corruptus sit, & contra ita legendum: *vincula pignoris non durare personali actione submota.* Moueor his rebus. Primum sẽtẽtia affirmatiue hoc loco scripta aperte falsa est, siue in vniuersum actione personali submota pignus exstinguatur, siue exstinguatur vt plurimum, interdum autem duret. Nam ad refellendam generalem aliquam orationem, satis est ostendere, eam in vna aliqua parte falsam esse, vt falsa in totum probetur. quod a Dialecticis sumtum Iulianus vsurpauit *in leg. si is qui. §. vtrum. illic, quia cum significatio. ff. de reb. dub.* Multo magis, si fere in omnibus partibus falsa sit, in vna autem aliqua vera. qualem esse hanc sententiam necesse est omnium interpretum confessione, etiamsi concesserimus interdum pignus durare personali actione submota. Nam hoc conuenit inter omnes, si actio personalis ipso iure submota sit, pignus non durare, vt mox dicemus pluribus. Sed etsi submota sit per exceptionem, certum est regulariter pignus exstingui. Quod si hoc casu duret pignus, concedunt tamen id fieri, vbi actio personalis submouetur præscriptione triginta annorum, aut cum vnus ex pluribus heredibus partem suam soluit. Qui sunt duo casus ex innummerabilibus, in quibus solis omnium confessione personali actione sublata pignus non exstinguitur. Ex quo intelligimus aperte falsam futuram hanc sententiam, si generaliter & sine exceptione definiemus, personali actione sublata pignus durare. Cum sententia per se talis est, id est falsa, si affirmatiue legitur: tum vero neque hoc sensisse Gordianum Imperatorem neque affirmatiue scripsisse facile probari potest, & ex verbis huius loci, & ex consuetudine respondendi Imperatorum, ac iura constituentium.

Ex verbis sic colligitur. nam † hæc verba, *intelligere debes*, quibus Imperatores in rescriptis vti consueuerunt, adhiberi solent ad eas res, quæ sunt iuris certi & manifesti, queque sine exceptione recte in vniuersum definiuntur. Sunt enim verba increpantium, quasi dicerent; non debuisti me hac de re consulere, cum intelligere debueris ius ita se habere; veluti cum ita respondent, intelligere debes ex pacto actionem non nasci. *l. cum proponas. 21. ff. de pact.* item, intelligere debes donationem a marito tuo factam contraria eius voluntate reuocari. *l. si maritus. ff. de don. int. vir. & vx.* Simile est, cum respondent, perspicis, intelligis ius ita esse, *l. si actionem. ff. de pact. l. cum proponas. 17. ff. de transf. l. cũ dotem. ff. de iur. dot.* At personali actione summota si debitor consulit, vtrum pignus exstinctum sit, an duret, & putet non exstinctũ, debuit increpari, neque debuit ei dici, intelligere debes pignus durare; cum regula iuris communis sit in contrariam sententiam. 2

Præterea vsus respondendi Imperatorum lectionẽ affirmatiuam repudiat. nam iura non constituuntur ex iis, quæ forte vno aliquo casu accidunt. *l. 4. & seq. ff. de legi.* At secundum sententiam eorum, qui putant adhuc pignus durare, vno aliquo casu accidit, vt pignus duret personali actione submota.

Non debemus igitur existimare ius hoc generaliter de eo casu esse constitutũ. Huc accedit, quod cum aliquid simpliciter verum nõ est, sed tantum sub conditione, si illud aut illud factum sit, nunquam Imperatores respondere generaliter solent, sed sub conditione quam præmittunt, vt patet ex *l. vt responsum. ff. de transf. l. precibus. ff. de impub. & aliis subst.*

Quare & in hac constitutione, cum omnium cõsensu non sit verum, actione personali submota pignus durare nisi sub distinctione; intelligi debet de eo Imperatorem non sensisse, qui sine distinctione respondit. Quapropter cum neque hæc sententia affirmatiua vera sit, quocunque modo eam cum aliis interpretabimur, neque verbis Imperatoris conueniat, neque sit ex consuetudine loquendi Imperatorum; dubitare non debemus, quin ita Gordianus non scripserit; sed scripserit hoc modo, *Intelligere debes vincula pignoris non durare personali actione submota.* Et recte. nam hoc ita generaliter rectissime definitur secundum omnium sententias, & est certi iuris definitio: vt merito de eo dubitanti dici debuerit, intelligere debuisti id, quod est manifesti iuris, actione personali submota pignus non durare.

Sed † ne quis scrupulus nobis restet, doceo sine exceptione verum esse personali actione submota pignus semper exstingui, neque durare. Quod si verum est, de sententia quam posuimus, dubitari nullo modo potest. Id autem primum hoc argumento recte colligitur. 3

Personalis actio submouetur aut iure ipso, aut per exceptionem. *l. 5. supra de pact.*

Iure ipso, iis modis quibus obligatio iure tollitur, de quibus modis agitur titul. *Institut. quibus mod. toll. obligat.*

Per exceptionem, cum id factum interuenit, quo iure ciuili non tollitur obligatio, sed tamen eo interueniente non est æquum debitorem teneri. veluti, si creditor pactus sit, ne ab eo petat; si debitor sententia iudicis absolutus sit, cum pecunia ab eo peteretur; si deferente creditore iurauerit se non debere: ex quibus factis nascuntur debitori aduersus creditorem exceptiones pacti conuenti, rei

iudicatæ, iurisiurandi. de quibus & similibus agitur tit. *Inst. de excep.* At quocunq; modo ex his actio personalis submota sit, pignus tollitur. Si submota sit ipso iure, omnes cõcedunt pignus exstingui, *l. item. ff. quib. mo pig. vel hyp. sol. l. in omnibus speciebus. ff. de solut.* Sed etsi submoueatur per exceptionem pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, etiam pignus exstingui constat, *l. soluitur. in prin. & fin. l. antepen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quinimo si actione personali ipso iure submota pignus perimitur, recte colligitur hoc ipso etiam perimi, etsi actio personalis per exceptionem submota erit: quoniam nihil interest, vtrum quis actionem ipso iure non habeat, an eam habeat, quæ per exceptionẽ infirmet, *l. nihil interest. ff. de reg. iur.* Neq; plures sunt modi, quibus actio personalis submoueatur. Quare quocunque modo ea submota erit, pignus non durabit. Et vero nec potest. id quod rursum ex natura pignoris certo efficitur. Nam pignus est res pro debito obligata. *§. item Seruiana. Instit. de act. l. res hypothecæ ff. de pig.* Proinde vbi nullum debitum est, ibi nec pignus potest intelligi. Iam vero nullum debitum est ne tunc quidem, cum actio personalis per exceptionem perpetuam remouetur. Ergo ne tunc quidem pignus cõsistet. Nullum debitum esse, vbi actio personalis per exceptionem perpetuam submouetur, hæc liquido probant. Debitor is intelligitur, a quo inuito pecunia exigi potest *l. debitor. ff. de verb. sign.* Non potest autem ab inuito exigi, cum exceptione perpetua tutus est. Quapropter hac exceptione tutus nihil debere intelligitur. Idem declarat definitio creditoris in l. creditores, *l. creditor autem. ff. de verb. sign.* In quibus non alius dicitur esse creditor, id est, is cui aliquid debetur, quã qui exceptionem perpetuam non metuit. Item qui exceptionem perpetuam habet, si per errorem soluit, repetit. *l. qui exceptionem. ff. de cond. indeb.* Item qui exceptionem perpetuam habet, si id constituit, de quo exceptionem habet, non tenetur ex constituto. nempe quia non debitum constituit, *l. 3. §. 1. ff. de const. pec.* Relinquitur igitur illud, vt actione personali submota, quamuis per exceptionem pignus durare non possit; quia non possit dici res esse pro debito obligata, vbi nullum debitum esse constitit. Hinc dictum est, pignus esse accessionem principalis obligationis, *l. in omnibus. ff. de solut.* Porro certi iuris est, cum principalis caussa non consistit, nec accessionib. locum esse, *l. cum principalis ff. de reg. iur.* quam definitionem etiam ad pignus pertinere scimus ex *d. l. in omnibus.* Non infirmant hanc sententiam ea, quæ ab interpretibus adferri solent, vt probent, in his saltem actione personali submota pignus durare. Vulgo† receptum est id acci- 4
dere, cum actio personalis submota est præscriptione triginta annorum. Nam in hac specie constitutum est, nihilominus hypothecariam actionẽ durare post triginta annos vsque ad annos quadraginta, si cum debitore aut heredibus eius agitur. Non potest autem post triginta annos agi hypothecaria de pignore, nisi post triginta annos pignus duret. Durat igitur & post triginta annos pignus. proinde & post exceptionem debitori quæsitam. Sed exemplum ad rem nihil pertinet. Intelligere enim debemus post triginta annos sic durare hypothecariam & pignus, vt simul etiã duret actio personalis: quod fit, vbi prius ea actum est, aut interposita saltem per exsecutorem conuentio, aut debitor secunda cautione debitum agnouit: quibus modis interrumpitur præscriptio temporis, & fit actio personalis exinde perpetua ad annos vsque quadraginta, *l. sicut.* illic, nec sufficiat, *l. cum notissimi. §. sed etsi quis. l. vlt. C. de præs. 30. vel 40. ann.* Idque ex eo intelligimus, quod quoties aliquid concedi non potest, nisi prius aliud concedatur, posteriore concesso etiã prius constitui & concedi placet, *l. 2. ff. de iurisdict.* Non potest autem hypothecaria actio durare post triginta annos, nisi etiã actio personalis post illud tempus maneat, vt sit videlicet debitum, pro quo de pignore agitur. Quare etiam hoc casu vt hypothecaria agi possit, hoc constitui intelligendum est, vt ne personalis actio submota sit, sed ante facta sit perpetua. Alii† malunt 5
hanc sentẽtiam aptari ad duos heredes debitoris, qui sub pignore debuit. Nam si vnus ex his heredib. partem soluerit, in totum pro ea parte submouetur actio personalis. Atqui nihilominus pignus durat, *l. 1. C. hoc tit.* Sed hoc exemplum multo minus conuenit. Nam pro parte quidem eius, qui non soluit, pignus manet: sed pro ea etiam parte actio submota non est. Pro ea autem parte quæ soluta est, verum est, actionem personalem submotam esse. Sed nihilominus & hoc verum est, pignus pro ea parte exstinctum esse, vt supra docuimus. Ex quo apparet, in hoc exemplo quatenus actio personalis submota est; eatenus etiam pignus nõ teneri. quatenus autem pignus durat, eatenus durare, quatenus pars soluta non est. Quo exemplo magis sententia a nobis posita confirmatur.

## AD TIT. XXXII. SI VNVS EX pluribus heredibus creditoris vel debitori partem suam debiti soluerit, vel acceperit.

SVMMARIA.

1 *Singulis heredibus creditoris partem solum deberi: pignus autem pro ea parte in solidum teneri, & vendi posse.*

2 *Singulos heredes debitoris partem debere: hypothecaria autem non teneri, si non possideant: si possideãt, teneri in solidum.*

QVOD dictum est in l. 1. superiore titulo, vnum ex pluribus heredibus debitoris pro parte hereditaria soluendo nulla ex parte liberare pignus, quęstionem attulit, quæ hoc titulo explicatur; Quatenus in vniuersum heredes tum creditoris tũ debitoris in pignus succedant, seu quatenus singuli agant aut cõueniãtur. Exemplũ personalis actionis facere videbatur, vt hypothecaria actio inter plures heredes scindatur ꝓ portionibus hereditariis. Nã hoc modo inter plures heredes diuiditur actio personalis de eo quod debetur, idque tam inter heredes creditoris, de quibus ius statuitur *in l. 1. hic. & l. heredes. §. an ea. ff. fam. ercisc.* quam inter plures heredes debitoris, de quibus *in l. vlt. hic. l. pacto successorum, C. de pact. l. 2. C. de hered. act. l. 1. C. de excep.* Sed placuit aliam conditionem esse hypothecariæ actionis, de qua his rescriptis duobus statuitur. Ac† de heredibus creditoris hæc sententia est 1
*l. 1.* personalem actionem inter heredes creditoris diuidi pro portionibus hereditariis, vt & singulis pars tantum hereditaria debeatur, & singuli pro ea tantum parte agant. At pignus singulis in solidum teneri pro ea parte, quæ singulis debetur: vt intelligamus & singulos actione hypothecaria in solidum agere posse, & singulos distrahendi pignoris ius habere. Cur hęc tam dissimiliter, cum constet quæcunque res hereditariæ sunt a defuncto relictæ, non vltra heredes in eas succedere, quam quatenus heredes sunt? Id conditio earum

rum obligationum facit, ex quibus nascuntur hæ actiones. Quod enim dicitur actionem inter heredes diuidi pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, sic accipiendum est, si & possit diuidi. Quod si non potest, vt creditori, sic & singulis heredibus creditoris solida petitio est, *dict. leg. heredes, §. an ea.fa.erc.* Quapropter inter eos personalis actio diuiditur, quia ea actio est de pecunia debita, de fundo, & similibus rebus, quæ natura sua partis præstationem recipiunt, *l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur. ver. Celsus. D. de verb. oblig.* Hypothecaria actio inter heredes nō diuiditur: quia non potest, obstante non natura rei pignoratæ, quæ non minus diuidi potest: sed lege & conditione obligationis. nam pignus sic obligatur, vt tamdiu teneatur, donec omnis pecunia soluta erit, *l. si rem. §. omnis. D. de pign. actio.* Vnde etsi debitor maximam debiti partem soluerit, tamen in id, quod adhuc residuum est solidum pignus tenetur creditori, *leg. quamdiu, supr. de distr. pign.* Proinde & singulis heredibus solidum tenebitur, quantumcunque id erit, quod ex obligatione principali his debebitur. Nō enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, *l. 2. §. ex his, D. de verb. oblig.*

2 De heredibus † debitoris hæc sententia est, *l. vlt. hic.* diuidi inter eos personalem obligationem, vt singuli actione personali hereditaria pro portionibus hereditariis tantum teneantur: sic tamen, vt semper teneantur. Diuersam esse caussam hypothecariæ actionis. hac actione neque eos semper teneri, neque in solidum, sed quatenus possideant res pignori obligatas. nam & defunctus cui successerunt, isto modo teneretur. Hanc dissimilitudinem iuris facit natura & conditio actionis hypothecariæ. Hæc in rem est, *l. pignoris. supr. de pign & vt explicatur, in l. vlt.* rem pignoratam sequitur, & propter rem eius rei possessorem, id est, aduersus eos solum competit, qui possident, aut dolo malo desierunt possidere. *l. si fundus, §. in vindication. D. de pign.* quæ conditio est omnium actionū in rem *l. actionum, D. de obl. & act.* Hinc fit, vt si heres debitoris nullam rem pignori obligatam possidet, neque dolo malo desiit possidere, nullo modo teneatur hac actione. Contra autem, si quid possidebit, eatenus in solidum teneatur, nō pro parte hereditaria: quia solidum pignus possidet, non partem. Quid ergo si vnus ex heredibus, qui pignus totum possidet, offerat partem hereditariam eius quod debet? Nullo modo pignus liberat *l. 1. supra tit. prox. l. vnus supr. de distr. pig.* Quo fit vt solidum pignus restituere debeat, nisi solidum quod debetur, paratus sit soluere, *vt in l. vlt. dicitur.* Neq; quisquam dicat iniquum esse cogi vnum ex heredibus solidum soluere, cum partem tantum debuerit. Non cogitur id facere, si velit, est enim in eius potestate pignus restituere. sed si pignus retinere vult, alterum facere cogitur, *dict. l. si fundus, §. in vindicatione. D. de pign.* Quid, si heres velit creditori tantum soluere quanti pignus valet? traditur *in dict. l. vlt.* ne sic quidem audiendum eum esse. hoc enim est, quod dicitur teneri eum non pro modo singularum rerum substantiæ: quo significatur non teneri, quanti singulæ res substantia sua valent. Exempli gratia, centum debentur creditori. fundus in eam summam obligatus est. Defuncto debitore, vnus ex heredibus possidet eum fundum, qui valet tantum sexaginta. dicimus nihil agere heredem, si ad retinendum hunc fundum illa sexaginta offerat. Nempe huc res redit, aut solidum quod debetur, soluere debet, aut fundo cedere, *leg. si inter, §. vlt. D. de pign.*

## AD TITVLVM XXXIII. COD.
### Si pignoris conuentionem numeratio pecuniæ secuta non sit.

SVMMARIA.

1 *Occasio tituli, & sententia.*
2 *Cautio chirographum, cur.*
3 *Debitori eidemque domino ad repetitionem pignoris duplicem actionē esse, in rem, & pignoratitiam, neque priore posteriorem impediri.*
4 *Condicere rem suam neminem posse præterquam a fure, quomodo accipiendum.*
5 *In actione in rem quarum rerum intentio & probatio ab actore exigatur, & quomodo probentur debitori pignus a se datum repetenti hac actione.*
6 *Intentio dati pignoris & pecuniæ non redditæ non aliter tenet, quam si de fide debiti constiterit: quid sit in l. 1.*

NOn † male subiicitur hic titulus proximis superioribus. Diximus sub titulo *de luitione pignoris*, 1 pignus liberari, si debitor id luat: nempe id quod debitum est soluendo. Huius tituli hæc sententia est, non esse tunc necesse pecuniam soluere & pignus luere, cum reus pecuniam non accepit. ideo si spe futuræ numerationis debitor cautionem emiserit, qua fateatur sibi decem mutua numerata esse, & pignus in eam summam dederit, si postea pecuniam non accepit, non impediri eum mendaci scriptura, quominus rem a se pignori datam sine alia solutione pecuniæ repetat. Cautio † hic appellatur chirographum, vt alibi sæpe, quia chirographo aduersus periculum inopiæ probationis creditori cauetur, *l. qui tabulas. D. de fur. l. emtor. §. vlt. D. de pact. leg. 3. l aduersus. & pæne toto tit. supr. de non. num. pec.* Significatur hæc sententia *in l. vlt. hic.* Qua posita, hæc quæsita sunt. Primum qua actione possit debitor pignus a se datum repetere. 2

Hic † scriptum est *in l. 1.* posse eum in rem experiri, id est, aut rem iure ciuili vindicare tanquam suam, aut vindicare prætorio iure Publiciana actione tanquam rem a se bona fide possessam, *l. in rem. D. de rei vind. §. namque. Insti. de act.* Non est cōtrarium, quod legimus *in leg. solutum §. 1. D. de pign. act.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem. Nam vtraque actio debitori in eam rem competit, licetque ei vtra velit, experiri. neque impeditur regula iuris, † qua traditur neminem condicere rem suam posse, præterquam a fure, id est, neminem de re sua in personam agere posse præterquam cum fure, *§. sic itaque, Inst. de act.* Hoc enim sic accipiendum est, si quis rem suam tanquam suam condicat: alioqui tanquam a se pignoratam, tanquam depositam, tāquam commodatam nemo prohibetur cōdicere: quia qui hismodis condicit, non condicit tanquam suā, condiceret enim eo modo, etsi res aliena ab eo pignorata commodata, deposita esset. Deinde quæsitum est, quid debitor in rem agendo intendere, & probare debeat. Hic in l. 1. duo exiguntur dumtaxat: vt debitor dicat sibi pecuniam numeratam non esse, quam sibi numeratā scripsit, & præterea a se pignus dedisse, sed de hoc posteriore solum probatio exigitur, & recte. Prius ideo non probat, quia negat, & factum ne- 3 4

gantis per rerum naturam nulla probatio est, *l. asseueratio. supr. de non numer. pecun. l. actor. supr. de proba.* Posterius probat, quia dicit & intendit, & quod quisque dicit, probare debet, *l. 2. l. in exceptionibus. D. de probat.*

5 Sed videamus, † ne huic responso aduersetur natura actionis in rem. Nam hæc actio hic non competit, nisi domino, aut bonæ fidei possessori. quo fit, vt qui hac actione agit, alterutrum intendere debeat, aut se dominum esse, aut se bona fide emisse, vel ex alia iusta caussa accepisse. Eadem actio non datur, nisi aduersus eum qui possidet, aut dolo desiit possidere, vt hoc quoque non tantum intendere oporteat, sed etiam probare, vt is cum quo agitur, hac actione teneatur, *l. qui petitorio, D. de rei vind.* Quæ si ita sunt, verum non videtur, nihil amplius exigendum a debitore, qui de pignore in rem agit, quam vt probet pignus a se datum. quod tamen hoc rescripto significatur. Sed & priora vera, & verũ nihilominus hoc etiam posterius. Debet in proposito intendere debitor superiora omnia, quæ natura vindicationis exigit: nempe & rem esse in bonis suis, & eum cum quo agit, possidere, aut dolo malo possidere desiisse, & quia intendit, etiam probare illum oportet. Sed ad ea probanda hoc vnum sufficit, si probet pignus a se datũ: vt merito vnius huius rei exigatur hoc rescripto probatio, quæ superiora omnia continet. Nam quod attinet ad ius petitoris, quo rem suam, aut in bonis suis esse dicit, satis probatur aduersarii confessione, qui rem sibi pignoris titulo defendit. Qui enim pignus sibi datum intendit, vi ipsa hoc dicit, rem fuisse in bonis debitoris: quia alioqui pignus non esset, *l. qui prædium, supr. de alien. res. l. & quæ nondum, §. quod dicitur. D. de pign.* Quod attinet ad possessionem, hæc satis probatur hoc ipso, quod probatur pignus sine caussa illi datum esse. Nam si adhuc possidet, expeditum est: si non possidet, desiit possidere dolo. Cum enim sciret rem sine caussa a se teneri, statim restituere debuit. quod si non fecit, dolo fecit. Alterum autem satis est, vt quis rei vindicatione teneatur, si vel possidet, vel dolo desiit possidere. dolus pro possessore est, *l. parem, l. qui dolo, D. de regul. iur.* Recte igitur statuunt Imperatores in proposito sic debitorem actione in rem experiri posse, vt nihil amplius probare debeat, quam pignus a se datum, vbi intendat pecuniam sibi numeratam nõ esse. Sed quæritur, an non agenti obstet exceptio & defensio creditoris, qua sibi pignus datum esse intendit, & pecuniam quæ ipsi in chirographam deducta est, sibi redditam non esse. Videtur vero iusta hæc esse defensio ad remouendum petitorem. Nam si creditor pignus non possideret, vltro haberet actionem ad id persequendum, *l. pignoris, supr. de pig. l. item Seruiana. Inst. de act.* Ergo si possidebit pignus, multo magis exceptionem habebit ad id retinendum, iuxta regulam iuris, *l. inuitus. §. 1. D. de reg. iur.*

6 Hic † occupant Imperatores in *d. l. 1.* & addũt ad depulsionem huius obiectionis, *hanc intentionem dati pignoris & pecuniæ non redditæ non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit.* Intentionem vocant *vt recte Accursius interpretatur,* exceptionem, qua creditor vtitur ad pignus retinendum. Nam vt reus in exceptione actor est, sic eius exceptio intentio est, *l. in exceptionibus, D. de prob.* Dicunt intentionem non tenere: vt sit sententia, non tenere debitorem agentem. Dicitur autem actio & intentio tenere aduersarium, quæ aduersarium constringit, & cogit ei intentioni stare, *l. quæsitum, in pr. D. de pecul.* Quod dicunt, hanc intentionem non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit, occupatio est illa, quam dixi, quæ hanc sententiam habet, quasi ita scriptum esset? Potest quidem creditor illa intentione seu defensione vti, quàm diximus, quæ hanc significationem habet: qui pignus vindicare potuit, multo magis potest possessum retinere. Sed hoc ita est, si vere sit pignus. Nunc autem in proposito pignus non constitit. nam sine principali obligatione pignus nullum esse potest, *l. res hypothecæ, D. de pign.* Hic autem nulla est obligatio principalis, vbi pecunia, quam debitor scripsit numeratam esse, non est numerata. Certe non constat numeratam, nisi prius de fide numerationis constiterit probatione creditoris. Quare priusquã ille hoc probauerit, exceptio pignoris agenti non obstabit, vbi pignus nullum est. hoc loco occurritur Imperatoribus. Esto enim, probatio debiti exigatur a creditore. at hoc modo res illi expedita est, nam debitum satis probat chirographo debitoris, quo is profitetur sibi decẽ mutua esse numerata Ita enim ius est, vt qui quid scripsit, confessioni suæ stare debeat. *l. cum de indebito, in fin. D. de prob. l. generaliter. supr. de non num. pec.* Sed hoc ius in pecunia mutua locum non habet: in qua confessio pecuniæ numeratæ fidem non facit, vt proinde cogatur creditor hoc amplius probare, pecuniam a se numeratam, *leg. 3. supr. de non num. pec.* quam ad rem prodita est reo in hac specie exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. aduersus, supr. de non num. pec.* Hæc vero est illa probatio debiti, quæ hoc loco a creditore exigitur. Si tunc, cũ creditor pignus possidet, quod a debitore repetitur, agenti debitori cautio eius seu chirographum mendax non nocet, sed nihilominus creditor pecuniam a se numeratam probare debet, multo magis id probare debebit si pignus a debitore possessum vindicabit. Est enim maius onus petitoris, quam rei, *l. fauorabiliores, D. de regul. iur.* Ita si creditori reo hoc onus imponitur: multo magis imponetur pignus persequenti. quæ sententia est *l. vltim. hic.*

## AD TITVLVM XXXIIII. COD. De iure dominii impetrando.

SVMMARIA.

1 *Ius creditoris in pignore, vt aut distrahat, aut nemine ad emtionem accedente ius dominii a principe impetret.*
2 *Impetrationem dominii quæ præcedere debeant.*
3 *Forma in dominio impetrando obseruanda.*
4 *Impetrati dominii effectus.*
5 *L. vlt. C. de iur. do. imp. ius vetus distrahendi pignoris non mutari.*

Pertinet hic titulus ad ius creditoris in pignore. 1
Id ius summum esse diximus, vt distrahere liceret, *leg. si cessante, supr. de distr. pignor.* Neque vero quidquam amplius creditori conceditur in dominio pignoris. Itaque pignus sibi frustra addicit: frustra per interpositam personam emit, *l. & quæ sub. supr. de distr. pign.* Si tamen pignus expositum emtorem non reperiat, cõsultum est creditori, vt rem dominii iure ei possidere liceat. Id ius impetratur a principe ad eum modum, qui hic præscriptus est *in lege vltim. hoc titul.* Quam ita commodissime intelligemus, si in hac impetratione hæc ordine specten-

spectentur: primum ea, quæ hanc impetrationem præcedunt, deinde ipsa impetratio: postremo, quæ
2 hanc sequũtur. Quæ præcedere † debeant, hæc sunt. Primum, vt creditor denuntiet debitori, vt soluat, alioqui fore, vt ius pignoris exsequatur. Et hoc, si debitor non negabit se debere. quod si negabit, creditor iudicio aduersus eum experiri debet, & efficere, vt condemnetur. Secundum est, vt post hanc denuntiationem aut sententiam acceptam totũ biennium cesset debitor. Tertium, vt biennio exacto creditor pignus vænum exponat. Quartum, vt exposito pignore emtorem non reperiat. cum qua parte congruit *l. debitor, D. ad Treb.* Quintum, vt ad extremum creditor iterum præsenti debitori denuntiet, vt soluat. sin aberit, curet, vt magistratũ adeat, qui absenti per apparitorem tempus præstituat, intra quod adsit, & pecuniam offerat.

3 His † peractis reb. recte perueniet creditor ad dominii impetrationem. In quo impetrando hæc forma obseruatur, vt creditor precibus principi oblatis petat sibi pignus dominii iure possidere licere. quo facto, rescripto principis id impetrat. Quod de precibus hic dicitur, monendi sumus hæc esse, quæ his precibus creditor complecti debeat: nempe & nomina debitorum, & declarare se solemnia peregisse, de quibus diximus. sumtum ex *l. 1. h. t.* Ex eadem lege intelligimus creditorem non debere generaliter petere, vt sibi vniuersa bona debitoris addicantur, sed nominatim res certæ, vt de his venum expositis constare possit, deque earum æstimatione, ne plus consequatur creditor, quam ei debetur.

4 Impetrationem † sequitur huius effectus. est autem hic in §. sin autem tempore, vt post impetrationem debitori nihilominus aliquid iuris relinquatur in eam rem. Ac primum intra biennium ex quo ius dominii impetratum est, fit potestas debitori rei suæ recuperandæ, si modo debitum offerat cum vsuris, & omni damno, quod ex eius frustratione creditor passus est. Hoc ius singulare esse notandum est. nam postquam creditor dominus esse cœpit, postulabat ius dominii, vt res ei inuito auocari non posset, quantumlibet ei debitum offerretur, *l. non est. supr. de resc. vend. l. id quod nostrum. D. de reg. iur. l. penult. supr. si anti. cred.* Et ideo bene hic dictum est, hoc ius humanitatis caussa debitori tributum. Vsuræ de quibus hic dicitur, hæ erunt, quæ frequentantur in regione, vbi res agitur: dummodo non excedãt modum constitutum, *l. 1. D. de vsur. l. eos. §. 1. s. de vsur.* De damno quod diximus, si erit controuersia, de eo iuranti creditori fides habebitur, *d. §. sin autem tempore. in fin.* Biennio post impetrationem dominii peracto ius dominii creditori omni ex parte confirmatur. Sed tamen etiã tunc hoc relinquitur, de quo & agat ipse, & item debitor, vt siue ex ea re creditor minus consecutus sit, quam ei debetur, siue plus, id quo minus consecutus est, repetere possit vetere actione a debitore, *§. sed si quidem.* quod est amplius, id cogatur debitori reddere, *§. sin autem minus.* At qua actione? Nam debitor dominus rei esse desiit, & Iustinianus hoc casu omnia debitori iura integra hac ipsa lege seruari ibidẽ iubet: vt intelligere quis possit hoc casu etiam in rem actionẽ debitori competere, vt prius. Sed idem Iustinianus ibidem etiam post hanc quæstionem emergentem vocat creditorem dominum. Melius est igitur, ne hic pugnantia inducantur, sic locum accipere, vt omnia iura debitori integra seruentur, non in rem, cuius dominium iam confirmatum est creditori. sed ad hoc, vt quod amplius in pignore est, quam debuit, id a creditore consequatur: verum tamen propriis actionibus. Qua actione igitur? non rei vindicatione, quæ ei non competit, qui dominus esse desiit, sed condictione ex lege, quæ hac lege noua cõstituta in eam rem intelligitur, *l. 1. D. de condict. ex lege.* Cauet tamen Iustinianus, vt in eam summam quæ excedit debitum, res, cuius dominium impetratum est, pignori sit vel ipsi debitori, vel eius creditoribus, quibus ipse prius eam rem obligauerat. Quod si sit controuersia, quanti valeat pignus vltra quam creditori debetur, vt hoc ab eo reddatur, de eo sic constituit, vt intersit, vtrum eam rem apud se retineat creditor, an vendat. Si sibi retinet, tanti res æstimatur, quanti re vera est. Quod si de eo dubitetur, iudicis erit cognitio & æstimatio. *ver vlt.* Sin creditor eam rem vendat, non plus consequi intelligitur, quam quanti vendit. & si forte minoris vendiderit, quam quanti valet, non erit ei fraudi: dummodo iuret nihil dolo malo a se factum esse, vt minoris iusto venderetur, *§. sin autem dubitatio.* Hactenus constitutio. Sed † meminerimus huic locum esse, cum dominii ius impetrare vult creditor in pignore. ad ius autem distrahendi pignoris non pertinet. de quo dixi *ad l. 4. & seqq. supr. de distr. pig.* 5

## AD TIT. XXXV. COD. DE pactis pignorum, & de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

### *Ad L. Primam.*

Imper. Alexand. A. Victorino.

*Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit, solueret, cessurum se creditoribus hypothecæ venditionem non contraxit: sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. PP. 3d. Octob. Alexandro A. Cos. 223.*

Creditor pactus est, si intra certum tempus pecuniam non solueret, se creditoribus cessurum hypothecæ venditionem. Quæsitum est, *an pecunia sua die non soluta intelligatur pignus creditori venditum esse ex supra scripta conuentione.* Respondet Alexander non eam vim esse superioris conuentionis. Pactus est enim debitor se cessurum hypothecæ venditionem, id est, potestatem & ius hypothecam vendendi. Proinde nihil amplius ex conuentione habiturum creditorem, quam vt iure communi hypothecam vendat. Potest & rescriptum sic accipi, quasi quæsitum sit, an etsi tantum potestas tribuatur creditori ex superiore conuentione hypothecam vendendi, tamen conuẽtio seruari debeat. Mouet, quod lex commissoria in pignoribus repudiata est. Videri autem potest hæc conuentio legi commissoriæ similis. Etenim lex commissoria in pignoribus est, vt res sit vendita creditori pœnæ caussa, si sua die pecunia soluta non erit. Hac vero conuẽtione efficitur, vt res vendatur, si minus creditori, at certe alii. Respondet Alexander, conuentionem hanc valere. neque enim esse legi commissoriæ similem: quoniam ex lege cõmissoria venditio contrahatur cum creditore pro ea pecunia quæ debetur. hac autem conuentione debitor venditionem non contrahit, neque cum creditore, neque cum vllo alio: sed tantum id tribuit creditori,

ditori, quod ipse etiam sine conuentione esset habiturus, nempe vendendi potestatem. Ex quo recte cōlligit, eum iure cōmuni recte pignus vendere posse. Potest etiam locus sic accipi verbis nō repugnantibus, quasi dicat Imperator, conuentionem hanc qua debitor paciscitur, se pecunia non soluta cessurum hypothecę vendēdæ potestatem, esse inutilem, quia sit superuacua. nam etiam sine conuentione ius idem creditor esset habiturus. Quod verum esse docuimus ad *leg 4. & seqq. supr. de distr. pign.* Hac postrema sententia exprimitur illud, quod indicatur in *l. Cornelius. D. de here. inst.* adiectionem omnem superuacuam esse eius rei, quæ etsi adiecta non esset, intelligeretur tamen.

*Ad L. 2. Si fundi nomine.*

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Dionysio.

*Si fundi nomine quem vendideras, emtori ab alio mota proprietatis quæstione, alterum fundum pro eius euictione pignoris hypothecaue titulo emtionis instrumentis ea lege dedisti, vt quem secundo tradideras, si is, quem vendideras, euictus non fuerit, obtineas: de hoc contra eum qui mouerat quæstionem lata sententia: emtori parata securitate circa eum quem obligaueras restituendum: conuentionis fidem impleri (si negotium integrum est) præses iubebit. S. Calend. Decembr. Sirmii, AA. Coss.*

Sententia hæc est, cum pignus sub conditione datum est, deficiente conditione pignus nec datum videri, eoque & de pignore competere pignoratitiam actionem. quod pene totidem verbis comprehensum est *in l. solutum. §. 1. D. de pign. actio.* Rescriptum id hoc loco ex facto in hac specie, cum fundus creditori obligatus esset hac conditione, si alius fundus venditus euictus esset, & constitit eum fundum euictum non esse. Ergo, quod quæsitum est hoc loco, erit in hanc rem de pignore recipiendo pignoratitia actio. Quæ actio, quia certa est & vulgaris, ideo præscriptis verbis actioni in proposito locus non est, si ius vetus sequamur. *l. 1. 2. & 3. de præs. verb.*

*Ad L. Vltimam.*

Imperat. Constantinus A. ad populum.

*Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit, & futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. Data. 2. Cal. Febr. Serdicæ, Constant. A. VII. & Constantio Cæsare Coss. 354.*

SVMMARIA.

1 *Lex in conuentionibus, quid.*
2 *Commissoria, quid.*
3 *Lex commissoria in emtione, quæ.*
4 *Lex commissoria in pignoribus, quæ: & cur improbata.*
5 *Legem commissoriam in emtione ne nunc quidem improbari, aut improbatam antea: & cur aliter in pignoribus.*
6 *Legem commissoriam in pignore nusquam alibi admissam proponi, & de locis in speciem cōtrariis responsum.*

Cetera pacta in pignore dando recipiuntur. Improbatur id solum, quod hic dicitur lex commissoria in pignore, de qua dicemus hoc ordine: Quid sit lex commissoria, & vnde dicatur: Quid sit caussæ, cur lex commissoria in pignore improbetur, non in emtione: Quibus conditionibus improbetur, & qui loci in iure hanc legem admittere videantur. Lex in conuentionibus † dicitur conuentio non quæuis, sed conuentio traditioni rei nostræ adiecta, aut conuentio, qua in re nostra tradenda conuenit, vt qui accepit, aliquid faceret, aut non faceret, quasi dicas, traditionis rei nostræ temperamentum quoddam, *l. legem, supr. de pact. l. ea lege. supr. de condict. ob cau. dat. l. 1. l. 3. l. seruus ea lege. D. de ser. expor.* quam vim huic verbo subesse, & vnde sit ducta, ostendit ad *d. l. legem, supr. de pact.* 1

Commissoria † dicitur a committendo. Dicitur autem res quæque committi alicui, cum domino rei suæ dominio excidente dominium alteri acquiritur, vt sic res dicatur alteri commissa, quasi dicas ita ei traditam, vt incipiat in eius iure & potestate esse. denique sic commissam alteri, vt is pro suo arbitratu de ea re possit statuere. Id intelligere possumus in iis mercibus, quæ ob delictum fraudati vectigalis dicuntur in commissum cadere, id est, in pœnā commissi. *l. interdum. D. de publ.* Nam hic in commissum merces cadere dicuntur, quæ committuntur fisco & dicuntur fisco committi, quæ veteribus dominis ademtæ fisco vindicantur, quasi dicas, fisco traduntur, vt sint iam in eius potestate *l. commissa, D. de Publicia.* quam verbi significationem & originem confirmaui pluribus, *ad l. 4. §. Cato. D. de verb. obl.* 2

Hinc † dicta est lex commissoria in emtione. Est enim hæc lex, cum in conuentione ita conuenit, vt pretium certa die solueretur, & nisi solutū esset, res esset inemta, id est, emtor dominio eius rei excideret, res ad venditorem veterē dominum reuerteretur, *l. 2. D. de leg. com.* Qua conuentione apparet, rem emtori ademtam venditori committi, id est, quasi tradi & addici, vt is de ea pro suo iure statuat. Hęc exemplo † dicta est hoc loco lex cōmissoria in pignore, cum creditor pecuniā credit ea lege, id est, eo pacto & conditione, vt pecunia certa die sibi reddatur, si ea die soluta non erit, vt pignus, quod eo nomine obligatum est, suū fiat pro pecunia credita, & ꝙ iam sæpe diximus, ei committatur pignus pœnæ caussa ob id, quia pecunia sua die soluta non sit. Hæc est lex, seu conuentio traditioni pecuniæ & pignoris adiecta, quæ hac lege improbatur. Non recte improbatur, dixerit aliquis: quoniam si non læditur hac conuentione debitor, nulla caussa est eius improbandæ. Sed etsi læditur, tamen ideo conuentio seruanda est, quia licet vnicuique de re sua pacisci: licet etiam vnicuique paciscendo deteriorem conditionem suam facere. *l. iurisgentium. §. si pacis. ar. leg. pactum. D. de pact. l. pen. supr. de pact.* Et improbandi ratio est, quod non omnia pacta de re priuata valent, sed ea, quæ neque dolo malo facta sint, neque contra bonos mores, cetera contra, *leg. iurisgentium, §. ait, D. de pact. l. pacta, quæ contra, supr. de pact.* Hæc aūt lex, de qua agitur, ex hoc genere est, est enim contra bonos mores. Et probabile est, non hac constitutione Constantini primum hanc legem improbatam esse, sed etiam displicuisse veterib. tantū pœna aucta est, & ius apertius constitutum hac constitutione, cum aut veteres in eo variarent sententiis, aut ab his ita conuentio 3 4

accipe-

acciperetur, vt reciperetur per conniuentiam. Est autem contra bonos mores, quia inuitat creditorem ad delinquendum & fraudandum eos, qui non consentiunt, quod genus totum improbari constat. *l. 5. D. de pact. dot.* Inuitamentum ad fraudandum huiusmodi est. nam si impune licebit creditori hoc pacisci, semper hanc legem in pecunia credẽda adiicient creditores, & res ad se quam minimo transferẽt. debitores autem necessitate pecuniæ accipiendæ constricti & hanc legem & aliam quamuis facile suscipient, vt sibi pecunia potiri liceat. Hæc lex nominatim improbatur in pignore. Vnde † intelligimus

5 legem commissoriam in emtione etiam nũc manere. Id enim manere necesse est, quod sublatum nõ probatur, *l. præcipimus, in fi. supr. de appell.* Et merito lex commissoria in emtione non item improbatur, vt in pignore. Altera enim iniusta est, altera iusta. Lex commissoria in pignore dominiũ veteri domino aufert. Lex commissoria in emtione dominium veteri domino conseruat, nempe vẽditori. Lex commissoria in pignore pignus addicit creditori pro minima pecunia interdum, quæ credita est. Lex commissoria in emtione rem venditori suo addicit iusto pretio, certe eo, quod ab emtore prius profectum erat, de quo ille queri non debet. Postremo lex commissoria in pignore adiicitur non consentiente debitore, qui necesse habet propter inopiam pecuniam accipere. Lex autem commissoria in emtione nulla necessitate adiicitur: quia nemo cogitur emere. Non est igitur mirandum, si in emtione recepta, in pignore improbetur. Neque vero credibile est vnquam constitutione Constantini in emtione legem commissoriam repudiatam fuisse. Etsi enim hæc constitutio in Codice Theodos. indefinite legitur scripta de lege commissoria: tamen ex adiunctis constitutionis apparet Constantinum sensisse de lege commissoria in pignoribus. Primum quia nominat acerbitatem huius legis cõmissoriæ, quæ acerbitas huius legis nulla est in emtione. Deinde iubet creditores accipere, quod dederunt; quæ verba ad venditorem non pertinent, sed ad eum, qui mutuam pecuniam credidit. Vtcumque est, semper illud constat legem superiorem improbari saltem in pignore hac constitutione.

6 Sed videndum est, † ne qui loci huic constitutioni aduersentur. Ex quo genere plerique esse videri possunt. Primum recipitur hæc venditio, si debitor pecunia accepta, & dato pignore, simpliciter postea pignus det creditori in solutum. *l. cum dominam, s. de pign. l. Titius. D. de pign. act.* Quidni igitur & ab initio in pignore dando pignoris quoque venditio recte contrahatur sub cõditione, si pecunia soluta non erit? Sed longe dissimilia hæc sunt. Nam hac venditione ab initio interposita fraudatur debitor, qui necesse habuit eam interponere, cum creditor alia lege pecuniam non daret. Postea aũt si debitor rem vendit pro pecunia vendita, volens rem vendit, non coactus, *l. nec emere. s. de iur. delib.* Nemo autem videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt, *l. nemo videtur, D. de reg. iur.* Immo, dicet aliquis, etsi venditio pignoris contracta erit ab initio sub hac conditione, si pecunia soluta non erit, venditio recte contrahetur. Sic enim recte cõtrahi placet, vt pecunia sua die non soluta, res creditori emta sit iusto pretio tũc æstimanda. *l. si fundus, §. vlt. D. de pign.* Sed multum interest, vtrum conuenerit, vt res creditori emta esset pro pecunia credita, an vero emta esset iusto pretio. Nam hoc casu posteriore nulla iniuria fit debitori, si iustum pretium accipit. Postremo obiicitur *l. vlt. D. de con. emt.* vbi ipsissima lex commissoria, de qua diximus, admitti videtur. Recipitur enim hæc conuentio, fideiussor qui creditori debitoris datus est, habeat pignus creditori datũ sibi emtum, si pecuniam nomine debitoris creditori soluerit, & habeat tantum pro pecunia creditori soluta, id est, debitori credita. Respondeo: Lex cõmissoria in pignoribus improbatur, quæ rem addicit ipsi creditori, non etiam quæ rẽ addicit vel fideiussori, vel alii, qui pecuniam non credidit. Differentiæ ratio est, quod creditori adiicere hãc legem cogitur debitor, qui aliter pecuniam non acciperet a creditore: alii adiicere non cogitur, quoniam ab eo pecuniam nõ accipit. Iam autem dixi neminem fraudari, qui sciat & consentiat non coactus.

## AD TIT. XXXVI. COD. DE exceptionibus, seu præscriptionibus.

SVMMARIA.

1 *Liberationum summa diuisio.*
*Ipso iure liberari, quid, & quid per exceptionẽ, ibid.*
2 *Exceptionem ad liberationem initio opponi debere: & illud Pauli quid sit, In stipulationibus ius, in pactis factũ versari. l. si vnus. §. pactus. D. de pact. & num. 10.*
3 *Exceptio quid.*
4 *Exceptionis vis ad liberandum, & huius vis ratio. & num. 6.*
5 *Nullam esse exceptionem, nisi quæ actioni prius iure summo constitutæ opponatur.*
6 *Iusta petitio, & iniqua apud Iustinianũ quid distẽt.*
7 *Exceptiones facti, quæ vulgo dicuntur, exceptiones non esse.*
8 *Intendere, intentio, quid, & vnde translata appellatio.*
9 *In condemnationem quid deducere, quid sit in leg. 2. D. de excep.*
*Eximere condemnatione, minuere cõdemnationem, de quibus exceptionibus dictum. ibid.*
10 *Exceptionis vsus, vt in lite contestanda opponatur actori: hinc illa verba opponere, obiicere exceptionẽ, exceptione actori occurrere.*
11 *Exceptio vnde sic dicta, & cur dicta conditio.*
12 *Exceptiones temporales, aut perpetuas esse, & quid horum vtrumque.*
13 *Temporalium exceptionum genera, & caussæ.*
14 *Perpetuarum exceptionum species & caussæ.*
15 *Præscriptionem nihil aliud esse, quam exceptionem, & vnde huius appellationis origo.*
16 *Præscribere aliunde esse, quod præscriptione seu exceptione vti aduersus aliquem: & errare eos, qui præscribere putant idem esse, quod tempore acquirere, præscriptionem longi temporis esse acquisitionem, quæ longo tempore contingat.*

CVm propositum sit deinceps de liberationũ generibus agere, & de stipulatione, sine qua nõ fit recte nouatio & acceptilatio: non inepte factum videtur, vt cõiungeretur hic tractatus *de exceptionibus.* Est enim exceptio species liberationis. Et quoniam minus hoc modo debitores liberantur, quam cum liberantur ipso iure, inde etiã factum videri potest, vt hic tractatus præmitteretur iis caussis, quibus ipso iure obligatio tollitur. Id quale sit, intelligetur ex diuisione liberationis.

1 Ergo † liberātur debitores iure omnium obliga-
tionum cōmuni partim ipso iure, partim per exce-
ptionem, *l. qui seruũ. §. 1. D. de obl. & act. l. cum quis. 38.
§. 1. l. qui decem 72. D. de sol.* Ipso iure, cum ipso solum
iure, puta verbis ipsis legis sine alio suo facto quis li-
beratur. quod quib. modis fiat, dicetur oportunius,
infra ad tit. *de nouat.* Per exceptionẽ, cum subtilitate
iuris, id est, verbis ipsis manente obligatione, reus æ-
quitate aliqua defensionis se tuetur. quæ defensio a-
ctioni opposita dicitur exceptio. *Inst. de excep. in pr. &
deinceps. l. si quis cum 36. de verb. obl.* Valet interdũ ipso
iure idem, quod iure ciuili, nō prætorio. de qua signi-
ficatione horum verborũ in vsu iuris scripsi plurib.
ad §. *actiones aũt, Inst. de act.* Hic ipsum ius exceptio-
ni oppositũ idem valet, quod ius solum. Estq; omni-
no superioris distinctionis hæc sentẽtia. Tollitur ob-
ligatio & actio ipso iure, id est, solo ita, vt ad omnem
defensionem in lite contestanda sufficiat reo negare
se debere. Perimitur per exceptionem, cum necesse
est, vt fateatur se adhuc iure ciuili debere, sed aduer-
sus intentionem iure ciuili comparatam opponere
debet defensionem, qua actionem excludat: quæ, vt
dixi, defensio exceptio appellatur *Inst. de excep. in pr.
& deinceps.* Ita fit, vt defensio exceptionis sit in facto
2 rei posita ad eius liberationem. Hoc est, † quod Pau-
lus scribit *in l. si vnus, §. pactus, D. pact.* in stipulationi-
bus ad liberandum reum ius, in pactis autem factum
versari. Non significat, vt vulgo ea sentẽtia accipitur,
pacta iure non valere ad liberationẽ, sed tantum fa-
ctum nudũ habere. Nam reuera pactum prodest ad
liberationem nō minus, quam stipulatio Aquiliana.
*l. 5. §. de pact.* Sed inter vtrumq; hoc interesse signifi-
cat Paulus, quod stipulationes & liberationes iuris
ciuilis ius continent, id est, iure ipso debitorem libe-
rant & actionem perimunt, pacta autem factum de-
bitoris continent ad liberationem, id est, ita debito-
rem liberant, si ipse in iudicio exceptionẽ opponat,
& eo facto se tueatur aduersus intentionem, de quo
scripsi plura ad d. l. 5. *supr. de pact.*

Hac diuisione constituta, res eo redit, vt si noueri-
mus, quid sit exceptio, & quib. ex caussis exceptiones
de re quaque nascantur, siue quot genera sint excep-
tionum, eadem opera quibus modis quisq; per ex-
ceptionem liberetur, intelligamus. quæ nunc breui-
3 ter subiiciam. Exceptio † sic definitur ab Vlp. *in l. 2.
de excep.* quasi quædam exclusio, quæ actioni cuiusq;
rei opponi solet ad excludẽdum id, q̃ in intẽtionem
condemnationemve deductum est. Aliis verbis, sed
prope eadem sententia sic definitur a Paulo *in l. ex-
cep. 22. D. eod.* vt sit conditio, quæ modo eximit reum
damnatione, modo minuit damnationẽ. Definitio-
nes sumtæ illa ab effectu exceptionis, & vtendi, mo-
do, hæc etiam a conceptione.

4 Effectus † hic est. Exceptio exclusio est actionis.
Hinc intelligimus, tametsi debitor, qui exceptionem
habet iure cōparatã, actione vetere iure ciuili tene-
tur, tamen opposita exceptione id eum consequi, vt
non magis teneatur, quam si aduersus eum nulla es-
set actio. ad quod demonstrandũ pertinent exempla
tit. *Inst. de excep.* Atq; hinc nata regula iuris, nihil in-
teresse, vtrum quis actionẽ non habeat, an ea per ex-
ceptionem infirmetur, *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Ex
eadem vi nata verba rei conuenientia repelli, remo-
ueri, submoueri, excludi, infirmari actionem exce-
ptione seu ope exceptionis, quæ legẽti passim in hoc
5 argumento occurrent. Nō est † exceptio quæuis ex-
clusio, sed exclusio actionis: ex quo intelligimus nul-
li competere exceptionẽ, nisi subsit actio iure ciuili
constituta, qua is teneatur: vt persecutio quidẽ iusta
sit, sed sit iniqua aduersus eum cum quo agitur, vt lo-
quitur Iustin. *Inst. de excep. in pr. & deinceps.* Iustã vo-
cat, † quæ iure nititur & cōsistit, iniquam, ex qua non 6
sit æquum debitorẽ condemnari, postulante id legis
sententia. Et vero hac de caussa recte constituitur, ne
actio legitima noceat, quæ iure tantũ summo nocet.
Neq; enim ius summũ dicendũ ius est, nisi abusiue.
Vnde ius definitur ars nō summi iuris & verborum,
sed æqui & boni, *l. 1. D. de iust. & iur.* Quod † si ita est, 7
apparet errare vulgo interpretes, qui cuderũt nobis
eas exceptiones, quas appellant facti, id est, eas allega-
tiones, quibus ostenditur actionẽ ipso iure sublatam
esse: veluti cum debitor solutionẽ allegat. Atqui non
est exceptio, quæ actionem præcedentem nō exclu-
dit. Solutionis aũt allegatio non potest actionẽ præ-
cedentem excludere, cum actio post solutionẽ nulla
esse cœperit. Explicat aũt Vlpianus, qualis sit hæc ex-
clusio, quæ obiicitur. Ad excludendum, inquit, id q̃
in intentionem condemnationemue deductum est.
In intentionem, id est, in petitionem. Intendere † est 8
contendere aliquid ab aliquo, vt nobis præstet; vel
affirmare aliquid, quo ab alio quid petamus, *§. 1. Inst.
de act.* Hinc intentio omnis affirmatio, qua aliquid
ab aliquo petimus. *l. si quis intentione. D. de iud. l. vin-
dicantem. D. de euict. l. in exceptionib. D. de prob.* Signi-
ficatio translata a sagittariis, qui arcum intendunt in
rem aliquam, vt eam petant. quod facit omnis, qui
iudicio experitur, dum aduersus reum intẽdit actio-
nem. Vnde & actor, cum agit, dicitur dirigere actio-
nem aduersus reum, *l. 2. h. tit. & l. 1. §. de exsec. rei iud.*
In condemnationẽ † accipere possumus, & in con- 9
demnationem futuram, & in condemnationẽ præ-
teritam: vt significetur exceptionem excludere id,
quod in intentionem deductum est in hoc, vt reus
postea condemnetur in id, quod petitur, vel vt exclu-
datur id, in quod iam reus condemnatus est. quam
ad rem cōparatæ sunt exceptiones iis, qui in id quan-
tum facere possunt conueniuntur ex condemnatio-
ne. de quibus in *§ pen. Inst. de act.* Ex hoc sensu illud
dictum accipi potest, quod est in definitione Pauli,
cum dicitur exceptio esse qua modo reus eximitur
condemnatione, modo minuitur cōdemnatio. Exi-
mitur condemnatione, cum petitio penitus excludi-
tur, minuitur cōdemnatio, cũ in id solum, quod fa-
cere potest, condemnatur, aut in solidum cōdemna-
tus conuenitur tãtum in id, quod facere potest pro-
pter exceptionem.

Atque † hic effectus est exceptionis. Sed quomo- 10
do exceptione vtetur reus ad defensionem? Id indi-
catur verbis illis definitionis, quæ cuiusq; rei actioni
opponi solet, quibus significatur ita exceptione ex-
cludi actionem, si exceptio actioni opponatur. Hinc
illa rursum nata ex re, obiicere, opponere exceptio-
nem, petenti actori exceptione occurrere, quod po-
stremum est *in l. 4. D. de seruit.* Opponitur aũt in lite
contestanda. *l. si quidem. l. præscriptionem. §. h. tit.* Atq;
hæc oppositio ita exceptionis propria, vt si sit præ-
termissa, nihil prosit postea reo exceptio ad libera-
tionẽ. Vnde merito diximus defensionem omnem
exceptionis in facto rei esse positam. Sic ergo exce-
ptione vtimur ad excludendam actionem.

Est † præterea & exceptionis sua conceptio & for-
mula verborum, a quo exceptio conditio appellatur 11
*in d. l.*

*in d.l.exceptio.ff.de excep.* Si cognouerimus, quamobrem defensio ad excludendam actionem comparata dicatur exceptio, simul quamobrem dicatur conditio intelligemus. Nonnulli putant exceptionem dictam esse, quia exceptione sic excipiatur actio intentata a debitore, vt pila in nos emissa a nobis excipitur, quam in alium retorquemus. Non male fortasse, si vis verborum spectetur. Sed verendum est, ne non satis sit ex vsu auctorum. Nam exceptione dicitur actio repelli. Contraria sunt emissum accipere & repellere. Res sic habet. Defensio omnis actioni opposita ad eam excludendam eodem modo dicitur exceptio, quo vsitate exceptiones dicuntur orationes, quibus aliquid de regula excipimus. Id enim facit omnis defensio, si cum intentione aduersarii conferatur. Nam intentio actoris generalis est, qua exempli gratia, decem mutua petens id agit, vt reus in ea decem condemnetur, quia intendat omnem, qui mutuum accepit, mutuum reddere debere. Exceptio a reo opponitur, qua excipit pactum, iusiurandum, rem iudicatam, & similes caussas, ex quibus exceptiones nascuntur: vt dicat videlicet, quod intendis, actor, generaliter omnem, qui mutuum accepit, mutuum reddere debere, sic accipiendum est, nisi pactum inter nos interuenerit, ne a me peteres, nisi ego iurauerim te deferente me reddere debere, & si quæ sunt similes caussæ, quæ totidem sunt superioris definitionis exceptiones. Iam vero omnis exceptio ; qua quid excipitur de regula, conditio est, certe concipitur sub conditione. Sic enim subiicitur: hoc ita est, si non, nisi illud aut illud factum erit, & si quæ particulæ eandem vim habent. Hinc factum, vt exceptio conditio appelletur. Quam ob caussam animaduertere possimus fere omnem exceptionem concipi sub conditione. Ex innumeris locis liceat duos citare. *l. 2. l. si a te. ff. de excep. rei iud.* de quo more iudiciorum veterum si quis plura desideret: reperiet diligenter expositum a Duareno, *ad l. iuris gentium §. 1. ff. de pact.* in illis verbis, *actionem a prætore dandam.*

12 Nunc † quæ sint exceptiones, seu qui modi, quibus per exceptionem in re quaque quis liberetur, videamus. Exceptionum duo sunt genera. Quædam sunt temporales & dilatoriæ, quædam perpetuæ & peremtoriæ. Temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Aliter temporales præscriptiones seu exceptiones dicuntur sub titul. *de diuers. tempor. præscription.* Illic enim exceptiones temporales dicuntur, etiam quæ sunt perpetuæ: sed temporales ideo, quia ex vsu longi temporis nascuntur. Perpetuæ & peremtoriæ sunt, quę perpetuo agenti obstant, eoque modo rem, id est, caussam, de qua agitur, perimunt: hæc *in l. 3 ff.*
13 *de except. & §. appellantur. Instit. eod* Dilatoriarum † & temporalium exceptionum tria genera sunt. Quædam sunt iudicii recusandi & transferendi caussa, natæ ex eo, quod quis non recte iudicium ordinat, puta quia is agit, cui actio non competit, aut eo loco agitur, vel apud eum magistratum, vbi & apud quem conueniri quis non potest: quo in genere est exceptio, quæ dicitur procuratoria, & eæ quæ dicuntur vsitate fori præscriptiones. *§ penultim. Instit. eod. l. vlt. hoc tit.* Quædam sunt de re ipsa, quæ ex pacto nascuntur, cum ita conuenit, ne intra certum tempus ageretur. *§. appellantur. Inst. eo.* Quædam minuendæ condemnationis gratia, quę non tam ex re, quam ex conditione personæ debitoris nascuntur, eique humanitatis caussa tribuuntur. Huius generis est exceptio omnis, quæ datur debitori in id, quod facere potest. Quæ quibus personis, & quibus ex caussis tribuantur, exponitur *in §. pen. Inst. de act. l. sunt qui. & seqq. ff. de re iud.* Huius generis exceptiones recte dilatorias & temporales esse dicimus: nam tamdiu nocent creditori, quamdiu debitor facere non potest: quod si debitor facultatibus auctus sit, & facere posse incipiat, iam amplius non vtitur hac exceptione. *l. vnica. §. cum autem. ꝫ. de rei vx. act.*

Perpetuæ † & peremtoriæ exceptiones caussis i- 14
tidem distinguuntur: quæ sunt variæ. Licet autem hanc generum distinctionem in his obseruare. Igitur quædam iam a principio in re contrahenda statim nascuntur, quædam exsistunt postea. Nascuntur ab initio exceptiones perpetuæ partim ex re, & eo quod factum est: partim ex persona aut rei, aut debitoris. Ex re nascuntur, si quis quid metu promiserit: si promiserit inductus dolo, si promiserit errore laplus, dum putat se debere quod non debet: si cauerit pecuniam tanquam acceptam, quæ ei numerata non sit. Hinc illæ exceptiones: *Quod metus caussa*, de qua *in Instit. eod. in princ.* Exceptio doli specialis, de qua *in in Instit ibidem. & titul. ff. de doli mali & metus except.* nam & generalis doli exceptio est, quæ ex omnibus aliis exceptionibus oritur: quoniam dolo facit, quicunque id. quod quaqua exceptione elidi potest, petit. *l. 2. §. & generaliter. ff. de doli mali & metus exceptio.* Exceptio in factum erranti, de qua eodem loco *Inst. & l. si quis cum aliter. ff. de ver. obl.* Item exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua *in §. 2. Instit. eod. l. aduersus. & tot. tit. ꝫ. de non num. pec.* Has exceptiones iam ab initio nasci apparet: quia iam ab initio caussas, ex quibus nascantur, constitutas habent. Ex persona nascuntur ab initio duæ, exceptio SC. Macedoniani, & exceptio SC. Velleiani. Prior filiisfamilias comparata est de pecunia ipsis credita: comparata non ipsorum fauore, sed odio fœneratorum. Posterior tributa mulieribus, quæ pro aliis intercesserunt, ipsarum scilicet gratia, dum earum infirmitati consulitur. de his est *in l. 7. § 1. ff. eod. l. qui exceptionem. ff. de cond. ind.* Adde titulos, qui sunt de his caussis D. & C. *de senatusconsult. Macedonian. & ad senatusconsult. Velleian.* Exsistunt post rem contractam exceptiones ex his pene caussis. Primum ex voluntate actoris, si voluit debitorem, aut eum, cum quo agitur, non teneri. Tum ex iureiurando debitoris, si iurauerit debitor actore deferente se non debere. Præterea si debitor iudicio absolutus erit. Postremo ex tempore. Voluntas actoris debitorem exceptione liberat, quocunque modo nuda voluntate constituerit, ne debitor teneretur. Hinc exceptio pacti conuenti, si conuenerit inter debitorem & creditorem, ne creditor peteret: de qua *in §. præterea. Inst. eo.* hæc edicto de pactis comparata est. *l. iuris gentium. §. sed cum nulla. & §. ait. ff. de pact. l. in bonæ fidei. ꝫ. de pact.* Hinc & exceptio in factum vel doli mali aduersus heredes, si testator voluit debitorem aliquo modo liberari: de qua specie est *in l. 1. hoc tit.* Ex eodem fonte est exceptio rei venditæ & traditæ, proposita ei cui res vendita tradita est ex voluntate venditoris, aut eius, qui postea vēditori heres exstiterit. *l. 1. & tot. tit. ff. de excep. rei vend.* Ex iureiurādo est exceptio iurisiurandi, de qua *in §. æque. Inst. eo.* hæc ꝓposita est edicto de iureiurando: de qua *in l. ait. & l. nam postea quam ff. de iureiur.* Ex sententia, qua absolutus est debitor est exceptio rei iudi-

catæ: de qua *in §. item si. Inst. eod. & tot. tit. ff. de except. rei iud. & l. 2. hoc tit.* Ex tempore nascitur exceptio ex constitutionibus, cum intra tempora constitutionibus constituta creditor non egit. *l. sicut. & pene tot. tit. ȝ. de præs. trig. vel quad. anno.* & si qui sunt similes loci, quibus ad agendum certa tempora præstituta sunt. Hæ fere exceptiones, & exceptionum caussæ sunt: quod si quæ aliæ reperientur, sunt eiusmodi, vt ad has nullo negotio referri possint. Vide tit. Dig. *quarum rerum actio non detur.*

15 Quæ † de exceptionibus diximus, eadem dicta intelligenda sunt de præscriptionibus, quæ pars est altera huius inscriptionis. Nam præscriptio nihil aliud est omnino, quam exceptio. Vnde inscriptio huius tituli non sic concipitur, *de exceptionibus & præscriptionibus*, quasi de rebus diuersis, sed *de exceptionibus*, seu *præscriptionibus*, particula, *seu*, interposita, quæ easdem res proponi declarat: vt in illis inscriptionibus liquet, *Lælius*, seu *de amicitia: Cato maior*, seu *de senectute.* Præscriptionem autem idem declarare quod exceptio, hinc facile intelligitur, quod quæ exceptiones vsitate dicuntur, eædem dicuntur præscriptiones: & contra quæ vsitate dicuntur præscriptiones, hæ dicuntur etiam exceptiones. Vtputa, defensio quæ nascitur debitori ex re iudicata, vsitate appellatur exceptio rei iudicatæ. *toto tit. de excep. rei iud.* At hæc dicitur præscriptio rei iudicatæ *in l. iudicatæ. ff. de exception. rei iudicat.* Sic & doli exceptio vsitate exceptio dicitur: in quæ verba est titulus de hac specie *ff. de doli mali & metus exception.* sed & hæc dicitur doli præscriptio *in l. si debitor 91. ff. de sol.* E conuerso defensio, quæ nascitur debitori ex eo, quod quis in suo foro non conuenitur, aut non conuenitur ab eo, qui sit procurator, dicitur frequentius præscriptio fori, & procuratoria. *l. penult. & vltim. hoc titul.* Ad hæc eadem dicitur exceptio procuratoria *in §. penult. Instit. eod.* Item defensiones, quæ nascuntur ex possessione longa, vsitate dicuntur præscriptiones longi temporis. *tot. titul. de præscription. long. tempor. ȝ.* Atqui hæc præscriptio nihil aliud est, quam exceptio temporis, idque ita interpretantur *l. creditor. ff. de diuers. tempor. præscript. l. super. ȝ. de præscript. long. tempor.* Significatio inde ducta est: nam inter cetera præscribere est dictare, & ostendere alicui, quo modo se gerat, & quid facto sit opus. Id autem facere intelligitur omnis reus, qui exceptione vtitur. Nam creditor, cum exempli gratia contra pactum de pecunia non petenda, pecuniam a se creditam petit, & intendit reum ex caussa mutui dare oportere, generaliter intentionem concipit: reus exceptione pacti vtendo hoc dicit, illum male generaliter agere, & debuisse addere hanc exceptionem, nisi pactum interuenerit, ne peteret. Hoc autem dicere, & docere actorem, nihil aliud est, quam ei præscribere, quomodo intentionem suam concipiat, & postulare, vt ad eam normam in iudicio exceptio pacti adiiciatur. Inde factum est, vt hæc exclusio, & quasi præformatio eius, quod actor in concipienda intentione facere debeat, præscriptio rei dicatur.

16 Id autem † esse præscribere declaratur *in l. Titia. §. Caius. ff. de leg. 2.* vbi dicitur heres præscribere coheredibus suis, pro eo quod est, contra heredes suos exceptione vti. Ex quibus apparet, quid iudicandum sit de iis, qui vulgo putant, præscribere esse longa possessione acquirere, & eam acquisitionem ita distinguunt, vt res quidem mobiles dicant vsucapi, res autem immobiles præscribi, quod longe secus est. Nam qui acquirit, acquirit sibi, non aduersario: at qui præscribit, is aduersario præscribit, non sibi. *d. l. Titia. §. Caius.* Non est idem igitur præscribere & acquirere. Denique apparet ex iis, quæ posuimus, præscriptionem in vsu iuris nihil aliud esse, quam exceptionem: & præscriptionem temporis seu longæ possessionis nihil aliud esse, quam exceptionem longę possessionis, de quo plura alias.

*L. 1. Debitores.*

Imp. Antoninus Augustinus Claudio.

*Debitores quidem hereditarii vnicuique heredum pro portione hereditaria, antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsoluisti, quibus nomen patris tui testator in diuisione adscripserat, doli mali exceptione aduersus alios agentes tueri te potes. PP. Kal. Aug. Duobus & Aspris Coss. 213.*

SVMMARIVM.

1 *Testatorem creditorem vni ex heredibus suis iubentem totum solui, non ideo facere, quo minus & ceteris summo iure pars hereditaria debeatur. Hinc debitorem legatario soluentem non liberari summo iure: at liberari per exceptionem.*

Ei cui centum a Titio debebantur, plures heredes exstiterunt. Lege duodecim tabularum actio huius summæ nomine inter heredes diuisa est pro portionibus hereditariis, vt hic traditur *in pr. l. 1. ȝ. si vnus ex plur. l. licet. ȝ. fam. ercisc.* Ita fit, vt singulis heredibus non tota centum debeantur, sed portio hereditaria. Quod si verum est, non potest debitor consequi summo iure, vt liberetur a singulis aliter, quam si singulis soluerit portionem hereditariam, quæ eis debetur, aut soluerit alii voluntate singulorum. Ita ius est, vt quoniam nemo alterius inuiti aut ignorantis conditionem deteriorem facere potest, *l. soluendo. ff. de neg. gest.* ideo nec quisquam inuito aut ignorante creditore alii soluendo liberetur, vbi scilicet hoc facto creditori actionem suam adimat. *l. inuito. ȝ. de solut.* Quapropter hoc constabit, si debitor vni heredum totum soluerit ceteris non consentientibus, soluentem ea solutione ab aliis non liberari. Quid tamen, si testator quibusdam ex heredibus nomen hoc totum Titii adscripserit, vt hic factum proponitur, id est, legauerit: de quo genere est *in l. ex legato. ȝ. de leg.* debitor autem cognita testatoris voluntate his totum soluerit, quibus nomen adscriptum est? Respondetur hoc loco, si a ceteris conueniatur, posse eum se tueri doli exceptione. Quo maxime confirmatur id ipsum, quod dixi, debitorem a ceteris quibus non soluit, summo iure non esse liberatum, sed his superesse adhuc veterem actionem, aduersus quam hæc sit exceptio, quandoquidem non potest exceptio esse, nisi aduersus actionem iure ipso constitutam, vt docuimus supra in definitione exceptionis. Et recte hic quoque hoc idem constituitur, & conuenienter superioribus regulis iuris. Nam etsi testator voluit hoc debitum vni ex heredibus solui: tamen non eo minus ipsi testatori debetur totum, vt prius. Quod si debetur, ius facit, vt eo mortuo id pertineat ad singulos heredes pro portionibus hereditariis, quia heres succedit in omne ius defuncti. *l. heres in omne. ff. de acq. her.* Nec quisquam putet, cum debitor voluntate testatoris vni ex heredibus totum soluit, ideo eum liberari, quia voluntate creditoris soluat:

ſoluat: nam teſtator defunctus creditor eſſe deſiit, & cœperunt creditores eſſe heredes, qui ei ſucceſſerunt. Ita fit, vt quia debitor vni totum ſoluerit, non ex voluntate aliorum coheredum, qui etiam creditores ſunt, ipſe ea ſolutione aduerſus ceteros ipſo iure non liberetur. Sed quia eſt in poteſtate creditoris vetare, ne quidam ex heredibus id debitum petant, hac voluntate defendetur debitor, ſi petant ii, quos teſtator vetuit petere. Intelligendum eſt autem, cum teſtator voluit vni ex heredibus totum debitum attribui, eadem opera voluiſſe, ne ceteri a debitore peterent. Dixerit aliquis, eum, cui nomen legatum eſt, actiones vtiles habere, atque ita creditorem eſſe. *d. l. ex legato. ſupr. de leg.* proinde & ei recte ſolui. Quod & verum eſt: neque de eo nunc quæritur, an recte ei ſoluatur inuitis ceteris: ſed pecunia ei ſoluta quomodo debitor liberetur. Liberari eum fatemur: ſed negamus id fieri ipſo iure. Merito: nam & is, cui nomen legatum eſt, ſummo iure non eſt creditor. Obſeruandum eſt enim eum actiones tantum vtiles habere. *d. l. ex legato. ſ. de leg.* quo declaratur, eum non habere verbis legis, id eſt, ſummo iure: proinde nec ſolum creditorem eſſe, ſed & ceteros quoque coheredes. Quæ res facit, vt ſi debitor his quoque non ſoluat, eodem iſto ſummo iure non liberetur.

*L. Proportione. 2.*

COgnoſce ſententiam huius loci *ex l. 2. ſ. quibus res iud. non noc. l ſæpe. ff. de re iud. tot. tit. ſ. res inter alios iud. l. 1. & l. 3. ff. de except. rei iud.*

*L. Aduerſus. 3.*

Idem A. Vitali.

*Aduerſus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelæ iudicio ſi expertus non es, propoſita actione conſiſte, nec timueris exceptionem pacti, ſi in ea fraudem dolumque admiſſum probare potes: nam replicatio doli oppoſita, bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit.*

S V M M A R I A.

1 *Replicationis exemplum, & quid ſit replicatio.*
2 *Lectio corrupta emendatur.*
*Replicatio bonæ fidei iudicium non facit. ibidem.*
3 *Replicatio fraudis commentum repellit, quid ſit.*

SI paciſcatur creditor, ne a debitore ſuo petat, habet debitor exceptionem pacti, qua creditorem petentem ſummoueat. *§. præterea. Inſt. eo. tit.* Sed hoc ita eſt, niſi pactum dolo malo debitoris factum ſit: nam quæ pacta dolo malo facta ſunt, ea edicto prætoris non ſeruantur. *l. iuris gentium. §. prætor ait. ff. de pact.*

1 Vt † autem hoc pactum ſeu eius pacti exceptio creditori non noceat, conſequitur id doli mali replicatione oppoſita, qua pacti exceptio eliditur, vt hic declaratur. Non enim pactum ipſo iure tollitur. *l. ſi vnus. §. pactus. ff. de pact.* In propoſito autem ſic euenerit, vt pactum dolo malo debitoris factum ſit, ſi proponas eum, qui olim tutor fuiſſet, affirmaſſe ei, cui tutelæ nomine obligatus erat, multo minus eſſe in bonis, quam erat: de reliquo, ſe tantum in id impendiſſe, quantum ex reliquatione debere potuit. Itaque facile impetraſſe, vt pupillus creditor paciſceretur, ne amplius tutelæ nomine cum eo ageret. Sententia notanda eſt de replicatione. Quemadmodum ſi actio iniqua eſt, defenditur reus aduerſus actionem exceptione vel pacti, vel alia qualibet: ita ſi iniqua eſt exceptio, vt interdum accidit, veluti in ſpecie hoc loco propoſita, creditor aduerſus exceptionem alia exceptione contraria defendetur, quæ exceptio in perſona creditoris dicitur replicatio. De quo genere eſt ſub tit. *Inſt. de replicat.* Eſt † autem lectio poſtremorum verborum in hoc reſcripto animaduertenda. 2
Recepta ab omnibus lectio hæc eſt: nam replicatio doli oppoſita bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit. Hæc ſcriptura defendi non poteſt. Non enim vllo modo recipiendum eſt, vt dicatur replicatio doli oppoſita facere iudicium bonæ fidei. Si replicatio opponitur a creditore, qui ex ſtipulatu agit, id eſt, iudicio ſtricto, replicatio non facit, vt iudicium, quod ſua natura ſtrictum eſt, efficiatur bonæ fidei. Quod ſi opponitur replicatio in iudicio bonæ fidei, vt in iudicio tutelæ, de quo hoc loco agitur, eſt quidem iudicium tutelæ bonæ fidei. *§. actiones autem. Inſt. de act.* ſed ideo bonæ fidei eſt, quia eſt de tutela, non autem quia replicatio in id iudicium deducitur. Nam & ſine replicatione aut exceptione vlla bonæ fidei iudicium eſſet. Et in ſumma, quia bonæ fidei iudicium eſt, idcirco dolus eo iudicio excluditur: non autem quia dolus in eo excluditur, ideo eſt bonæ fidei iudicium: excluderetur enim dolus replicatione & in ſtrictis iudiciis. Si quis in re nota exemplum deſideret, habet *in l. tres fratres. ff. de pact.* vbi in actione furti aut condictione furtiua exceptio pacti, quæ actioni opponebatur, replicatione doli eliditur. Locus igitur aperte corruptus eſt, ſic autem emendandus, vt pro, *& repellit*, legamus, *vt repellat*, hoc modo: *nam replicatio doli oppoſita, bonæ fidei iudicium facit, vt commentum fraudis repellat.* Vt † ſit ſenſus: Bonæ fidei iudicium nempe tutelæ, de quo hic agitur, facit, vt replicatio doli, quæ ab actore, qui tutelæ agit, oppoſita eſt, commentum fraudis, quæ fraus in pacto fuit, repellat, id eſt, in hoc iudicio maxime exceptio pacti replicatione doli infirmabitur. Sed cur dicit Imperator id effici iudicio bonæ fidei, cum replicatio doli in iudicio ſtricto oppoſita idem efficeret? Nempe hoc ſentit, præcipue & maxime bonæ fidei iudicium id facere. Nam iudicium bonæ fidei vbique bonam fidem exigit: nihil autem tam bonæ fidei contrarium eſt, quam dolus. *l. 3. in fi. ff pro ſoc.* proinde in hoc iudicio bona fides iudicii propria præcipue excludit fraudis commentum, id eſt, machinationem doli in pacto exprimendo adhibitam. 3

*L. Cum nondum. 4.*

Imp. Alexander A. Iuliano, & aliis.

*Cum nondum finitam ſententia cauſſam, ſed dilatam allegetis: non eſt dubium omnes integras defenſiones vobis eſſe. PP. Non. Octob. Maximo II. & Æliano Coſſ. 224.*

SI reus cauſſam agere diu diſtulerit, & defenſiones ſuas probare, exiſtimari poteſt, ob eam dilationem iuri ſuo diffidere, eoque defenſionibus ſuis renuntiare: vt poſtea ſi velit, eas exſequi non poſſit. Hic monemur non ita eſſe. Defenſiones re iudicata excluduntur: ceterum re nondum iudicata reus quouis tempore his vti poteſt. *l. præſcriptionem. ĩ. hoc tit.* idque quantumuis cauſſæ actionem diſtulerit, quæ pars hic traditur. Defenſiones ſunt exceptiones, quæ reis competunt: quoniam omnis exceptio defendendorum reorum cauſſa comparata eſt. *l. defenſiones. l. ſiquidem. ĩ. hic. Inſt. eo. in pr.*

*L.Licet.5.*

Impp.Dioclet.& Maximianus AA.& CC.Basilio.

*Licet* vnde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.S.Kal.Maiis,Trallis AA.Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Exceptionem omnem peremtoriam esse perpetuam, etiamsi competat ex ea caussa, ex qua actio sit annalis:& quare.*

BAsilius quidam possessorem de fundo deiecerat, & eum fundum per vim occupatum possidebat. Aduersus eam vim habuit vetus possessor interdictum Vnde vi ad recuperandam possessionem, si eo vti vellet: sed habuit intra annum dumtaxat. *l.1.in pr. ff.vnde vi. l.2.supr.vnde vi.* Intra quem cum forte interdicto vsus non esset, nempe eo interdicto exciderat. Sed idem postea Basilio peregre profecto possessionem eius fundi clam Basilio occupauit. Reuerso Basilio controuersiam ei possessionis facit:sic tamen, vt eum inquietet, non vt etiam deiiciat. Basilius aduersus veterem possessorem experitur interdicto Vti possidetis retinendæ possessionis caussa: & recte: quamuis enim is vi possideat: vere tamen possidet: quia ad summam possessionis nihil interest, vtrum iuste quis, an iniuste possideat. *l.3.* §.*ex contrario.ff.de acq.poss.* Sed vetus possessor hac exceptione vtitur: non licet tibi hoc interdicto mecum experiri, neque debes in possessione me vincere, quia possides quidem, sed vi a me. Hac exceptione actor in interdicto Vti possidetis remouetur. *l.1.§.vlt.ff.vti poss.l.vnica.s. vti poss.* vbi exposuimus. Si vetus possessor hac exceptione vteretur intra annum, ex quo deiectus fuit, nulla esset dubitatio, sed Basilius cœpit experiri interdicto Vti possidetis forte post duos tresve annos, aut amplius: vnde & vetus possessor exceptione de vi
1 diu post annum vtitur. Hic ergo quæritur, † an hæc exceptio etiam post annum ei competat. Mouet, quod ei post annum interdictum aduersus vim non competit: vt dici possit par esse nec competere exceptionem. Hic rescriptum est, diuersam esse interdicti Vnde vi, & exceptionis Vnde vi caussam. Interdictum non competere nisi intra annum, exceptionem de vi esse perpetuam. Differentię ratio a Paulo exposita *in l.pure. §. vltim. ff. de doli mali exception.* ad hanc sententiam: merito interdictum Vnde vi anno finiri, quia nisi actor intra annum eo sit vsus, ipsius culpa sit, cui non est succurrendum: potuit enim intra annum experiri, & noluit. At exceptionem de vi perpetuam esse oportere, quia hac vti non potest reus, nisi actor voluerit, id est, egerit, vt actio exceptione excluderetur: non est autem in potestate rei, quando actor experiatur: proinde nec in eius potestate, quando vtatur ea exceptione: vt si ea vsus non est, nihil sit, quod debeat ei imputari. Nihil est enim, vt idem alibi scribit, quod possit imputari ei, qui quid facere etiam si vellet, non potuit. *l.cum quidam.§.si pupillo.ff.de vsur.*

*L.Si pactum.6.*

Iidem AA.& CC.Helenæ.

*Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes. S. Kal.Septembr. Viminacii.AA.Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Replicationem omnem vt exceptionem perpetuam esse, quamuis ex ea caussa, ex qua actio nata esset temporalis:& cur:quod & exemplo declaratur.*

SEntentia est: Si pactum creditoris intercessit, quo ille pactus est, ne a debitore peteret, & is aduersus eius pacti exceptionem replicationem doli habuit, ea replicatione vti poterit sine præfinitione temporis, id est, perpetuo, idque in exceptione, id est, in quæstione de potestate exceptionis, seu in quæstione, in qua quæritur, an exceptio pacti illi nocere debeat, an non.

Quod † hanc significationem habet in summa, vt 1
quemadmodum exceptio perpetua est, quamuis actio ex eadem caussa nata tempore finiatur, quod superiore rescripto traditur, vbi & rationem reddidimus: ita & aduersus exceptionem replicatio sit perpetua, quamuis sit replicatio doli, cuius nomine actio prodita non nisi intra annum vtilem, vt olim: vt hodie, intra biennium continuum competit. *l.vltim. sup. de dol.* Quod & ipsum eandem rationem habet. Vt enim non est in potestate rei, quando cum eo agatur, & actioni exceptionem opponat: sic non est in potestate creditoris, quando reus exceptione vtatur, vt aduersus eam creditor se defendat replicatione. Finge hoc modo: Creditori debentur centum mutua, aut ex stipulatu. Cum is heres esset, & ignoraret, quantum reuera deberetur, debitor persuasit ei tantum quinquaginta se debere: quibus solutis impetrauit a creditore eodemque herede veri creditoris, vt pacisceretur, se nihil amplius a debitore petiturum. Dicemus, si creditor errore suo comperto reliqua quinquaginta petat, quamuis post decem aut viginti annos id faciat, nihilominus recte petiturum: & si summoueatur pacti superioris exceptione, eum opposita doli replicatione exceptionem infirmaturum: nec illi obfuturum, quod post tam multos annos replicatione vtatur: quia etsi actio de dolo temporalis est, tamen exceptio doli sit perpetua. Quod si exceptio, etiam replicatio, quia replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. *l.2.ff.eo.*

*L.Si maiore.7.*

CReditor deceptus, aut errore suo inductus si paciscatur se a debitore suo nihil petiturum, quasi iam ab eo nihil deberetur, cum deberet: non prohibetur vetere actione experiri, quæ pacto non est remissa. Cui si obiicietur pacti exceptio, replicatione doli recte se tuebitur, & exceptionem elidet. *Inst. de repl.* Quam ad rem licet vti ea specie, quam in superiore rescripto modo retulimus.

*L.Præscriptionem.8.& L.Si quidem.9.*

Iidem AA.& CC.Aurelio.

*Præscriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, obiicere quandoque licet.S.15.Kal.Nouemb.CC.Coss.*

Iidem AA.& CC.Mutiano.

*Si quidem intentionem actoris probatione deficere cōfidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseueras, de hac tantum agi conuenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam*

*ſtam ſecundum aſſeuerationem ſuam petitor probauerit, huic eſſe locum monſtrari conuenit. S.3. Non. Nou. Burtadiz. CC. Coſſ.*

SVMMARIA.

1 *Exceptionem non eſſe neceſſariam, vbi licet tuto intentionem actoris negare.*
2 *Exceptionem initio conteſtandam.*
3 *Licere reo & intentionem negare, & ſimul opponere exceptionem, ſi de intentione dubitet.*
4 *Exceptionem tunc ſolum probandam, cum actor intentionem ſuam probauerit, ſi quidem & eam negauerat reus.*
5 *Auth. at qui ſemel. ad exceptionem in iudicium deductam non pertinere.*
6 *Exceptionem ſic conteſtandam initio, vt non conteſtatam non liceat reo poſtea opponere.*
7 *L. peremtorias. C. ſent. reſc. non poſ. explicatur.*
8 *Dilatorias exceptiones ante litem conteſtatam opponi & decidi debere: & ad l. pen. & vlt. hoc tit.*
9 *L. exceptionem. C. de prob. ſuæ integritati reſtituta, & explicata.*
10 *Exceptiones initio conteſtandas, dictum de ſtrictis iudiciis: ad bonæ fidei iudicia non pertinere: & hoc, quid ſit.*

DE exceptione conſtituimus initio, eam eſſe defenſionem, quæ actioni opponi debeat. *l. 2. ff. de excep.* In ea hæ ſunt partes rei, qui exceptione vtitur, vt exceptionem velut intentionem probet. *l. in exceptionibus. ff. de prob.* Circa hanc oppoſitionem & probationem quatuor quæſita ſunt, quæ his duobus reſcriptis deciduntur. Primum quæritur, an ſemper conſultum ſit reo exceptione vti, ſeu exceptionem opponere.

1 Monemur † hic *in l. ſi quidem. in pr.* non ſemper eſſe conſultum: non enim neceſſe eſſe tunc, cum falſa eſt intentio actoris, & ſcit reus eam ab actore probari non poſſe: quo caſu ſufficit reo ad omnem defenſionem negare, vt, ſi actor dicat, ſe decem mutua dediſſe, quod probare non poſſit, ſufficit reo negare ſe accepiſſe, idque, vt dixi, ad omnem defenſionem rei eſt ſatis. Nam actore non probante reus abſoluitur, etſi nihil ipſe præſtiterit, id eſt, etſi neque exceptionem allegarit, neque allegatum probauerit. *l. qui accuſare. ſ. de eden.* Quod ſi actor aut intentionem probare poteſt, aut dubitat reus, an poſſit, hic demum conſultum eſt exceptione ſe tueri.

2 Secundo loco quæritur, † ſi exceptio opponenda eſt ad defenſionem rei, quando opponi debeat. Et placet his reſcriptis, initio eſſe opponendam, denique exceptionem conteſtandam eſſe, vt ſi initio exceptionis conteſtatio habita non ſit, ſed reus tantum negauerit ſe debere, non poſſit poſtea eandem exceptionem in iudicio opponere: quod quam verum ſit, quia paulo obſcurius eſt, & quibus in iudiciis valeat, amplius poſtea ſeorſim dicemus.

3 Tertio † loco quæritur, *quomodo exceptio opponenda ſit: an ita, vt reus de intentione aduerſarii confeſſus exceptione vtatur: an vt ſimul & negare poſſit intentionem aduerſarii, & exceptionem opponere.* Et placet, eum alterutrum facere poſſe, prout ſibi expedire exiſtimabit. Id autem ſic expediet, vt ſi ſciet veram eſſe intentionem aduerſarii, vltro de ea confiteatur, & recta exceptione vtatur: ſin ignorabit, aut de eo ambiget, tum & neget intentionem, & ne forte vera poſtea probetur, exceptionem opponat, vt puta, ſi ei decem mutua data ſint, de quibus actor probare poſſit, & ea ab eo petantur, recte ita dicet, fateor me decem mutua a te accepiſſe, ſed poſtea ita inter nos tranſactum eſt, ne amplius ea peteres. Quod ſi de intentione actoris dubitabit, hic recte faciet, ſi primo neget, pecuniam mutuo datam eſſe: deinde exceptionem ſubiiciat, vt dicat hoc modo, & ſi decem mutuo dederis, tamen de ea re inter nos poſtea tranſactum eſt.

Poſtremo quæritur, † exceptionem oppoſitam quando reus probare debeat: an ſtatim ab initio, quemadmodum ab initio exceptio opponenda eſt, an autem poſtea. De hac re diſtinguitur *in l. ſi quidem,* vt ſi reus de intentione actoris confeſſus exceptionem pacti oppoſuit, de exceptione ſtatim quæri, & probari oporteat. Non enim debet reus probationem intentionis exigere, de qua vltro confitetur. Confeſſi in iure, in eo quod confitentur, pro iudicatis habentur. *l. vnica. ſ. de confeſ.* Quod ſi reus negauerit primo intentionem, & præterea exceptionem obiecerit, hic probationis ordo eſt, vt actor prius intentionem ſuam probare debeat, nec ante reus debeat probare exceptionem, quam actor de intentione probarit: quo fit, vt interim exceptio oppoſita omitti poſſit, id eſt, differri: quæ interim ab initio omiſſa poſtea opponi ad diſceptationem poſſit quandoque ante ſententiam. Hoc in extremo *l. ſi quidem:* & ea pars eſt potiſſimum, quæ eſt expreſſa *in l. præſcriptionem. hic.* Huic † parti opponitur *auth. at qui ſemel. ſ. de prob.* vbi cautum eſt, ſi reus cognouerit intentionem, & in intentione probationem aduerſarii, eum amplius teſtes producere non poſſe, ne poſtea aliquid falſi in iudicio moliatur. Cui conſtitutioni conſequens eſt, vt cognitis & publicatis teſtimoniis aduerſarii, non poſſit reus exceptione vti: quia exceptio ſit ei inutilis, niſi in eam teſtes producat: quod illum facere conſtitutio prohibet. Sed animaduertendum eſt hæc in illa auth. recte dici de ea exceptione, quæ in iudicium deducta non ſit. Quod ſi qua exceptio in iudicium deducta ſit litis conteſtatione, hæc ad conſtitutionem Iuſtiniani non pertinet: non enim metuimus in ea periculum ſubornationis, cum iam ab initio iudicii reus teſtatus ſit ſe hac exceptione vti velle.

Illud † in his præcipua animaduerſione indiget, quod ſupra poſui, exceptionem initio in lite conteſtanda opponendam eſſe, & vt his reſcriptis dicitur, exceptionis conteſtationem eſſe habendam. Hoc enim eam vim habet, vt ſi exceptio conteſtata non ſit a reo, qui prius inficiatus ſit ſe debere, is eam poſtea in eo iudicio opponere non poſſit. Atqui ea ſententia vulgo veterum interpretum nõ agnoſcitur. Quare ne de ea dubitetur, recte fecerimus, ſi eam paucis adſtruamus. Probatur vero non obſcure tribus his reſcriptis quæ ſubiicio. Primum *l. ſi quidem hic.* vbi dicitur, habita exceptionis conteſtatione, deinde ſuo tempore monſtrandum huic exceptioni locum eſſe. Hæc verba *habita exceptionis conteſtatione,* hoc exprimunt, ſi exceptionis conteſtatio habita ſit. Verum eſt enim, quod vulgo dicitur, ablatiuos abſolutos in conditionem reſolui. Vt, heres acceptis centum nummis, hereditatem Titio reſtituas, perinde valet, ac ſi dictum eſſet, reſtituas, ſi centum nummos acceperis. *l. a teſtatore. ff. de cond. & dem.* Probatur præterea *l. præſcriptionem. hic. & l. emtor 9. ſ. de præſcript. long. temp.* quorum locorum in vtroq; ſcriptum eſt, exceptionum peremtoriarum cõteſtationem haberi ſufficere. Hæc verba, cõteſtationem exceptionis haberi

sufficit, duo continent. Primum exceptionis contestationem saltem haberi oportere: alterum, si exceptio contestata sit, nihil amplius requiri, id est, non requiri statim exceptionis probationem: nam hæc, vt declaratur *in hac l. præscriptionem. & l. si quidem.* contestata omitti potest, donec actor probauerit. Esse autem istam significationem superiorum verborum, argumento hæc sunt. In *l. 1. §. vltim. ff. de pec. const.* ita scriptum est: *debitum autem ad constituendam obligationem vel natura sufficit.* His verbis hoc declaratur, si quid debeatur etiam natura, id recte constitui: sed tamen saltem natura debitum esse oportere. Item *in l. nam sufficit. ff. de dolo.* cum dicitur, *nam sufficit periurii pœna:* hoc dici intelligunt omnes, pœnam quidem periurii suam esse aduersus eum, qui periurio suo aduersarium decepit: sed cum hæc pœna præstita erit, nihil amplius statui debere aduersus eum, qui peierauit. Præter hæc confirmatur hæc sententia euidenti ratione iuris & veteris & noui. Ius vetus ita est, vt extra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non possit. *l. vt fundus. ff. commun. diuidun.* Nihil autem deducitur in iudicium, nisi quod litis contestatione deducitur. *l. vnica. supr. de litis contestation.* Quare de nulla exceptione iudex cognoscere potest, nisi quæ litis contestatione in iudicium deducta fuerit. Vnde & quædam iudicia stricta sunt appellata. *§. actionum autem. Instit. de act.* Ideo enim stricta, quia iudex adstrictus sit formulæ iudicii, id est, iis rebus, de quibus lis contestata est, & quæ per eam contestationem iudicio sunt subiectæ, vt viri eruditi omnes consentiunt: quod primus diligenter & erudite disseruit Franciscus Duarenus in commentario *de in litem iurando.* Sed & ius nouum ex Nouell. Iustiniani idem efficere videtur, nempe *authent. at qui semel. supr. de prob.* vbi, *vt supra dixi*, Iustinianus vetat cognitis testimoniis actoris, ne reus testes producat in eam caussam, ne scilicet aliquid falsi moliatur. Perspicuum est huic suspicioni affinem tantum esse eum, qui cum ab initio negasset se debere, & postea conuictus esset probatione actoris, tandem confugit ad falsam exceptionem, ad quam probandam facile testes subornare potuit: hanc autem suspicionem non cadere in eum, qui iam ab initio exceptio-
7 ne opposita, ea se vti velle ostenderit. Sed † huic sententiæ opponitur *lex peremtorias. supr. sentent. rescin. non poss.* vbi diserte scriptum est, exceptiones peremtorias ab initio omissas postea quandoque ante sententiam opponi posse. Respondeo: Initio omissas exceptiones illic accipiendas esse, non quæ initio prætermissæ sint, id est, quarum nulla mentio facta sit a reo: sed quæ contestatæ postea omissæ, id est, dilatæ sunt ad probationem & disceptationem. De quo ne dubitemus, id ita interpretantur, *& l. præscriptionem. & l. si quidem.* in quibus nunc versamur: præcipue *l. præscriptionem.* in qua cum dicitur *exceptionem peremtoriam contestari debere, & nihilominus initio omitti posse:* plusquam manifestum est omitti eam dici, cuius probatio & disceptatio omittitur, id est, differtur. Differtur autem in id tempus, donec actor intentionem suam probauerit: quod posterius rursum diserte comprehensum est *in lege si quidem.* In locis autem ambiguis & obscuris interpretandis hæc lex nobis posita esse debet, vt vnus locus per tres, obscuri per dilucide scriptos interpretationem accipere debeant: quod præpostere fit ab interpretibus, qui tres illos locos, & illas rationes, quas adduxi, euertere conantur vno loco, & eo ambigue scripto. Postremo eidem sententiæ opponitur exemplum dilatoriarum exceptionum.

Nam † hæ nominatim iubentur opponi initio, ac 8
prætermissæ negantur postea opponi posse *in l. pen. l. vltim. hic.* Cur hoc de dilatoriis dicitur, si non est earum proprium? An non inepte, si æque ad omnes etiam peremtorias pertinet? Sane vero proprie de exceptionibus dilatoriis dictum esse concedo, quod vtraque illa lege dicitur. Sed non eo minus verum est exceptiones peremtorias initio esse contestandas. Obseruandum est enim in superioribus legibus non dici exceptiones dilatorias initio in lite contestanda esse opponendas, sed inter exordia, item initio litis: quod sic intelligendum est, cum lis esse cœpit in iudicio de re aliqua: veruntamen ante litem contestatam. Sic enim omnium exceptionum huius generis conditio est, vt ante litem contestatam opponi & decidi debeant, vt declaratur exemplis in his locis, *l. ita. supr. de procur. l. Pomponius. §. vltim. ff. de procur. l. sed et si suscepit. in princ. ff. de iud.* Vnde & dilatoriæ dictæ, quod iudicium differant. *§. appellantur. Instit. eod.* Nihil horum nunc dicimus in exceptionibus peremtoriis. Hæ initio opponendæ sunt, sed in lite contestanda, ac per litis contestationem in iudicium deducendæ. Sed & deductæ, non statim decidendæ sunt, sed omitti possunt, neque necesse est probare ante, quam actor intentionem suam probauerit. *l. si quidem. hic.* Sed nihil agitur, dicat aliquis, his defen-
sionibus. His † enim omnibus obiicitur *lex exceptio-* 9
*nem. supr. de probat.* vbi diserte de exceptione non quauis, sed nominatim dilatoria hoc exigitur, vt opponatur quidem ab initio: probari autem postquam actor probauerit, quod adseuerat, oporteat. Vult ergo lex eam opponi in lite contestanda, & litis contestatione in iudicium deduci: cum eius probationem in iudicium ipsum, quo reus de intentione sua probauerit, differat. Id quod si huius exceptionis proprium est, fatendum est, diuersum ius esse in exceptione peremtoria: & in eo diuersum, vt possit quidem hæc exceptio initio in lite contestanda opponi, vt postea probetur, sed non sit necesse. Quod sane ita se habet, si recte legitur is locus de exceptione dilatoria. Mihi autem certum est eum locum corruptum esse, & pro exceptionem dilatoriam, legendum, exceptionem peremtoriam, vt sit eadem sententia, quæ *l. præscriptionem. hic.* Non posse autem superiorem definitionem de exceptione dilatoria constare, sic euidenter potest demonstrari. Primum omnium interpretum consensu exceptiones omnes dilatoriæ, quæ sunt aut ex persona actoris, aut ex persona iudicis, aut de iurisdictione & foro competenti, hæ, inquam, omnes nemine refragante ante litis contestationem proponi & probari debent. *dict. l. Pomponius. §. vlt. ff. de proc. l. sed et si suscepit. in princ. ff. de iud.* Solum agnoscunt omnes definitioni *l. exceptionem.* locum esse in exceptione dilatoria solutionis, cum creditor pactus est se in quinquennium non petiturum. Sed frustra: nam hæc quoque initio opponenda & decidenda est. Dicitur enim iudicium differre *in §. appellantur. Instit. eod.* Quod si differt, non potest in eo iudicio probari tunc, cum actor intentionem suam probauerit: non enim differtur iudicium, quod susceptum & constitutum est. Præterea si in stipulatione ab initio dies adiectus sit, vt si promissus sit fundus post tres annos, si quidem creditor fundum

fundum ante petat, debitor dicat diem ſtipulationi adiectum eſſe, actor autem probet non eſſe adiectum prolato inſtrumento ſtipulationis: apparet eodem tempore hanc exceptionem opponi, & de ea diſceptari. Quod ſi ab initio quid pure promiſſum ſit, deinde creditor pactus, ne ante diem certum peteret, ſi hanc exceptionem opponit reus confeſſus ante de intentione actoris, conſtat eum ſtatim exceptionem probare debere. *l. ſiquidem.* Quamobrem cum nulla ſit exceptio dilatoria, quæ probari debeat tunc, cum actor intentionem ſuam probauerit: omni modo falſum eſt, exceptionem dilatoriam iſtam ſententiam admittere. Poſtremo repugnat aperte definitio exceptionis dilatoriæ. Dilatoria dicitur, quæ iudicium differt. *d. §. appellantur. Inſt. eo.* Non differtur autem iudicium, ſi lis cum actore conteſtatur, & poſt eam conteſtationem actor intentionem ſuam probare cogitur. Non eſt ergo dilatoria exceptio, qua oppoſita actor intentionem ſuam iſto modo ante probare cogitur. Quod ſi verum eſt, non dubitabimus affirmare, quod ſupra dixi, *l. exceptionem. ſ. de prob.* de exceptione peremtoria ſcriptam eſſe: de ea illic eandem ſententiam comprehenſam, quæ *in l. præſcriptionem. hic*, ſed definitione aliis verbis paulo dilucidius explicante id, quod erat obſcurius *in l. præ-*
10 *ſcriptionem.* Hoc † iure conſtituto de peremtoriis exceptionibus initio opponendis & conteſtandis: reliquum eſt, moneamus, quibus in iudiciis id locum habeat. Etſi igitur hæc reſcripta duo, & ſimilia ſuperiora generaliter ſcripta ſunt, & exceptionum peremtoriarum conteſtationem ſine vllo diſcrimine iudiciorum exigunt: ſciendum tamen pro natura iudiciorum id ita accipi debere, niſi ſi pro natura iudicii non ſit neceſſe exceptionem initio conteſtari, quia alioqui ex ipſis verbis iudicii ſatis intelligatur eam iudicii conſtitutioni ineſſe: vt accidit in iudiciis bonæ fidei. Et hoc eſt in ſumma: quod ſuperioribus reſcriptis exceptionis conteſtatio exigitur, in ſtrictis iudiciis tantum valet: in quibus poteſtas iudicis conſtitutioni iudicii, id eſt, litis conteſtationi, adſtricta eſt. Ad bonæ fidei iudicia non pertinet: de quibus ita a veteribus traditum eſt, exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, bonæ fidei iudiciis contineri. *l. 3. ff. de reſcin. ven. l. huiuſmodi. §. qui ſeruum. ff. de leg. 1. l. ſed et ſi. ff. ſol. mat.* dum hoc intelligi volunt, quamuis initio litis conteſtatione aperte in iudicium deductæ non ſint, non eo minus tacite iudicio contineri, vt conuicto poſtea reo liceat ei quandoque eas in iudicio opponere: idque ex iudiciorum natura, quæ cum in bonam fidem concepta ſint, his ipſis verbis admittunt omnem defenſionem, propter quam non ſit æquum reum condemnari. Quod totum ius quale eſſet, expoſui copioſius, vt in loco *ad §. actiones autem. num. 27. & 32. Inſt. de act.* Inde peti velim, ſi quis hic amplius deſiderabit.

*L. Non exceptionibus. 10.*

QVid ſit, quod hic traditur, reis exceptionem, actoribus replicationem tribui, qua illi defenſionem, hi intentionem ſuam muniant, docemur *Inſt. tit. de replic. l. 2. ff. de exc.*

*L. Defenſiones. 11.*

Hunc locum interpretatur *l. exceptiones 7. ff. eo.*

*L. pen. & vlt.*

Vide, quæ diximus *ad l. præſcriptionem. & l. ſiquidem. ſeq. in ſi. ſ.*

## AD TITVLVM XXXVIII. COD.

### De contrahenda & committenda ſtipulatione.

LOcus de contrahenda ſtipulatione eſt is, in quo quæritur, quomodo contrahatur, ſeu quibus rebus conſtet, & perficiatur ſtipulatio. Locus de committenda ſtipulatione eſt is, in quo quæritur de vi & effectu ſtipulationis contractæ. Dicitur enim ſtipulatio tunc committi, cum in ea cauſſa eſſe incipit, vt ex ea agi poſſit. *§. ſub conditione. Inſt. de ver. obl.* cuius verbi vim expoſui *ad l. 4. §. Cato. ff. de verb. obl.* Effectus autem ſtipulationis poſitus eſt in obligatione verborum, quæ inde naſcitur, & in actione eius obligationis propria. In quo hæc inſunt, *quid hinc peti poſſit, quantum, quando, & vbi: quæ inde actio, cui hæc detur, & aduerſus quos, tum quatenus.* De quibus omnibus ſcripſi accurate, vt quiſque locus ſe dedit, in commentariis ad titulum *de verb. obl. ff.* Inde ſumere licebit, quæ ad vtriuſque partis, & huius tituli explicationem pertinent.

## AD TITVLVM XXXIX. COD.

### De inutilibus ſtipulationibus.

QVi norit, quas res deſideret, vt perficiatur ſtipulatio, idem eadem opera quæ ſint vtiles, quæque inutiles ſtipulationes, nouerit. Ea enim eſt vtilis, quæ iure perfecta eſt, concurrentibus videlicet iis rebus, quæ ad vim ſtipulationis ius deſiderat. In qua autem aliquid earum rerum deeſt, ea eſt inutilis. Et hunc locum totum ſimul & in eo omnium reſcriptorum huius tituli argumentum & ſententiam tractaui diligenter ſuis quæque locis ad titulum *de verborum obligat. ff.*

## AD TITVLVM XL. COD.

### De duobus reis ſtipulandi, & promittendi.

Cur inuenti duo rei ſtipulandi, & promittendi. Reus quis. Cap. I.

SVMMARIA.

1 *Duos reos tam ſtipulandi quam promittendi ad cautionem creditorum eſſe inuentos: & in quo ſit hæc cautio.*

2 *Plures eiuſdem rei ſtipulatores cur rei dicti: & quid hoc verbo contineatur.*

QVæſtionem de duobus reis ſtipulandi & promittendi cum argumento communi de ſtipulatione, ac verborum obligationibus coniunctam, omiſſam tamen a me in Pandectis, viſum eſt hoc loco vbi ſe occaſio dat, exſequi: ſed plenius propter vtilitatem & difficultatem: vt ſit tractatio, quæ totam huius quæſtionis, itemque vtriuſque tituli de duobus reis, tam qui in Pandectis eſt, quam qui hoc loco, explicationem complectatur. Quam ad rem cum methodo eſſet opus, tantum adhibui, quantum huic cognitioni conuenire videbatur. Duos † reos ſtipulandi & promittendi peperit creditorum vtilitas, id 1
agentium, vt in eo quod debetur, tutius ſibi cautum ſit. Eſt enim in his conſtituendis ea cautio ſita, quam dicimus. Ea autem cautio eſt huiuſmodi. Etenim ſiue ſtipulator, idemque verus creditor alium adhibet, qui idem ſtipuletur, hic ita fiunt eiuſdem rei duo creditores, vt his conſtitutis multo facilius verus creditor ad ſuum perueniat: quia ſiue vnus ex ſtipulatori-

bus absit, vel ei non liceat rem persequi, est alter, qui persequatur: siue vnus est creditor tantum, & is vno promissore non contentus alium adiungendum curat, qui principaliter idem promittat: hoc modo id consequitur, vt pro vno habeat duos debitores, quorum ab vno si quid facile consequi non possit vel propter eius inopiam, vel propter potentiam, vel propter ingenium contentionum amans, id ab altero possit obtinere. Qui plures eandem rem stipulantur, stipulandi rei: qui plures eandem rem principaliter promittunt, rei promittendi appellantur. *l.1.ff.*
2 *hoc tit.* Nam † quod reos vsitato more loquendi intelligimus tantum eos, qui debent, & cum quibus iudicio agitur, vt cum dicimus, fauorabiliores esse reos quam actores. *l.fauorabiliores.ff.de reg.iur.* item, æquum esse eum, qui acturus est, edere actionem, vt proinde sciat reus, vtrum cedere, an contendere debeat: *l.1.ff.de eden.* vsu obtinuit propter excellentiam: quia qui in crimen, aut aliud quoduis iudicium vocantur, eorum res præcipue in iudicio agitur: vt quibus solis immineat periculum condemnationis. Sed tamen & is, qui agit, non minus recte dicatur reus, si verbi originem & proprietatem spectemus. Dictus est enim reus a re, vt sit is, cuius de re agitur: sicque reos veteribus dictos omnes, quorum de re disceptatur, auctor est Cicero *lib.2. de Orat.* Ex adiuncto discernitur significatio: vt cum dicimus reum stipulandi, aut promittendi. Neque enim aut illic promissorem, aut hic stipulatorem intelligere possumus.

### Cur de duobus reis stipulandi & promittendi agatur seorsim a reliquis stipulatoribus & promissoribus. Cap. II.

SVMMARIVM.

1 *Partitio huius tractatus, & summa.*

IN his reis si sequeremur regulam iuris de iis, qui quid stipulati sunt aut promiserunt, non erat, cur ageretur de his separatim. Nunc autem est in his aliquid proprium, quod a iure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet. Eo quidnam id sit, separatim exquiritur. Et quidem secundum communes regulas iuris hoc ius in hac specie futurum erat, vt cum duo stipulati essent, vterque etiam exigendi ius haberet, nec quod vni solutum esset, id noceret alteri, cum vtrique deberetur. Vice versa, & si quid duo promisissent, ita vterque liberaretur, si vterque promissum exsolueret: quia non aliter liberatur quisque, quam si debita pecunia soluta sit, aut eo nomine satisfactum. *l.si rem. §.omnis.ff.de pig.act.* Nunc autem vna hic obligatio est, vna res quæ debeatur.
1 Ex † quo quid consequatur, videndum est. Primum igitur, qui sint duo rei tum stipulandi, tum promittendi, dicatur. Deinde quomodo cõstituantur. Tum quid sit illud, quod horum proprium dicimus. Postremo an vt rei duo pluresve stipulandi aut promittendi fieri possunt: ita possintne & ex aliis caussis plures constitui rei credendi, debendive.

### Duo rei stipulandi qui, & quomodo constituantur. Cap. III.

SVMMARIA.

1 *Duo rei stipulandi, qui.*
2 *Duorum reorum stipulandi esse, vt rem eandem stipulentur, non diuersas.*
3 *L.si id quod.ff.de duob.reis, explicatur.*
4 *Vt stipulentur rem vnam ab vno promissore, non a diuersis.*
5 *Vt stipulentur singuli rem in solidum, non eiusdem rei partes.*
6 *Vt stipulentur singuli solidum ita, vt tamen res vna tantum in obligatione versetur, & vnde id actum intelligatur.*

ET duo rei stipulandi † recte definiantur hoc modo, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, vt quamuis solida singulis, vna tamen omnibus debeatur. Ita extra stipulationem, quæ omnium stipulantium communis est, quatuor sunt, quæ proprie duos reos stipulandi constituunt: si eandem rem stipulentur omnes, si ab eodem, si solidam singuli, si ita solidam, vt tamen vna res versetur in vtriusque obligatione. Hoc † ergo primum in obligatione duorum reorum stipulandi, vt ambo rem eandem stipulati sint, quo scilicet debeatur singulis vna & eadem. *§.pen. Inst.eo.* & vt loquitur Papinianus, vt ab vtroque par eiusdem rei, non impar rerum diuersarum suscepta sit obligatio. *l.eandem. §.penult.ff.eod.* Quocunque ergo modo res diuersæ a duobus in stipulationem deductæ erunt, siue verbis aperte, siue tacite & vi ipsa, etiamsi maxime conuenerit, vt duo rei essent, tamen duo rei non erunt, quos conuenit duos eiusdem rei reos intelligi. Et de eo quidem nemo dubitat, quin duo rei stipulandi non sint, si vnus stipulatus sit a Seio Stychum, alter ab eodem Seio Stychi æstimationem, quamuis placuerit inter contrahentes, vt duo rei essent. Ipsa enim conceptio stipulationis diuersas res in obligationem deductas satis ostendit. Sed plus dicimus, etsi proponas duos verbis stipulationis eandem rem stipulatos: si tamen quod stipulati sunt, re ipsa in singulis personis proprium intelligetur, vt loquitur Caius, id est, tale erit, vt in singulis aliud atque aliud intelligatur, duo rei non erunt. Hoc † Caius *in l.si id quod.ff.eod.* Quod in 3
his exemplis accidere docet, si stipulati sint duo ab eodem fundi Tusculani vsumfructum, stipulati eadem conceptione decem dotis nomine. Negat cum Iuliano in his duos reos stipulandi constitui posse, etsi verbis eiusdem rei vsusfructus, & eadem summa continetur. Merito. Verbis enim hæc eadem sunt: re autem ipsa pro persona cuiusque reorum distinguuntur: vt in singulis alius atque alius vsusfructus, alia atque alia dos efficiatur. Vsusfructus enim in vtrius persona constituetur, personæ illius proprius futurus est, vt nec ad alium possit transire, quin alius esse incipiat. Indicio est, quod cum vita eius durat, & morte eius aut alienatione exstinguitur. *§.finitur. Instit.de vsufr.* Quod si voluntate domini ad alium transferas, iam hic alius erit vsusfructus, qui rursum cum persona eius aut duret, aut exstinguatur. Et quis nescit non eandem personam esse vtriusque, sed alium alio citius mori posse, aut diutius viuere? Eadem ratio dotis: quæ cum constituatur pro matrimonio cuiusque, vtpote quæ sine matrimonio nec dos sit, *l.3.ff. de iur.dot.* non potest, quin vt in vtriusque stipulantis persona aliud atque aliud matrimonium est, alius atque alius maritus: ita etiam alia atque alia dos in singulorum persona intelligatur. Sic & cum Titius & Seius decem aut Stychum qui Titii sit, stipulati sunt, negant iidem videri eos duos reos stipulandi: hac ratione, quod Titio decem tantum, Seio Stychus aut decem debeantur, id est, aliud, *dict. l.si id. ff. hoc titul.* Ex quibus hoc eueniet, vt cum

cum promissor in prima specie vni ex stipulatoribus vsumfructum dederit: in secunda autem vni dederit decem dotis nomine, nihilominus alteri dare debeat, nec quod contigerit in vnius persona, id alteri prosit, aut noceat. Quod ad tertiam speciem attinet, de ea ita scribit Caius *in d.l. si id.* vt fateatur Titium & Seium in Stycho, qui Titii sit, reos stipulandi non esse, vt si is soluatur Seio, nihilominus Titio decem debeantur: sed putet reos esse in decem, idque eo pertinere, vt si promissor alterutri decem soluerit, ab altero liberetur.

4 Volumus † præterea, vt duo rei stipulandi fiant, ita duos stipulari eandem rem, vt stipulentur ab eodem. *Inst. eo. in pr.* Si stipulentur a diuersis, puta Primus a Seio Stychum, Secundus eundem Stychum, sed a Sempronio, duo rei stipulandi intelligi non possunt: siue quod singuli velint in solidum & coniunctim eandem rem sibi dari: in quo continentur res duæ, Stychus, & eius Stychi æstimatio: siue quod etsi actum sit, vt alterutro promissorum stipulatori suo soluente, alter quoque a suo liberetur: tamen personæ stipulatorum & promissorum diuersæ diuersas quoque & proprias obligationes inter stipulatores & promissores efficiunt. Nunc autem in duobus reis stipulandi vnam obligationem esse oportet. *§. pen. Inst. eo.*

5 Sed & duo † rei stipulandi eandem rem a promissore ita stipulari debent, vt stipulentur singuli solidum, non eius rei partes; quo & singulis solidum debeatur: quod est proprium duorum reorum. *§. pen. Inst. eo. l. 2. ff. eo.* Qua ratione placet, si duo coniunctim eandem rem, aut eandem summam stipulentur, duos reos stipulandi non esse: quia diuisa pro numero personarum stipulatione videantur singuli partem virilem esse stipulati: nisi adiectum sit, vt duo rei stipulandi essent, vt hoc modo velint videri singuli solidum stipulati esse. *l. reos. §. 1. ff. eo.*

6 Postremo, † ita volumus singulos stipulari ab eodem rem vnam, & in solidum, vt tamen debeatur vna omnibus, quæ sola versetur in vtriusque obligatione. *d. §. pen. Inst. eo.* De quo si aperte conuenit, quæstio sublata est. Ita enim fient duo rei stipulandi, vt nihil quæramus, vtrum stipulantibus duobus eandem rem promissor simul ambobus responderit, vt proponitur exemplum *Instit. eod. in princ.* an vero singulis separatim interrogantibus separatim & ipse responderit. In re enim certa ineptum est voluntatis & facti coniecturas quærere. *l. continuus. §. cum ita. in fin. ff. de verborum obligat.* Quod si de eo nihil dictum sit, intelligemus id tum agi videri: proinde & hac parte duos reos stipulandi fieri ita, vt describitur *Instit. eod. tit. in princ.* cum post omnium interrogationem promissor non separatim, sed semel stipulantibus respondet hoc modo, vtrique vestrum dare spondeo. Nam si, inquit Iustinianus, prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nempe vt in diuersis & distinctis stipulationibus.

Duo rei promittendi qui, & quomodo fiant. Cap. IV.

SVMMARIA.

1 *Duo rei promittendi, qui.*
2 *Duos reos promittendi non esse, siue vnus aliam rem promittat, siue promittat eandem, sed aliquid in re aut minus aut amplius.*
3 *Diuersitatem obligationis quæ in re promissa non sit, duorum reorum promittendi constitutioni non obstare.*
4 *Duorum reorum promittendi esse, vt vni stipulanti idem promittant, non singuli singulis.*
5 *Vt promittant singuli solidum, & quando id fecisse intelligantur. & num. 6.*
6 *Vt promittant ita, vt vna res in obligatione versetur, & quando id agi videatur.*
7 *Duos separatim respondentes alias ita duos reos fieri, si statim respondeant, interdum etsi ex interuallo, & quando horum vtrumque, & quamobrem.*
8 *L. 3. in pr. ff. de duo. reis exposita.*
9 *Duos reos promittendi non aliter fieri, quam si ambo idem & in solidum promittentes, etiam promittant principaliter.*

DVo rei promittendi sunt, † quorum singuli eandem rem eidem stipulanti, in solidum & principaliter promiserunt eadem mente, qua superiores, vt quamuis solidum singuli, vnum tamen omnes debeant. *d. l. 2. l. 3. §. vlt. ff. eo. §. pen. Inst. eo.* Itaque cetera in re promissa cum duobus reis stipulandi communia, vt eandem rem omnes vni promittant, vt solidam, vt ea mente, quo vna res tantum versetur in vtriusque obligatione. Illud amplius hic exigimus, vt qui ita promittunt, promittant principaliter. Primum † a singulis rem per omnia eandem promitti oportet, vt neque aliam vnus promittat, neque ita eandem, vt promittat amplius. Quocunque modo impar in re obligatio a duobus suscepta erit, placet duos reos non esse, veluti, si duo Stychum promittant, sed nominatim caueatur ab vno, vt negligentiam quoque in ea re, aut casum præstet: quæ duo ab altero promissore iure non præstantur. *l. si seruum. in pr. ff. de ver. obl.* Hoc Papinianus in deposito ita confirmat *in l. eandem. §. 1. ff. eo.* Si quis, *inquit*, in deponendo penes duos paciscatur, vt ab altero quoque culpa præstetur (quæ alioqui in deposito non præstatur sine conuentione. *l. 1. §. si conuenit. §. sæpe. ff. depo.*) verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Sed hoc ita, si initio ita conuenit, vnde subiicit: *Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit: quia posterior conuentio, quæ in alterius persona intercessit, statum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.* Hæc ille, vno exemplo in aliis contractibus omnibus idem confirmans. Ex hac re est, quod si duo fabri eandem insulam fieri promittant, placet non aliter duos reos promittendi fieri, quam si fabri eiusdem peritiæ fuerint. *l. 5. ff. eod.* Tum enim scilicet easdem operas promittere intelliguntur: alioqui diuersas, cum inter artifices longa sit differentia. *l. inter. ff. de solut.* Sed in re, *inquam*, promissa parem duorum reorum promittendi obligationem esse volumus. Quæ si erit, † aliis in rebus diuersitas obligationis duorum reorum constitutioni non obstabit: puta in vi 3 obligationis, itemque in circumstantiis dandi. Et ideo quamuis a Titio & a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a Titio & a seruo, vbi neque pupillus neque seruus obligantur, nisi naturaliter: placet tamen quasi duos reos constitui. *l. si ex duobus. §. vltim. ff. eod.* Similiter & ex duobus reis promittendi alium in diem, vel sub conditione, alium pure recte accipi placuit. *l. ex duobus 7. ff. eod. §. vltim. Instit. eod.* Quippe cum dies venerit, eadem per omnia obligatio futura est. Quo recepto etiam illud Papiniani consequens fuit, vt si cum duos reos

promittendi, ex diuersis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, & duo rei sint, & ex persona cuiusque ratio proprii temporis habeatur: hoc ille *in l. eandem. §. vlt. ff. eo.* Quod hanc significationem habet, vt non ante vterque Capuæ conueniri possit, aut arbitraria actione alibi, quam tantum temporis præterierit, intra quod ex eo loco, ex quo vterque se daturum promisit, Capuam peruenire posset. Id, *vt dixi*, superiori consequens est, quia loca temporis dilationem adferunt intra quod eo possit perueniri: vt ex remotioribus locis longiore die, ex minus remotis citeriore deberi intelligatur. *l. interdum. ff. de verborum obligat. §. loca. Instit. eod.* Non idem probaremus, si duo non ex diuersis locis, sed diuersis locis se daturos promisissent, puta vnus Capuæ, alter Ephesi. Nam cum in vtriusque obligationem veniat vtilitas loci, *l. 2. ff. de eo quod cer. loc.* eaque ipsa non sit eadem. *l. 3. ff. eo.* perspicuum est, diuersis locis in vtriusque persona ad dandum constitutis parem ab vtroque non suscipi obligationem.

4 Vni † stipulanti duos promittere debere, vt duo rei promittendi fiant, iam effectum est, cum si ex duobus promissoribus singuli singulis stipulantibus promittant, pro numero stipulantium & promittentium, aliæ atque aliæ stipulationes & obligationes fiant. In duobus autem reis promittendi versatur vna tantum obligatio. *l. 3. §. vlt. ff. eo.*

5 Sed † & singuli promittendi rei ita eandem rem promittere debent, vt promittant singuli in solidum. *l. 2. l. 3. § vlt. ff. eo.* Vnde etsi duo de decem interrogati coniunctim respondeant, placet ideo duos reos non esse, quia pro numero personarum diuisa obligatione videantur singuli non decem tota, sed partes viriles spopondisse. *d. l. reos. §. 1. ff. eo. l. cui fundus. ff. de cond. & dem. l. 1 § si plu. vna sent. su. cond.*

6 Est † etiam similiter vt in duobus reis stipulandi, hoc proprium duorum reorum promittendi, vt dum eandem rem in solidum singuli promittunt, id agatur, vt nihilominus rem vnam omnes debeant, quo hac quoque parte dici possit in vtraque obligatione rem vnam versari. *§ penult. Instit. eod.* Quod & ipsum agi vnde intelligatur, cognoscendum est. Quod apud Iustinianum sub eodem titulo explicatur, cum ex forma conceptionis verborum docet, quomodo duo rei promittendi fiant, vt & in duobus reis stipulandi prius fecerat. Indicat igitur, duos reos promittendi fieri hoc modo, cum separatim interrogati de eadem re tota danda, respondent singuli separatim, *spondeo*. Et quidem separatim interrogari oportet ob eam caussam, quam supra reddidimus. Quod si stipulator coniunctim ita roget, centum dare spondetis? partes viriles a singulis stipulatus videtur, *d. l. reos. §. 1. ff. eod.* Plane si aperte hoc agatur, vt sint duo rei promittendi, nihil nocebit & coniunctim interrogatos esse: cum, vt dixi, semper etiam in stipulationibus si quid obscuri est, id sequamur, quod actum est. *l. semper in stipulationibus. ff. de regul. iur.* In quam sententiam accipi debet, quod dicitur *in l. 4. ff. eod.* duos reos promittendi recte obligari, non tantum si separatim interrogati, *spondes?* respondissent, *spondemus*, sed etiam si ita interrogati, *spondetis?* respondeant singuli, *spondeo*. Recte, inquam, cum duos reos promittendi fieri volumus, & hoc quæritur, *an duos reos facere volentibus nihil noceat forma interrogandi superior.* Ceterum simul interrogati, si nihil aliud proponitur de sententia contrahentium, de partibus singuli interrogati videntur: & interrogati dum simpliciter respondent, in eandem sententiam respondisse existimantur. *§. præterea. Instit. de inutil. stipulat.* Sed vtrum separatim interrogati, spondeant & ipsi separatim, vt dicant singuli, *spondeo*, vt proponitur exemplum *Instit. eod. titul. §. 1.* an vero coniunctim, vt dicant, *spondemus*, nihil interest. *l. 3. ff. eod.* Merito: nam cum vni stipulanti duo spondent, quocunque modo id faciant, semper videntur in eandem conceptionem respondisse. *d. ct. §. præterea.* Solidum autem a singulis stipulator stipulatus est. Quare simpliciter respondentes etiam singuli in solidum respondisse videntur. Non idem fit, cum duobus reis stipulandi separatim interrogantibus promissor separatim singulis respondet: vbi ante negauimus, duos reos stipulandi constitui. Hoc ideo, quod responsum simplex ex interrogantis persona æstimatur: quæ res facit, vt cum duobus separatim stipulantibus promissor separatim respondet, pro singulorum stipulantium persona alia atque alia stipulatio intelligatur.

7 Quanquam † autem illud præcipue constat, duos reos promittendi ita fieri, si separatim interrogati, respondeant etiam singuli separatim, *spondeo*: tamen adiiciendum est, hoc ita esse, dum respondeant ambo non ex interuallo, sed statim ita, vt inter vtriusque responsum neque vnus dies intercedat, neque in eodem die is actus, qui sit obligationi contrarius, vt præcipitur *in l. duos 6. §. vltim. l. si ex duobus 12. in princ. ff. eod.* Non sane quia interuallum hoc quidquam ad reos ipsos inter se iungendos pertineat, sed quia cum vno statim respondente alter postero die, aut contrario actu interueniente respondet, intercedit hoc ipsum interuallum inter interrogationem stipulantis & istius promittentis responsionem: quod cum sit, stipulatio non valet, eoque nec posterior iste obligatur. *d. l. si ex duobus.*

8 Plane † sic ex interuallo duo rei accipi possunt, si ambobus primo interrogatis vnus statim respondeat, posterior autem ex interuallo accipiatur, atque hoc ipsum agatur, vt posteriore accepto duo rei fiant: quæ verba sunt *l. 3. in princip. ff. eod.* At quomodo, quæret aliquis, posterior ex interuallo respondens reus fieri potest, cum si inter interrogationem stipulantis & responsionem promittentis vnus dies intercedat, non consistat stipulatio? *l. 1. §. 1. l. continuus. in princ. ff. de verborum oblig.* Et fatendum est eum, qui ex interuallo respondeat, non obligari, eoque nec reum promittendi fieri posse, quantumuis conuenerit initio, aut postea, vt reus fieret: hæc enim conuentio ius mutare non potest, atque hoc efficere, vt vbi iure stipulatio nulla est, ibi aliqua verborum obligatio intelligatur fuisse. Sed neque hoc negatur superioribus verbis. Non enim dicitur, posteriore reo post priorem respondente duos reos ex conuentione fieri posse, si posterior ex interuallo respondeat, sed si posterior ex interuallo accipiatur. Sic posterior ex interuallo accipitur, si iure & cum effectu accipitur. Accipitur autem isto modo, si ex interuallo post priorem reum respondēs iterum interrogetur a stipulatore, an eandem rem det, de qua prius interrogatus erat, & statim interroganti respōdeat. Sic n. interuallum istud inter vtriusq; rei respōsionē intercedet, non inter interrogationē stipulantis & promittentis responsionem. Inter quæ multū interest. Nam posterius inutilē stipulationem facit:

nce

nec potest quisquam vnus esse ex reis, qui ex stipulatione ne reus quidem est. Prius duorum reorum cōstitutionem non impedit: vbi constet vtrumque recte eandem rem promisisse, & stipulatione esse obligatum, atque id actum, vt quamuis diuersis temporibus accepti sint, tamen duo rei essent. Nisi quis ex iure vetere hic nouationem metueret, vbi posterior id promittit, quod prior debebat, quasi noua persona interueniens nouationem faceret. Sed non debet ibi timeri nouatio, inquit Vlpianus *in d.l.3.eo.* vbi id agitur, vt posterior non pro nouatore, sed pro altero promittendi reo accipiatur: in quo aperte id agi intelligitur, ne vlla nouatio fiat.

9 Vt † concurrant superiora omnia, id est, vt duo vni stipulanti promittant, & eandem rem, & in solidum, & vnam: nondum tamen satis ad duorum reorum promittendi constitutionem. Addendum est, si modo & hanc ipsam eandem rem promittant principaliter, vt fiant principales debendi rei. Nam & reus principalis & fideiussor, duo sunt, qui eandem obligationem & eiusdem rei, idque in solidum in se suscipiunt. Suscipiunt in commune & duo fideiussores. *§. si plures. Instit. de fid.* Neque tamen aut illi, aut hi sunt duo promittendi rei, cum fideiussores a reis promittendi, & appellationibus & iure multum distent, vt postea dicetur pluribus, cum quæremus, an duo rei vice mutua pro fideiussoribus habendi sint. Id autem & verbo ipso, & natura huius obligationis satis admonemur. Nam reus in promissoribus dicitur is, qui principaliter quid promittit. *l. mora 88. ff. de verborum obligat. l. hi qui 34. l. cum is qui 36. & passim. ff. de fid.* Vnde intelligi debet & duos reos esse, qui principaliter simul quid promittunt. Sed & duorum reorum promittendi sic constitutio est, vt tanquam in principali duorum debitorum obligatione, ita de eorum obligatione iudicetur. *§. penult. Instit. eodem titul.* fideiussor autem omnis accessio est principalis obligationis, eamque sequitur. *§. si fideiussores. Instit. de fid.*

## Duorum reorum stipulandi ius quale, & quibus in rebus positum sit. Cap. V.

### Svmmaria.

1 *Reis stipulandi singulis solidi petitionem esse.*

2 *Reis stipulandi singulis ius esse debitorem liberandi, vt debitor ab vno liberatus vel ipso iure vel per exceptionem quamlibet, simul ab altero quoque liberetur.*

3 *Vnum ex duobus reis stipulandi in obligatione communi posse alterius correi conditionem facere deteriorem, debitorem liberando: neq; id pugnare cum æquitate naturali, quæ alteri detrahi vetat.*

4 *Vno ex duobus reis promittendi exceptione liberato, non item liberari alterum, & differentiæ ratio.*

5 *Vnius ex stipulandi reis petitione, id est, litis contestatione totam tolli obligationem, & hoc quam sententiam & rationem habeat.*

6 *Vnum ex duobus reis stipulandi sociis solutum recte accipere ad debitoris plenam liberationem: aliter autem debitorem liberando alteri socio non nocere: cur, & quam aliis locis conuenienter.*

DVobus reis stipulandi promittendive constitutis, deinceps quid sit horum proprium, propter quod nunc de his separatim agitur, cognoscamus. Et duorum reorum stipulandi meminerimus summū hoc ius esse, quod comprehensum est *in §. pen. Inst. eo.* vt solidum debeatur singulis, sic tamen, vt in vtraque obligatione res vna versetur. Id singulis duas res tribuit, exigendi solidi potestatem, & promissorem in solidum liberandi. Primum † ex hac caussa singulis 1 solidi petitionem esse constat. *l. 2. ff. eo. l. si rem. §. 1. ff. de nouat.* Nam cui quid debetur, ei etiam eo nomine actio est, id est, ius id quod debetur, iudicio persequēdi. *Inst. de act. in pr.* Singulis autem solidum deberi posuimus. Sed † nec minus ex eadem caussa singulis 2 promissorem liberandi ius est, quibuscunque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum liberare potest. Nam & hic singuli creditores sunt, & singulis solidum debetur. Ergo vni recte soluetur, vt promissor ab altero quoque liberetur ea obligatione. *§. pen. Inst. eo.* Sed & citra solutionem quicunque modi sunt, quibus actio iure tolli, aut per exceptionem remitti potest, si quo ex his vnus promissorem liberauerit, non a se tantum liberabit: sed a ceteris quoque omnibus etiam inuitis, & totam tollet obligationem: puta, si accepto ferat promissori, quod debetur: si nouandi animo alium reum ab eo accipiat. *l. 2. ff. eo. l. si rem. § 1. ff. de nouat.* atque adeo si paciscatur tantum, ne a promissore petat. *l. si vnus. in princ. ff. de pact.* Qua ratione & ab vno ex duobus reis stipulandi delatum iusiurandum etiam alteri nocere placet. *l. in duobus. in princ. ff. de iur.* In quibus si exceptio pacti & iurisiurandi aduersus vnum ex reis stipulandi promissori quæsita eum aduersus alterum quoque stipulandi reum liberat, dum ei eadem nocet exceptio: dubitandum non est, quin & rei iudicatæ exceptio promissori aduersus vnum ex reis stipulandi quæsita, dum vnus agens iudicio victus est, etiam promissori aduersus alterum reum prosit, eumque similiter liberet. Quare & vno pecuniam offerente si stipulator accipere sine iusta caussa recusarit, eaque postea perierit, vt offerenti competit doli mali exceptio, *l. qui decem. ff. de solut.* sic & alteri reo eadem exceptio dabitur. Quippe hæc omnia ita fierent, si vnus esset tantum creditor, & vna obligatio. *Instit. quibus modis tollat. obligat. in princ. l. pactum. ff. de pact.* Nunc autem in duobus reis stipulandi sic obligatio accipitur, quasi in singulis obligatio esset vna, cum in vtriusque obligatione vna res versetur. Idque est, quod Venuleius definit *in dicta l. si rem. §. 1. ff. de nouat.* vnumquemque ex reis stipulandi perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune stipulandi ius est, amittere debitorem potest. Ex quo † apparet, vnumquēque reorum stipulandi promissorem liberando pos- 3 se alterius rei conditionem deteriorem facere & ignorantis & inuiti. Neque tamen hoc pugnat cum regula iuris, quæ vetat alterius conditionem facere deteriorem, *l. soluendo. ff. de neg. gest.* Hæc enim ad eos pertinet, qui de alieno statuendo recta id faciunt, quod aliis noceat, quod non licet. Hic de eo agitur, qui promissorem liberando de suo statuit: quod cuique facere concessum est. Nocet deinde id aliis correis: sed per consequentiam: quod ideo hic non spectamus, ne per consequentiam & appendicem impediatur id, quod principaliter iure fieri potuit. *arg. in l. 1. ff. de auct. tut.*

Non † idem seruatur e conuerso, vt ex duobus re- 4 is vni exceptio quæsita etiam prosit alteri promittendi reo, eumque liberet, vt postea dicetur. Hoc ideo, quod vnus promissor sibi soli exceptionem recte acquirere potest: qua quæsita aduersus omnes eius-

dem pecuniæ ſtipulandi reos recte vt ſua vtitur. At non item qui ſibi exceptionem quærere potuit, etiam potuit alteri quamuis eiuſdem pecuniæ reo: quia ius vetat quidquam quærere alteri.

5 His conſequens eſt, † quod traditur *in l. 2. ff. eo.* etiam vnius ex reis ſtipulandi petitione totam tolli obligationem, id eſt, tunc, cum vnus iudicio egerit cum promiſſore, & litem cum eo fuerit conteſtatus: quomodo petitionis verbum accipitur. *l. amplius. ff. rem rat. hab.* quod aliis verbis ſic explicatur *in l. ſi rem. §. 1. ff. de nouat.* vnum iudicio petentem totam rem in litem deducere: ſed apertius *in l. fideicommiſſa. §. plerumque. ff. de leg. 3.* cum dicitur, *vnum ex pluribus reis ſtipulandi agendo occupare, & totum conſequi.* Qui ergo hoc ſuperioribus conſequens? non quod reus ſtipulandi iudicio agendo promiſſorem ſtatim liberet in totum, priuſquam pecuniam acceperit: ſed quod pro commodo ſuo liberet eum a priore obligatione. Iudicio enim cum promiſſore contrahit. *l. 3. §. idem ſcribit. ff. de pecul.* In quo & nouatio quædam fit, vbi vetus actio transfertur tota in actionem iudicati, quatenus petitori commodum eſt. *l. aliam. ff. de nouat.* de quo poſtea ad titulum *de nouat.* Eademque opera tollitur ceteris vetus actio ex ſtipulatu: iudicati autem obligatio ſic petitoris propria efficitur, vt promiſſor poſtea condemnatus hanc mutare non queat, ſi velit, niſi petitori ſoluendo. Hinc illud dictum eſt, ex duobus reis ſtipulandi ſi ſemel vnus egerit, alteri promiſſorem poſtea offerendo pecuniam, nihil agere. *l. ex duobus 16. ff. eod.* Quippe offert ei, cui poſt illam iudicii accepti nouationem debere deſiit inuito petitore. Et hæc quidem ſine exceptione ita tradita ſunt *in dicta lege 2. ff. eod. & dicta lege ſi rem. §. 1. ff. de nouat.* Et ſane prioribus illis poſitis ſunt conſe-
6 quentia. Paulus † tamen *in l. ſi vnus. in pr. ff. de pact.* hæc ita vera eſſe ſcribit, ſi rei ſtipulandi ſocii non ſint: quod ſi ſint ſocii, vni quidem ſolui poſſe: vnum autem aut nouando, aut paciſcendo alteri nocere non poſſe. Vere Paulus, & ſuperioribus admodum conuenienter. Quod enim diximus vnius rei ſtipulandi acceptilationem & factum alteri nocere ad liberationem, de iis dictum eſt, quorum vterque in ſolidum obligationis ius ſibi quæſiuit, & quorum vtrique ſolidum debeatur, vt declaratur vtroque illo loco ſuperiore, id eſt, *l. 2. ff. eod. & l. ſi rem. §. 1. de nouatio.* Hoc vero ita fit, ſi rei ſtipulandi ſocii non ſint: qui ſi ex ea cauſſa ſtipulentur aut promittant, in qua ſocii ſunt, ſcriptum eſt *in l. in lege. 62. ff. ad leg. Falc.* perinde inter eos diuidi debere obligationem, atque ſi ſinguli partem pecuniæ ſtipulati eſſent, vel promiſiſſent. In his igitur omnibus hoc ipſum temperamentum tenendum eſt.

## Duorum reorum promittendi obligatio qualis, & quid contineat, & de ſolidi exactione, qua ſinguli in ſolidum tenentur.

### Cap. VI.

SVMMARIA.

1 *Ab vno ex duobus reis promittendi ſolidum peti poſſe, etſi reus ſumtus ſit, qui fideiuſſor eſſe poterat, & debuerat.*

2 *Idem, etſi ſint rei promittendi ſocii.*

3 *Idem, etſi pecunia credita ad vnum peruenerit.*

DVorum reorum promittendi hæc item ſumma obligatio eſt, quæ iiſdem illis locis deſcribitur, id eſt, *l. 2. ff. eo. & § pen. Inſt. eo.* vt ſinguli ſolidum debeant, non latius tamen, quam vt ab his res vna debeatur. Cuius iuris vis hæc eſt. Quod ſinguli ſolidum debent, facit, vt poſſit peti ab alterutro ſolidum, ſic tamen, vt non ſit ea res impedimento, quo minus partes a ſingulis peti poſſint: hoc enim totum pro commodo ſtipulatoris accipiendum eſt. *l. 3. §. 1. l. reos. in pr. ff. eo.* Quod autem ita in ſolidum obligati ſunt ſinguli, vt vna res tantum in obligatione verſetur, id eam vim habet, vt vno ex reis promittendi liberato, vna quoque ceteri, etiam cum quibus nihil actum eſt, liberentur. *l. 3. in fin. ff. eod. dict. §. pen. Inſt. eod.* non etiam vt vnius factum alteri noceat, eique nouam obligationem inducat, quam non conſtet inter eos interuenire. Ita fit, vt duorum reorum obligatio duas haſce res contineat in ſumma: in excipienda actione onus ſolidæ exactionis, quod ſingulis imponitur: in ſoluenda autem obligatione communis liberationis beneficium, quod ſingulorum liberationi tribuitur. Quoduis autem factum vnius ad aliam obligationem alteri inducendum horum obligationis conditio non admittit, de quibus capitibus tribus dicam
ordine. Iam † primum duo rei promittendi ita ſoli- 1
dum debent, vt poſſit vel ab vno eorum ſolidum peti, idque eorum proprium eſt, niſi malit creditor actionem inter eos diuidere. *d. l. 3. §. vlt. l. reos. in pr. ff. eo. d. §. pen. Inſt. eo.* Nihil hic excipiunt veteres. Neque vera ſunt ea, quæ de obligatione inter reos quandoque diuidenda ſcribit Bartolus *in auth. hoc ita. hic. nu.* 68. & deinceps. Ait diuidi actionem inter duos reos, ſi cum acciperentur pro aliena obligatione, color ſit quæſitus, & tanquam rei principales accepti ſint, *arg. l. item ſi. §. 1 ff. de Mac.* Sed ne colorem eſſe dixerimus, cum creditor vult ſibi ita caueri, vt qui accipiuntur, rei principales promittendi fiant. Tunc color eſt, cum ius vetat fideiuſſorem accipi, vt teneatur, & ne videatur fideiuſſor, tanquam reus principalis accipitur, vt eſt ſpecies *d. l. item ſi. §. 1. de Mac.* Vbi autem non prohibetur quis reum accipere, quem fideiuſſorem accipere poterat, ſi vt reum acceperit, conditio duorum reorum ex conuentione ſeruanda eſt.
Quid, † ſi duo rei ſint ſocii? Idem ait & pro parte eos 2
conueniri debere, quia dicatur in lege Falcidia inter eos diuidi obligatio. *l. in lege 62. ff. ad leg. Falcid.* Sed & hoc conditioni duorum reorum & conuentioni aduerſatur. Ideo enim duo rei accepti ſunt, vt ſtipulanti ſolidum deberent, eamque conditionem accepit ſtipulatio. Hanc inuito eo rei mutare non poſſunt. *l. vero. ff. de ſol. l. Herennius. ff. de euict.* Non obſtat, quod dicitur *in d. l. 62. ad leg. Fal.* inter duos reos ſocios circa legem Falcidiam perinde diuidi obligationem, quaſi ſinguli partem pecuniæ ſtipulati eſſent, vel promiſiſſent. Hoc enim recte dicitur circa legem Falcidiam, cum quæritur, quantum ſinguli in bonis habeant, vt fit in quantitate patrimonii inquirenda ex lege Falcidia. Sed hoc creditori nocere non debet, nec debitorum pactio creditoris ius mutat. *l. debitorum. 5. de pact. l. 3. in pr. ff. de tranſ.*

Quid † plura? Adeo verum eſt, ſingulos poſſe in 3
ſolidum conueniri, vt quamuis pecunia credita ad vnum ex reis peruenerit, tamen nihilominus alter recte in ſolidum conueniatur: quia hæc in duobus reis accipiendis obligationis lex & conuentio eſt. *l. propter. hoc titul. l. ſi non. ſupr. ſi certum petatur.* Sed hic obiicitur exemplum duorum fideiuſſorum, inter quos diuidi obligationem conſtat. Ne quis autem exemplum repudiet, duo rei dicuntur vice mutua pro

fide-

fideiussoribus accipi. *l. reos, in pr. D. eod.* Sed cum hæc obiectio ad alias quoque partes huius obligationis pertineat, de ea dicam in commune ad extremum. Illud in hac parte monendi sumus, quæ de solidi exactione aduersus singulos ex duob. reis promittendi dicta sunt, ex iure vetere dicta esse. Ius immutatum constitutione Nouell. Iustiniani. de quo dicam ad auth. *hoc ita, infr.*

Quibus modis vno ex reis promittendi liberato liberetur alter. Cap. VII.

SVMMARIA.

1 *Vno ex reis promittendi liberato, quocumque modo accidat, ne in eius persona iusta & perfecta sit rei liberatio, nec alterum liberari: & quibus modis id accidat.*

2 *Vno ex reis promittendi nõ ipso iure, sed per exceptionem liberato, non ideo alterum liberari: & cur.*

3 *Exceptæ tres caussæ, & quæ.*

4 *Vni ex reis promittendi exceptione pacti parta, alterum non liberari: exceptione iurisiurandi vni quæsita, contra esse: differentiæ ratio.*

5 *Vnius ex reis promittendi moram alteri non nocere, id est, non efficere quominus re postea peremta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit, proinde nec huius liberatione liberari eum, qui moram fecit.*

DE liberatione vnius, quid ceteris adferat, videamus. Quod pluribus verbis indiget. Non enim vsquequaq; verum est, vno ex reis liberato alterum quoq; liberari. Habet id has cautiones. Nam & ad veram ac iustam liberationem tantum pertinet, & in vera etiam liberatione interdum locum non habet. Sunt etiam quædam caussæ, de quibus dubites, an pro iusta liberatione habendæ sint. de quibus ordine dicendum est.

1 Principio † igitur non quæuis liberatio vnius rei promittendi alterum quoque liberat, sed tãtum vera & iusta liberatio. Ea est autem, qua tollitur ipsa obligatio, & tollitur ipso iure, non per exceptionem, nisi ex caussa. Ante omnia obligationem iure solui, seu reum obligatione sublata liberari volumus, *l. 2. l. 3. in fin. D. hoc tit.* Ita quocumque modo fiet, ne sit iusta liberatio, & solutio obligationis, quodcumque id factum erit, nunquam id alteri reo proderit ad liberationem. Tribus autem modis accidit, ne sit vera liberatio. Vno, si liberatio ipsa, puta acceptilatio, iure non constitit in persona eius, quem creditor acceptilatione liberare voluit. finge maritum cum duos reos haberet Titium & mulierem, mulieri accepto tulisse donationis caussa. Ipsam quidẽ mulierem non esse liberatam cõstat, quia donatio & quidquid fit donationis caussa, inter virum & vxorem inhibetur. Quid Titius, in cuius persona cõsistere donatio potuit, an non liberabitur? Placet neutrum liberari: quia acceptilatio in persona mulieris non valuit. est aũt absurdũ eam, quæ in huius persona non valuit, ab ea ad alium trãsire, *l. 5. §. 1. D. de don. int. vir. & vxo.* Altero modo fit, ne sit vera liberatio, q̃ prosit alteri reo, si iure quidem ipso ab initio constitit, sed postea rescissa est, & restituta actio creditori. Quod accidit, cum mulier pro vno reo ita intercessit, vt eum nonatione liberaret. Nam Senatusconsulto Velleiano ita iuuãtur mulier exceptione, vt simul restituatur actio creditori aduersus eundem reum, atq; hoc modo euentu desinat esse liberatio, quæ esse videbatur. Quamobrem tanquam in ea liberatione, quæ vere non est, placet nec liberari alterum reum, sed aduersus vtrumque pariter restitui actionem, *l. si pro vno. D. ad Velleian.* Tertio modo idem fit, cum vnus ex reis desinit quidem vere teneri sed ita, vt persona solum obligatione eximatur, manente nihilominus obligatione. quod cum fit, sola persona eximetur: obligatio quæ manet, alterum reum tenebit, *l. vltim. D. eod.* Sic autem rem siue obligationem solui intelligimus, si manente persona, quæ possit debere, desinat reus quouis modo iure teneri. Personam autem eximi manente obligatione, cum reus ideo debere desinit, quia iam nõ sit, qui debeat. Quod contingit duobus modis. Vno, cum bona reo damnatione, puta deportatione, adimuntur, *d. l. vlt. d. eod.* Altero, cum stipulator vni ex duobus reis stipulãdi heres exstitit, *l. Granius, 71. D. de fid.*

Non est satis, † aliquem vere esse liberatum. Etiam obligationem in vnius persona ipso iure tolli volumus, quo liberetur alter, non autem solum per exceptionem. Ex hoc iure placet, si creditor cum vno ex reis promittendi, qui socii non sint, pactus sit, ne petatur, pactum quod paciscenti prodest ad totius rei exceptionem, quamuis in rem conceptum sit, tamen alteri reo non prodesse. Hoc ideo, quia alteri exceptionem dari nihil interest eius, qui pactus est, *l. & heredi. §. vltim. l. fideiussoris. §. primo, leg. idem, D. de pact.* Sic autem regula iuris est, per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, excepta possessione nobis nihil acquiri posse, *leg. prima, supr. per quas person. nob. acquir. §. ex his. Instit. eod.* In eadem caussa est rei iudicatæ exceptio. Finge ex pluribus eiusdem pecuniæ promittendi reis vnum iudicio electum. Diserte scriptum est *in l. amissi, §. vlt. D. de fid.* absolutione quoque huius secuta, eoque & quæsita ei exceptione rei iudicatæ, ceteros nõ liberari. quod tamen negat Bartolus ad auth. hoc ita. *num. 43. hic.* & probat scilicet ex *dict. leg. amissi. §. vltim.* quo loco maxime refellitur. Sed tamen † & hæc ita sunt, nisi iusta caussa sit, quæ suadeat etiã alteri reo exceptionem dari. Iustæ caussæ tres. Vna, si promittendi sint socii. In his pactum cum vno factum placet alteri proficere, *leg. eandem, §. penult. D. hoc tit. l. sed si. 24. & l. idem. seq. D. de pact.* nempe commutata superiore ratione: quia scilicet tum paciscentis interest ab altero non peti propter societatem, qua fit, vt dum a socio meo petitur, ego inquieter, vt est *in l. 3. §. nunc de effectu. D. de lib. leg.* Ita fit etiam hoc modo, vt qui verbis pactus est alteri, re ipsa videatur eodem modo pactus sibi. quod per regulam iuris facere concessum est. Altera caussa est in iis, qui socii non sunt, si vnus pactus sit nominatim, ne a se neue ab altero reo petatur. Tum enim placet hoc pactum hactenus alteri prodesse, vt si ei pacti exceptio non datur, quod regula iuris prohibet, saltem prosit ei doli exceptio. *d. l. idem. in fin. iuncta l. videlicet. seq. de pact.* Tertia est in his etiam ipsis reis non sociis, si caussa ex qua exceptio nascitur, eiusmodi sit, quę habeatur pro solutione. Hoc, inquam, cum fit vno ex reis promittendi per exceptionem tantum liberato, eadem exceptio alteri dabitur.

Talis † caussa est iusiurandum, quo reus iurauit se non debere. Id inter alios effectus etiã hunc habet, vt pro solutione cedat *l. iusiurandum etiam 27. D. de iur.* Qua ratione etiam placuit, quamuis a fideiussore exactum iusiurandum proficere etiam reo: mul-

toque magis ex duobus reis promittendi, si alter iurauit, alteri quoque prodesse debere, *l. in duobus. §. 1. & §. ex duobus. D. de iur.* Eamq; rationem non dubium est a veteribus redditam esse, vt intelligeretur, cur non idem placeat in pacto cum vno ex reis interposito. Non enim vt iusiurandum, ita & pactum solutionis loco est. Quippe in pacto nihil præstat creditori debitor, sed ab eo accipit. In iureiurando autem vt creditor paciscitur, ne post iusiurãdum petat, ita & pro eo debitor præstat iusiurandum, atque ea præstatione tanquam aliud po alio soluendo satisfacit creditori. Satisfactio pro solutione est, *leg. satisfactio, D. de solut.* Comparatur quidem pactum solutioni *in l. si vnus, §. si cum decem, ver. sed si stipulatus, D. de pact.* Sed tũc, cum vnus est promissor: quod recte fit. Nam de exceptione soli ei acquirenda agitur. Porro soli ei iure acquiri posse constat. Cui autem semel exceptio competit, huic nõ magis nocet actio, quam si sublata esset ipso iure, *l. nihil interest. D. de reg. iur.* Non idem dici potest, cum duo sunt promittẽdi rei, quorum vnus paciscitur, ne petatur. Hic enim laboratur de exceptione alteri acquirenda. Hanc autem illi per alterum, cuius nihil interest, acquiri ius non concedit.

5 Interdum † etsi vera sit & iusta liberatio, qua liberetur debitor etiã ipso iure: tamen eiusmodi est, qua vno reo promittendi liberato nihilominus alter teneatur. Id in vna hac specie receptũ est, cum species debita, puta Stychus promissus neutro ex reis caussam interitus præbente post vnius tantũ moram periit. Nam qui moram non fecit, hunc ius certum liberat, quo efficitur, debitorem re debita peremta, quod quidem sine eius culpa factum sit, liberari, *l. si ex legatis. ff. de verb. obl.* Moratorem autem alia constitutio in obligatione retinet, qua placet culpam perpetuare ei obligationem, *l. si seruum §. sequitur, eod. tit.* Et hoc est, quod dicitur, si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere. *l. mora, §. vlt. D. de vsur.* Ideo enim non nocet, quia qui moram fecit, tenetur: neque tamẽ tenetur alter, si extra culpam est, sed iure ipso liberatur. Ex quo rursum vice versa intelligitur huius liberatione illum alterum non liberari. Sed hoc propria ratione efficitur. Nam qui liberatur in hac specie, ideo id consequitur, quia vere res periit, nec vlla caussa est, cur aduersus eum res adhuc exstare existimetur. Contraria de caussa necesse est, non liberari alterum: quia etsi vere res periit, tamen culpa eius, quæ impunita esse non debet, facit, vt videatur res adhuc exstare, *l. nemo, 82. §. 1. l. si seruum. §. sequitur. D. de verb. obl.* Et est æquissimum, ne aut illius factum alteri noceat, aut cuiquam prosit frustratio sua: vtrumque aduersus certas regulas iuris, & naturæ æquitatem, *l. factum cuique, l. in condemnatione, §. penultim. D. de regul. iur. l. hominem. D. mand.* Et tamen ne hoc quidem ius in quauis culpa vnius ex reis promittendi receptum est, sed tantum in mora. Vno, inquam, moram faciente, huius mora non facit, quominus iuxta regulam communem iuris, quæ est de interitu rei debitæ, liberetur alter: neque etiam huius liberatio alterum qui deliquit, liberat. At de facto vnius contraria definitio est *in leg. penult. D. eodem*, in hæc verba: *ex duobus reis eiusdem Styc. promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Sed de eo mox plura, cum dicam in commune, vbi vnius factum nocere possit, aut non nocere.

## Nec compensationem ab vno ex reis promittendi ex alterius persona opponi posse, nec lite cum vno contestata, ea petitione alterum liberari. Cap. VIII.

### Summaria.

1 *Vnum ex promittendi reis compensationẽ eius quod alteri reo debetur, obiicere non posse, & cur.*

2 *Si cum vno ex duobus reis iudicio actum sit, ea petitione alterũ non liberari nec nouo nec vetere iure.*

3 *Vno ex reis stipulandi agente, cur ea petitio pro nouatione cedat, vt debitor ab altero liberaretur: vno autem ex duobus reis promittendi conuento, non fiat ea petitione nouatio, qua alter liberetur.*

Atque vt in his liberationibus locum non habet beneficium liberationis, quod ab vno ex reis promittendi ad alterum transferri volumus: ita, vt proposui, dubitatur de quibusdam caussis, an in vnius persona pro liberatione haberi debeant, vt sic prosint alteri ad liberationem. Ambigitur autem de duabus: de facultate obiiciendæ compensationis ex alterius persona, & de petitione solidi, qua vnus ex reis conuentus fuit.

De iure † obiiciendæ compensationis hæc dubitatio fuit, an si stipulator vni ex reis promittendi pecuniam debeat, quo nomine is reus compensatione aduersus stipulatorẽ vti potuit, possitne etiam alter conuentus ex illius persona compensationem obiicere, atque hoc modo contendere se liberatum. Mouet, quod cõpensatio pro solutione habetur, & quidem ipso iure, *l. 4. supr. de comp.* Quod si vnus ex reis liberatus esset solutione, nemo dubitaret, quin tota soluta esset obligatio. *§. pen. Inst. h. tit. l. 2. D. eo.* Et de eo ita scriptum est *in l. si duo, 10. D. eo.* si duo rei promittendi socii non sint, ei cui nihil debetur, nõ prodesse, quod stipulator alteri reo pecuniam debeat. quod nihil aliud est, quã eum cui nihil debetur, compensationẽ ex persona alterius cui debetur, obiicere non posse, quamuis ille conuentus obiicere potuisset. Ita etiam hoc dicitur ius obiiciendæ compensationis, quod vnus ex reis ex psona sua habuit, si cum eo non agatur, pro solutione & liberatione habendum non esse. Et recte, non enim ius compensandi pro solutione est, sed ipsa compensatio, *vt est in d. l. 4. supr. de comp.* Tunc autẽ compensatio est, cum is debitor, cui vicissim pecunia debetur, conuentus compensationem obiicit, seu declarat se paratum compensare, aut cum posset compensatio ab eo conuento obiici, per errorem est omissa, *l. 2. l. si ambo. §. 1. D. de comp. l. vlt. C. eo.* Faciamus ergo cum eo, cui pecunia debetur, nondum actum esse, vt nec compensatione vti posset, si vellet. Consequẽs erit nullam esse compensationem. Non potest autem compensatio alteri prodesse, quæ in eius persona vnde incipere debuit, nulla est. Sed meminerimus de duobus reis qui socii non sint, hoc dictum esse *d. l. si duo 10. D. eo.* Quod si socii erũt, quæ pecunia vni debetur, perinde est, quasi deberetur alteri, cum quo iure societatis cõmunicari debet. quo fit, vt & alter conueniatur, eadem compensatione pro eo quod ipsi debetur, vti possit.

De † petitione, qua conuentus est iudicio vnus ex reis promittendi a stipulatore, vetus dubitatio est, an ea petitione liberetur alter ex reis, ita ne cum eo amplius agi possit. Et fuisse quorũdam veterem sententiam, quasi inter duos reos promittendi esset hoc genus liberationis, significatur non obscure *in leg. decem 116.* 2

rem 116. illic, *non enim sunt duo rei. D. de verb. obl.* Indicat & constitutio Iustiniani. *l. vltim. infr. de fid.* qua in duobus reis promittendi nominatim cauet, ne vno ex reis conuento, & lite cum eo contestata, ea re noceatur creditori, quominus aduersus ceteros actiones integræ sint. Quæ constitutio fuit superuacua, nisi aut antea obtineret, aut certe ius esset controuersum. Etsi autem ea constitutione quæstio sublata est, tamen quia quædam etiam nunc obiici possunt, operæpretium est, eamdem sententiã hoc loco certius confirmare. Hæc autem fere sunt, quæ solent obiici. Nam si vnus ex duobus reis stipulandi cum promissore egerit, diximus ea petitione nouationem fieri, qua actio transferatur in actorem solum, promissor autẽ ab altero reo stipulandi liberetur. Quidni ergo in duobus reis promittendi idem probemus, vt si stipulator cum vno egerit, eadem petitione fiat nouatio, quã interueniente etiam alter ex reis liberetur? Exstat præterea definitio de duobus reis tum stipulandi, tum promittendi concepta in *l. 2. D. eod. tit.* qua ita definitur, ipso iure & singulis solidum deberi, & singulos debere. ideoque petitione acceptilationeque vnius totam solui obligationem. Sed de hac re etiam ex vetere iure sic habendum est, si forte hoc iure quibusdã visum est, vno ex reis promittendi conuento, alterum ea electione liberari: tamen contrarium obtinuisse plurium sentẽtiis. Testata est enim hæc sententia pluribus responsis diserte scriptis, aduersus vnumquemque ex duobus reis debendi agi posse, nec liberari alterum, si cum altero agatur. *l. 1. §. si apud. D. dep. l. si vt certo. §. vlt. D. com. §. §. 1. D. de leg. 1. l. creditor. 60. D. mand.* Et cur ea petitione liberetur alter, cum ne ipse quidem, cum quo actum est hac ipsa petitione liberetur? Non enim, aiunt veteres, petitione, sed solutione & perceptione debitor liberatur, *d. l. 1. § si apud. depo. l. 4. D. de his, qui dei. vel eff.* Nisi quis dicat, quod creditor vnum elegerit, qui cum iudicio ageret, hoc factum illi nocere debere. quod longe secus est. Nemo enim agendo & litem contestando deteriorem conditionem suam facit, sed meliorem, *l. non solet, l. nemo enim. D. de regul. iur.* Et certe esset absurdum, diligentiam suam cuiquam fraudi esse: præsertim cum ius vigilantibus scriptum sit, vt Scæuola scripsit, *l. penult. in fin. D. quæ in fraud. cred.* Quamobrem & hæc sententia merito Iustiniani constitutione confirmata
3 est. *dict. l. vlt. infr. de fid.* Neque † vero mouere nos debet, quod vno ex reis stipulandi agente, hanc petitionem pro nouatione cedere placet, vt nouata priore actione & translata in nouam iudicati, promissor ab altero ex reis stipulandi liberetur. Hactenus enim hæc petitio pro nouatione est, quatenus hanc fieri petitori expedit, alioqui contra, *l. aliam, D. de nouat.* de quo plura infra ad tit. *de nouat.* At tunc expedit ita fieri, cum ex pluribus reis stipulandi vnus agit cum promissore. Sic enim fit, vt reo aduersus alterum ex stipulandi reis nouatione liberato, solida actio efficiatur propria eius, qui egit, vt iam neque alteri solui possit, neque alter exigere, vt promissor liberetur. quæ plane mens est & consilium eius, qui primus egit. vnde nouatio. Contraria plane vtilitas & mens actoris contrariam sententiam inducit, cum vnus est stipulator, duo rei promittendi, & aduersus vnum agitur. Faciamus enim cum vno agendo alterum liberari. Manifestum statuimus incommodum actoris, qui cum prius duos haberet eiusdem rei debitores in solidum, agendo incipit vnum tantum habere. Et vero agendo hæc mens eius nequaquam fuit, vt vel eum cum quo agit, vel alium quempiam eo facto liberaret. Nam qui sibi consultum voluit ea petitione, obesse certe sibi eam petitionem noluit. Neque porro secus quã agenti expedit, & ab illo actum est, litis contestatio vnquam prioris obligationis nouationem aut liberationem induxerit. Nam nec extra iudicium nouatio vnquam admissa est, nisi cum probaretur id actum esse, vt noua obligatione inducta, prioris nouatio fieret, *leg. 4. §. si ex conuentione, D. de re iud.*

De † definitione *l. 2. D. hoc tit.* post constitutionem Iustiniani laborare admodum non oportet. Et- 4
si enim in illa oratione: *petitione acceptilationeque vnius tota soluitur obligatio*, concederemus hæc verba, *petitione vnius*, etiam referri ad petitionem, qua vnus ex reis promittendi conuenitur: tamen sic acceptus locus nihil oberit superiori sententiæ, quia in promtu erit dicere Iustiniani constitutione emendari, *d. l. vlt. infr. de fi.* Sed ne necesse sit, ad hanc responsionem confugere, recte defendemus petitionis verbum in ea definitione actiue tantum accipi posse, non passiue, vt intelligamus scilicet totã solui obligationem vnius petitione, non qua cum vno ex pluribus agatur, sed qua agat vnus ex pluribus. Id quidem proprietas sermonis solum admittit. Petitio enim eius solius esse intelligitur, qui petit. Quod si quis est, cũ quo agitur, non eius, sed ab eo petitionem esse dicere solemus, *l. via, D. de seru.* Cum autem ad significationem verbi etiam auctoritas & certitudo sententiæ, quæ inde efficitur, accedat, nõ est, quod eam sententiã in illis verbis accipere dubitemus: quæ etiam in ambigua voce legis, cum vitio careat, vltro esset amplectenda. *l. in ambigua. D. de legi.*

## Nec moram, nec factum vnius ex promittendi reis alteri nocere: sed nec interdum prodesse. Cap. IX.

### SVMMARIA.

1 *Vnius ex reis promittendi factum, quo se obstringit, alteri reo non nocere.*
2 *Vnius rei factum alteri quoque reo nocere, quomodo interpretandum, in l pen. D. de duo. reis.*
3 *Vno ex reis promittendi moram faciente si res intereat, nihilominus liberari alterum: at si vnus animal promissum occiderit, non item, & quæ differentiæ ratio.*

Liberationem habemus vnius rei promittendi, qua & ipsa liberatur alter. proinde factum vnius in obligatione communi, quod factum prosit alteri. An etiam vnius rei factum nocere possit alteri, sitq; id proprium huius obligationis, tertium fuit a me propositum, quod in conditione istius obligationis quæreremus. Et quatuor fere facta sunt cuiusque rei debendi, quæ illi noceant ad eum obstringendum, vbi alioqui non teneretur, delatũ ab eo iusiurandum, quo aduersarius iurauit sibi deberi: eius cõfessio, qua fatetur se debere: damnũ rei debitæ ab eo datũ: mora ab eo solutioni facta. An ergo hæc item alteri reo noceant, & an his vti possit creditor ad alterũ his nominib conueniendũ, quæritur. Et † siquidẽ factum
vnius rei promittendi eiusmodi est, vt se eo obstringat, si prius non teneretur: generaliter probãdum est, id factum alteri correo non nocere, tantumque 1

abesse, vt id nocere alteri sit proprium obligationis duorum reorum, vt nihil sit magis contrarium. Rei enim sunt vnius eiusdemque obligationis, *l. 3. §. vlt. D. hoc tit. §. pen. Inst. eo.* Proinde extra eam obligationem non sunt rei, nec quidquã inter se habent commune. Quæ res facit, vt hic ad cõmunem iuris constitutionem pertineant, qua placet res inter alios actas aliis non nocere. *toto tit. supr. res inter al. act.* Hac de caussa delatum ab vno iusiurandum placet aduersus alterum stipulatori nihil prodesse, *l. nam postea, in fin. & l. quia. seq. D. de iur.* nempe ideo, quod alter ex caussa eius iurisiurandi conuentus si neget se debere, negat se vt reum teneri ea obligatione, quæ iureiurando inducta est. Idem ergo dicemus, etsi vnus ex reis, quamuis in iure, confessus fuerit se debere, eadem de caussa. Quod si factum vnius rei tale erit, quo non inducatur noua obligatio, sed perpetuetur vetus, quam constat duorum reorum fuisse, hic interesse dicemus, morane vnius rei id acciderit, an facto: id est, culpane quę in nõ faciendo sit, an ea quę sit in faciendo, veluti, cum reus animal promissum occidit. De mora exstat definitio *in l. mora. §. vlt. D. de vsur.* in hæc verba: *Si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere.* Qua significatur, *si post vnius rei promittendi moram res promissa perierit, perpetuari aduersus eum obligationem: sed eam rem alteri qui moram non fecit, non nocere, quominus in eo vtatur suo proprio iure, & eo interitu liberetur, atque ita simul vtrumque accidere, vt neque illius mora alteri noceat ad eum in obligatione retinendũ, neque huius liberatio moratori prosit ad eum liberandum.* de quo iure dixi paulo ante.

2 De facto † autẽ vnius rei promittendi exstat contraria Pomponii definitio *in l. pen. D. hoc tit.* his verbis: *ex duobus reis eiusdem Stychi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Factum vocat Pomponius, quod proprie ita dicitur, id est, id admissum, quod vere in faciendo est, quale est, cum vnus reus animal promissum occidit: non autem id admissum, quod est in cessando aut negligendo, quo in genere est mora, cessatio nempe posita in non soluendo: sicque mora a facto distinguitur *in l. si seruũ. §. sequitur. D. de verb. obl.* Id eo pertinet, vt cũ dicitur alibi moram vnius rei alteri non nocere, sciamus nõ esse contrarium, cum dicitur factũ vnius alteri nocere, quoniam mora non est factum, quod quidem proprie ita vocetur, *vt dixi.* Sed & cum dicitur factum vnius alteri quoque nocere, aperte de eo facto dicitur, quod ipsi facienti nocet vel ad inducendum aduersus eum obligationẽ, de qua prius dubitari posset, vel ad eam quæ certo constituta erat, perpetuandam. Sed cum adiicitur, factum vnius ex duobus reis promittendi, satis declaratur agi de his, qui vere rei sint. Proinde & id factum notari, non quo inducatur obligatio, sed quo ea, quæ duorum reorum erat, perpetuetur, cum absque eo facto foret, esset interitura. Id autem factum est, *vt dixi*, cum vnus reus promittendi aliquid fecit, quo res promissa vel exstare, vel integra esse desineret, puta, cum animal promissum occidit, aut debilitauit. Ita fit, vt sit hæc sententia definitionis, si tale factum vnius ex reis promittendi acciderit, id factum primum ei nocere, ne eo interitu iuxta regulam commune iuris liberetur: quod certi iuris est, *l. si ex legati, l. si seruum, in princ. §. sequitur, D. de verb. oblig.* Sed hoc amplius & correo nocere, ne & ipse liberetur, quamuis ille nihil in eo neque dolo, neque culpa, aut per dissimulationem fecerit: de quo dubitari merito poterat. Est enim contra regulam iuris, quæ eum debitorem, sine cuius culpa res periit, liberat. *d. l. si ex legati.* Quod cum ita sit, † & præterea in 3
mora diuersum obseruari diximus, haud abs re erit videre, cur id in hac specie tam varie constituatur. Et recte generaliter definiemus, iniquum esse vnius ex reis factum alteri reo nocere: ne incipiat dici licere cuiquam alterius conditionem deteriorem facere, contra regulam naturæ, *l. soluendo, D. de nego. gest.* Sed & illud etiam esse æquissimum, vnius factum non prodesse vel ipsi, vel alteri ad eum liberandum in necem creditoris. Nam a quo iusta solutio, aut satisfactio proficisci debuit, valde iniquum est, atque adeo absurdum ab eo nasci iniuriam liberationis inuito creditore. Sequitur igitur, vt re post moram vnius ex reis peremta, quamuis qui moram fecit, teneatur adhuc, tamẽ liberetur alter, qui moram non fecit: quia si etiam ob id factum alter tenetur, aperte mora prioris illi alteri noceat, cum sine cuiusquam mora futurum esset, vt rei interitu liberaretur. Negamus autem vllum factum aut culpam cuiusquam debere alteri nocere. Contraria de caussa dicendum est, cum vnus ex reis animal promissum occidit, aut aliter fecit, quominus res promissa exstaret, sicut tenetur qui occidit, ita alterum quoque reum teneri debere: quia si eo interitu liberatur alter, perspicuum est occidentis factum illi prodesse ad liberationem, cum sine eo vterque adhuc teneretur, vt prius. Iam vero & hoc factum alteri prodesse debere negauimus. At enim factum vnius ex reis promittendi dicitur nocere alteri, *in dict. leg. penult. D. eod.* & nocere ibidem admittitur. Sed idem factum in hac re dicitur modo simpliciter non prodesse, modo etiam aperte nocere diuersis rationibus. Si liberationem tantũ spectamus, vt certe de hac sola nunc quærimus, occidentis factum alteri nõ prodest: quia eo facto alter non liberatur. Si spectamus regulam iuris, quæ ex interitu rei debitæ liberationem reo tribuit, dicitur factum alteri qui non occidit, nocere: quia factũ id quodammodo obstat, ne alter reus ea regula vtatur. Sed tamẽ semper fatendum est, hoc posterius abusiue dici, non proprie. Reuera enim non factum occidentis obstat, quominus alter liberetur, cum potius factum spectet ad alterum re peremta liberandum, sed in caussa est ius, quod non patitur in interitu rei fraudẽ vnius ex reis alteri ꝓdesse.

### Interpretationem præscriptionis temporis ab vno ex reis adhibitam alteri reo & prodesse, & nocere, & ad l. vltim. hic

### Cap. X.

SVMMARIA.

1. *L. vlt. C. de duobus reis explicatur.*
2. *Facta cetera vnius ex reis alteri nec nocere, nec prodesse: interruptionem autem præscriptionis ab vno ex reis promittendi, aut aduersus vnum ex reis stipulandi adhibitam alteri reo & prodesse & nocere: & huius rei æquitas.*

1 IN his tamen factis vnius ex reis promittendi, quæ facta ad perpetuandam obligationẽ valent, qualis est eius mora, & rei debitæ interemtio, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, quam in vnius persona admissam voluit etiã alteri reo & prodesse, & nocere. Quod dico, huiusmodi est. Diximus, si quod factum sit, quo vnus ex reis promittẽdi perpetu-

perpetuauit aduersus se obligationem, id factum neque alteri reo nocere ad eũ in obligatione retinendum, vbi ex sua persona liberari per se potuit, qualis est vnius ex reis promittendi mora: neque prodesse ad eum liberandum, quamuis alioqui, si esset solus, potuisset alieno eodem facto liberari: quale est, si res
1 ab vno sit peremta. Hic, † inquam, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, exstatque de ea re eius constitutio, *in l. vlt. infr. hoc tit.* Constituit enim, quæ eius legis sententia est, quocumque facto in vnius ex reis persona interrupta sit præscriptio temporis, quæ aduersus actionem currebat, siue hãc interruptionem passus sit vnus ex reis promittendi, siue vnus ex reis stipulandi intulit, eam & alteri reo promittendi nocere, & alteri reo stipulandi prodesse. Nocere, vt aduersus alterum quoque reum præscriptio sit interrupta, quo aduersus eum etiam finito tempore præstituto vtiliter agi possit. Prodesse, vt alter quoque reus stipulandi videatur interrupisse, quo & ipse perpetuo possit agere. Interrumpitur autem præscriptio, si reus aut debitum agnoscat apud creditorem, aut a creditore iudicio pulsetur. Siue ergo vnus ex reis promittendi debitum agnouit, vel iudicio conuentus est, perpetuatam eo facto aduersus eum actionem placet, etiam aduersus alterum reum perpetuatã videri, quasi & ipse agnouisset idem, aut iudicio conuentus esset. Siue apud vnum ex duobus reis stipulandi agnitum est debitum, aut ab vno promissor iudicio cõuentus: perpetuatam huic actionem placet etiam alteri reo quasi communi quodam facto effici perpetuam. Er-
2 go † vnius ex reis interpellati partim mora, partim agnitio alteri quoque reo nocet ad interrumpẽdam præscriptionem: quod supra de mora & facto generaliter negabamus: & vnius ex reis stipulandi interpellatio alteri quoque prodest ad eandem interruptionem, quamuis ipse ad eam rem nihil contulerit: quod & ipsum in pacto vnius rei stipulandi, itemque in re cum vno ex his indicata, & similibus factis ante negauimus. Sed meminerimus constituta hæc præter ceteras caussas in interruptione præscriptionis temporis, vtrumque non sine certa ratione. Odiosa enim res est præscriptio temporis, vtpote constituta etiam ei, quem constare possit prius debuisse, & constituta ob id solum, quod debitor per tempus constitutum cessauerit. Fauorabilis igitur, & digna quouis auxilio eius pręscriptionis interruptio. idque eo magis, quod quandocumque & quocumque ex facto concessa fuerit, semper interruptio sine debitoris, cum quo nihil actum est, damno continget, cum, vt dixi, & ipse prius debuerit, nec moleste ferre debeat, se probabili quauis ratione a præscriptione temporis excludi, quem potius conueniebat ex cessatione sua lucrum non sentire. Vnde & Iustinianus *in dict. l. vlt. in pr. hic*, testatur se eos modos interruptionis, quos ab aliis positos inuenerat, etiã ampliasse. nempe quia bene regula iuris Pontificii comprehensum est, odia restringi, fauores ampliari cõuenire. c. odia. de reg. iur. in 6. sumtum ex *l. cum quidam, in fin. D. de lib. & posth.* Cur autem hæc interruptio in persona vnius ex reis stipulandi vel promittendi vndecumq; semel admissa etiam ad alios reos omnes pertineat, hæc non improbabilis ratio est, quod fit interruptio de tota obligatione. Iam vero hæc obligatio in omnium reorum non diuersa, sed vna & eadem est. Et hanc Iustinianus secutus est, vt declarat ipse *in d. l. vlt. in extremo.* Ratio infirma per se, sed accedente illa ratione atque æquitate præscriptionis impediendæ, quam supra dixi, vtraq; eam interpretationẽ abunde in hac specie suadet. Nec aliorum factorum exempla aduersantur. Poterat quidem eadem ratione defendi vno ex reis re post eius moram peremta obligato eam obligationem etiam in altero reo retineri. Sed ideo non placuit, quia æquitas prohibet rem, quæ non est in rerum natura, aut in hominum commerciis, deberi ab eo, qui ipse nec rẽ sustulerit, nec in ea soluenda moram fecerit. Eadem quoque ratione poterat defendi, exceptionem ab vno ex reis pacto, vel re iudicata quæsitã ad alterum quoque reum pertinere, quia liberationem ab obligatione contineret, hæc autem obligatio etiam alterius rei est. Sed vetat regula iuris per liberam personã alii vel actionem vel exceptionem acquiri, *l. 1. supr. per quas pers.* Cum autem actione ab vno ex reis stipulandi interrupta placet interruptionem alteri quoque reo ad perpetuandam obligationem prodesse, nulla hic actio aut exceptio acquiritur, sed ea obligatio, quæ eius erat, retinetur. Acquirere alii non licet: retinere, quod eius sit, etiam in aliis caussis denegatum nõ est. *l. si quis solutioni. §. vlt. D. de vsur. l. si cum venderet. in pr. D. de pig. act. l. 3. in pr. D. quod vi aut clam.*

Duos reos promittendi vice mutua nec fideiussores esse omnino, nec pro fideiussoribus haberi inuito stipulatore.

Cap. XI.

SVMMARIA.

1 *Inter reos promittendi, & plures fideiussores differentiæ.*

2 *Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi, quid sit in l. reos. D. de duo. reis.*

3 *Rei promittendi quando habendi pro fideiussoribus.*

SVnt ergo hæc duorum reorum promittendi propria, siue de diuidenda inter eos actione, siue de eorum liberatione, siue de facto quod his noceat, agatur. Sed quoniam in his quæ diximus, necesse est pleraque immutari, si duo rei promittendi vice mutua fideiussores sunt, & tamen tales accipi conuenire scriptum est a Papiniano *in l. reos. in pr. D. hoc tit.* superest, videamus hoc etiam, quam vere id dicatur, vel potius quomodo accipiendum sit, vt conueniat cum superioribus. Et non dubiũ est, quin duo rei promittendi fideiussores non sint. Duo enim rei ꝓmittendi sunt, qui principaliter idem ꝓmittunt, nõ etiam ita, vt ꝙ vnus prius principaliter spõdit, ei poste alter accedat, vt dicat nominatim se ꝓmittere, ꝙ ab illo aut illo debet: ꝙ est ꝓprium accessionis. Idq; ex constitutione duorum reorum supra intellectũ est. Nullus aũt fideiussor principaliter & per se quid ꝓmittit, sed omnis fideiussor principalis alicuius obligationis accessio est, *§. fideiussores, Inst. de fid.* Non ergo duo rei promittendi inuicem sunt fideiussores. Hinc duo rei promittendi vbiq; a fideiussorib. distincti, *l. sed si. 24. iuncta l. idem. seq. D. de pact. l. vlt. ꝟ. de fid.* Hinc & tituli distincti, *De duobus reis, & De fideiussoribus.* Nec vero parũ interest id ita recte statui; alioqui, vt dixi, pleraque falsa erunt ex iis, quæ supra posuimus. Est aũt † inter reos debendi, & fideiussores harũ re- 1
rum differentia. Inter fideiussores, qui soluendo sint, diuiditur actio etiã iure vetere. singuli rei solidum debent, & a singulis solidum peti potest, *leg. 2. l. 3. §. vlt. D. eo.* Fideiussor, quod reo debetur, compensare potest, si conueniatur, *leg. 5. D. de compens.* reus

promittendi quod alteri reo debetur, non potest, *l. si duo. 10. D. hoc titul.* Item fideiussori exceptio pacti competit, quæ competeret reo, etiam si pactum in personam rei dumtaxat collatum sit, *leg. & heredi. §. vlt. l. quod dictum, D. de pact.* Vnius autem ex reis promittendi conuentio quamuis in rem collata alteri reo, qui socius non sit, non proficit. *d. l. & here-*
2 *di. §. vlt. l. sed si. 24. l. idem. seq. D. de pact.* Quid † ergo est, quod ita scribitur *in d. l. reos. D. eod.* reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi conuenit? Vel hoc ipsum maxime significat reos promittendi fideiussores non esse. Hæc enim oratio, *reos promittendi fideiussores recte accipi*, nihil aliud significat, quam reos pro fideiussoribus recte accipi, seu esse loco fideiussorum. quo maxime significatur eos non esse fideiussores. Id ex simili hac oratione licet intelligere, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes, quibus ex quacunq; caussa debetur, etiam ex quasi contractu aut maleficio. traditum *in l. creditores accipiendos. D. de verb. sign.* vbi sane constat hoc dici nō omnes istos creditores esse, non sunt enim: cum credere sit ex contractu alterius fidem sequi: *l. 1. D. si cert. pet.* sed esse loco creditorum, seu pro creditoribus haberi. idque ita explicatur in ead. *leg. creditores.* cum ita subiicitur paulo post: *Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.* Non ergo rei promittendi sunt vice mutua fideiussores, etsi quis concedat pro fideiussoribus habendos. Sed quid refert, dicet aliquis, si fatemur effectu pro fideiussoribus esse habendos? Sane nihil referret, si Papinianus generaliter definiret reos promittendi ita esse habendos. Nunc autem hæc sententia est Papiniani: conuenire inter omnes, seu vt alibi loquitur, vulgo receptum esse, reos promittendi pro fideiussoribus accipi non inutiliter. Non tamen semper, sed vice mutua, id est, cum ita accipiuntur ambo, vt simul habeantur pro fideiussoribus vice mutua, non etiam ita, vt vnus eodē tempore fungatur persona rei principalis, alter habeatur pro huius fideiussore: quo illius iure, puta cōpensatione eadem, aut eadem ex-
3 ceptione vtatur. Quinetiam † hoc ipsum, quod dicit Papinianus reos promittendi non inutiliter simul pro fideiussoribus vice mutua accipi: non generaliter definit, sed ita, vt intelligat id aliquando fieri vtiliter, at non semper. Declarat enim paulo post id fieri tantum tunc, cum reus stipulandi pro talibus eos haberi volet, non etiam ita, vt eos pro talibus admittere cogatur. Et ideo, inquit, vt reus stipulandi inter fideiussores diuidere posset actionem: sic inter reos, tanquam vice mutua fideiussores sint pro arbitrio eius, diuidere poterit, non secus ac si duos promittendi reos diuisis actionibus conueniret. Sed hoc, *inquam*, si velit: ceterū, inquit ille, diuidere cogendus non est.

## Non tantum duos reos stipulandi & promittendi fieri posse, sed & plures. nec tantum verbis stipulationis, sed & ex ceteris contractibus, itemque testamento fieri posse duos reos debendi, credendiue. Cap. XII.

SVMMARIA.

1 *Ex contractibus aliis, quam stipulatione duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
2 *Etiam ex mutuo duos reos debendi eiusdem pecuniæ creditæ fieri posse, & quomodo, ac quam recte hic fieri dicantur.*
3 *Et testamento duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
4 *Ex aliis caussis obligationis, quam contractibus aut testamento duos reos debendi non constitui.*
5 *Etiam duos reos credendi ex aliis contractibus fieri posse, & quomodo fiant.*
6 *Ex mutuo quomodo duo rei credendi.*
7 *Ex testamento quoque duos credendi reos posse fieri, & quomodo fiant.*

QVæ de duobus reis stipulandi & promittēdi hactenus dicta sunt, exempli caussa dicta sunt, quia & ita reos fieri vsitatius est, & hic titulus de his conceptus est cum hoc loco, tum in Pandectis. Ceterum & in pluribus reis, quam duobus idem iuris est. *Insti. eod. tit.* & ad alios quoque reos credendi, debendiue ius pertinet, si tamen ex aliis quoque caussis, quam ex stipulatione duo pluresue rei credendi & debendi constitui possunt. De quo sequitur ordine, vt breuiter cognoscamus. Et cōstat † ex aliis quoque caus- 1
sis duos debendi reos voluntate fieri posse, partim ex contractu, partim ex testamento. De quo ita scriptum est ex Papiniano *in l. eandem, in princ. D. eodem. Eandem rem apud duos pariter deposui, vtriusque fidem in solidum secutus: vel eamdē rem duobus similiter commodaui, fiunt duo rei promittendi. quia non tantum verbis stipulationis, sed & ceteris contractibus fiunt, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Hæc Papinianus. Quomodo ergo fiunt ex his caussis duo debendi rei? Indicat superiore definitione Papinianus in contractibus, cum ait in eo, quod apud duos deposui, duos reos fieri, cum vtriusq; eorum fidem in solidum sum secutus. Significat ergo ex contractu duos reos debendi constitui, cum in eamdem obligationem sic duo consenserunt, vt vellent ei, cum quo contrahitur, in eam caussam in solidum obligari. quod fit aperto consensu, puta, si in emtione duo constituant se eiusdem rei emtores. in venditione duo se eiusdem rei venditores, velintque vtrique, illi venditori, hi emtori in solidum obligari. Quod quidem in his contractibus & similibus recte fit etiam sine stipulatione, quia in his obligatio contrahitur solo consensu. Sed non minus & in iis, qui re fiunt, vt deposito, & commodato, duos reos debendi recte constitui supra diximus. fitque eadem illa conuentione, cum re apud duos deposita nominatim id agitur, vt vterque eo nomine in solidum obligetur. quam & fidem vtriusque is qui deposuit, sequitur, vt est *in d. l. eandem, D. eo.* Quod si apud duos res deposita sit simpliciter, aut duob. simpliciter commodata, duo quidē quodammodo rei habebuntur, quia vt in re indiuisa dolum, & culpā, & diligentiam, & custodiā in totū præstare debent: re vera duo rei non erunt, ꝙ eo pertinet, vt in eo duorum beneficio per omnia non vtantur, sed solum vnius solutio liberet alterum, indicatur hoc *in l. 5. §. vlt. infr. D. com.* Quod † in his rece- 2
ptum est, receptum est & in mutuo, vt eiusdē pecuniæ mutuo datæ plures rei fieri possint, quamuis vni tantum pecunia numerata sit, & quidē ita, vt rei fieri possint non tantum si propter pecuniam mutuam vni datam omnes rei promittendi fiant, quod quia stipulatione fit, iure optimo fieri posse constat, eaque species est *l. propter, infr. h. tit.* sed etiam si pecunia vni numerata, constituāt se omnes eius pecuniæ debitores, velintq; singuli in solidum quasi pecunia in solidum a se accepta obligari. quod & sine stipulatione fieri

fieri posse declaratur *in leg. si non singuli. § si cert. pet.* De quo tamen non parua dubitatio est. Nam quomodo ex mutui caussa rei fiant, qui mutuam pecuniam non acceperunt: cum mutuum non contrahatur consensu, sed re, dum & pecunia proficiscitur in accipientem? *l. 2. § creditum. ff. si cert. pet. Inst. qui. mo. re cont. ob. in pr.* Dicendum est, cum vni pecunia traditur aliorum voluntate, satis omnibus traditam videri. illi quidem per se, cui vere traditur: ceteris autem per huius personã: quoniam nihil interest, vtrum alicui tradatur, quid, an alii voluntate eius. *l. restituta. ff. ad Treb.* Sed nondum ad mutui caussam satis, his omnibus pecuniam traditam videri. Etiam omnium pecuniam fieri oportet, si hos ex mutui caussa reos fieri, id est obligari volumus. Sic enim mutuum est, si ita dentur nummi, vt fiant accipientis. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* At quomodo eadem pecunia fieri istorum omnium potest tanquam mutua, cum plures eiusdem rei in solidum domini esse non possint? *l. 5. vlt. ff. com.* Dicemus plures istos eodem tempore dominos eiusdem pecuniæ fieri non posse: diuersis temporibus posse. Quod in hac constitutione plurium reorum fiet hoc modo. Nam iis quibus pecunia naturaliter numerata nõ est, videtur numerata, vt dixi, per interpositam personam eius, cui numerata est. Sic deinde ab his velut accepta, videtur ab his ipsis ad eum profecta, cui numerata est: vt sic ad singulos pecunia perueniat diuersis temporibus tanquam breui manu, occultatis non necessariis traditionibus; vt in caussis similibus factum accipiendum esse docemur *in l. 3. § vlt. ff. de don. inter vir. & vxor. l. singularia. ff. si cert. pet.*
3 Testamento † sic fieri duos reos docet Papinianus *in d. l. eandem. ff. eo.* si pluribus, *inquit*, heredib. institutis testator dixit, Titius & Mæuius Sempronio decem danto. Quod ex initio eius loci sic intelligendum est, si modo id senserit testator, vt singuli isti appellati heredes solida decem deberẽt, &, vt loquitur Papinianus, si, vt in deposito, sic in legato testator ita a duobus heredibus legauerit, vt vellet legatarium vtriusque fidem & personam in solidum sequi, quomodo Accursius locum bene accepit. Sic autem videbitur testator id sensisse, si expresserit. Alioqui eadem summa pluribus coniunctim adscripta, si nihil aliud actum probetur, pro numero personarum diuisa intelligitur, vt singuli partem dumtaxat debeant. in quam sententiam omnes veteres consentiunt. *l. reos in pr. l. siue. ff. eo l. eum qui. 56. in pr. ff. de verb. obl. l. cui fundus. ff. de cond. & dem.* Diuersum est, si testator disiunctim eamdem summam leget a duobus hoc modo: Lucius Titius heres meus, aut Mæuius heres meus decem Seio dato. Apparet enim hic solida decem legata esse a singulis; sic tamen, vt velit testator vna decem in obligatione versari, vt ab vtro fuerit solutum, alter liberetur. Ideo & hic placet ita duos reos esse, quasi essent duo rei promittendi. *vt est in l. si ex toto. 8. § 1. ff. de leg. 1.*

4 Ex † ceteris caussis obligationis duo rei debendi nõ constituuntur, etsi maxime proponas duos pluresque eandem rem debere. Aut enim ex eadem caussa non debent, aut non id agitur inter eos & creditorem, vt vna sit omnium obligatio, & res vna in obligatione versetur. vt puta, plures tutores obligantur ex tutelæ caussa in solidum. sed singuli ex suo facto, & sua culpa. in quo res sunt diuersæ. Ideo non sunt plures rei debendi, neque per omnia eodem iure vtuntur, etsi vt in obligatione communi pleraque habent similia, vt declaratur *in leg. 1. § nunc tractemus. ff. de tut. & rat. dist. l. si pupillus. ff. de adm. tut.* Plures ex eodem delicto, quod in commune admissum est, tenentur in solidum, sed aperte non sunt duo rei; quia diuersa sunt facta, & delicta singulorum, & vnusquisque proprii delicti pœnam patitur, quæ ideo in diuersis delictis non potest esse vna. *leg. si quis. § vltim. & leg. sequen. ff. de iurisdict. l. 1. § de cond. fur.* Cumque in quasi maleficio plurium similiter suum cuiusque peccatum sit, quod pœna coercetur; non dubium, quin & hic plures quãuis eius admissi nomine teneantur in solidum, tamen duo rei debẽdi non sint: etsi hoc simile habent, quod vno soluente, quod actori debetur, alter liberatur. *l. 1. § vlt. & l. seq. ff. de his qui deiec. vel effud.*

Vt autem † ex contractibus aliis, quam stipulatione duo rei debendi fieri possunt: ita & duo rei credendi etiam in iis, qui re conficiuntur; puta deposito, cõmodato, mutuo. fientque hoc modo, si nominatim hoc agatur, vt tanquam duo deposuissent, aut commodassent eamdem rem, vel eadem decem mutua dedissent singuli in solidum, ita horum singulis, qui accepit, in solidum obligetur. Quod in deposito indicat Vlpianus *in l. 1. § sed si duo. ff. depo.* his verbis: *Si duo deposuerunt, & ambo agant, siquidem sic deposuerunt, vt vel vnus tollat totum, poterit in solidum agere.* Vult ergo singulis solidum depositum deberi, singulos eo nomine recte agere in solidum, eamdem rem in obligatione versari, id autem conuentione effici. Atqui hæc plane duorum reorum stipulandi descriptio est *in l. 2. l. 3. § 1. ff. eo. § pen. Inst. eo.* Quidni vero ita duo quoque credendi rei in deposito recte constituantur, cum fateamur duos debendi reos ex eadem caussa fieri posse? facilius enim duobus acquiratur eiusdem rei nomine actio, quam duo eiusdem rei nomine obligentur: cum acquisitio faciat conditionem acquirentis meliorem, quod licet: obligatio aũt faciat obligati conditionem deteriorem: quod nõ perinde concessum est, *l. soluendo. ff. de neg. gest.* Sed duo deponere & commodare eandem rem possunt: vt nihil prohibeat ex his contractibus duos reos credendi ita fieri, tanquam quorum singuli vere rem totam deposuissent, aut totam commodassent. At † quomodo possunt duo eamdem rem mutuo dare, vt quasi solidum dedissent, ita fiant duo eiusdem pecuniæ credẽdi rei? Possunt videri dedisse eadem illa fictione, quæ in pecunia credita admissa est; vt scilicet vnus dando suo nomine, velit quoque datam nomine alterius, ac debitor sic accipiat. Sic enim fiet, vt pinde habeatur, quasi debitor pecuniam acceptam illi alteri dedisset, sic deinde ab eo ad eumdẽ debitorem rediisset. Quæ breuis manus traditio in mutuo constituendo præcipue admisa est. *l. singularia. l. certi. l. pen. ff. si cert. pet.* Ex † testameoto sic duo rei credendi in re legata fieri possunt, si testator duobus leget eamdem rem, eamdemue summam disiunctim, hoc modo: *heres meus Titio vel Mæuio decem dato.* Nam si cum hæc a duobus isto modo legata sunt, sunt duo rei debendi, quia a singulis solida decem, vna tamen summa legata sunt; *leg. 8. § 1. ff. de leg. 1*, fient & tunc duo rei credendi, cum hæc summa eodem modo legata erit duobus; quia legata sit solida singulis, sic tamen, vt vna summa in obligatione versetur. Quod si coniunctim eadem summa legata erit duobus, puta Titio & Mæuio decem; ita his decem communiter legata sunt, vt singulis intelligantur solum quinque data, nisi aliud testator aperte cauerit. *leg. eum qui ita. 56. in pr. Dig. de verb. obl.*

*Mmm*

Quid ex iure vetere de duobus reis cōstitutio Nouella Iustiniani de duobus reis immutarit. Et ad auth. hoc ita. Cap. XIII.

SVMMARIA.

1 *In duobus reis stipulandi, credendiue nihil Nouella Iustiniani de iure vetere immutari: in duobus reis promittendi vix pauca etiam omnium consensu & quæ.*

2 *Nouellam Iustiniani, quæ inscribitur de duob. reis, perperam acceptam vulgo de duobus reis simpliciter acceptis, eoque nihil eam de vetere iure duorum reorum immutare.*

3 *Nouella de duobus reis inscriptionem esse de duobus reis qui vice mutua accepi sunt, vt Haloander recte est interpretatus: & quomodo plures tales constituantur, quidque a duobus reis differant.*

4 *Nouellæ de duobus reis sentētiam ad fideiussores vice mutua acceptos solum, non ad duos reos promittendi pertinere: & quid ea lege constituatur.*

5 *Duos reos vice mutua fideiussores acceptos, si nihil aliud aperte conuenit, singulos pro parte teneri, non in solidum: & hoc quam recte constitutum.*

6 *Duos reos vice mutua fideiussores acceptos, quamuis conuenerit, vt tenerentur in solidum, non tamen conueniri posse nisi pro parte, si ambo præsentes sint, & sint soluendo. & hoc quam recte.*

7 *Ex duobus reis vice mutua fideiussorib. acceptis præsentem conuentum in solidum, petere posse spatium, intra quod absentem creditori exhibeat.*

8 *Non soluendo, quis, & a quo, & quomodo id probetur, si de eo sit controuersia.*

9 *Non præsens, seu absens in proposito quis: & a quo in re dubia, ac qualis sit eius rei probatio.*

10 *Pro absente habēdum etiam præsentem, quisquis præsens conueniri non potest, & quibus de caussis accidat, ne possit quis conueniri.*

11 *Qui facto creditoris conueniri non potest, pro præsente & idoneo semper habendum, quo alter pro parte solum conueniatur.*

12 *Duos reos promittendi etiam qui vice mutua fideiussores accepti sunt, singulos in solidum etiam nouo iure conueniri posse quatuor casibus, & quibus.*

HACTENVS ius vetus de duobus pluribusue reis non solum stipulandi, & promittendi, sed & in vniuersum credendi, debendiue. Quoniam ei iuri derogasse putatur constitutio Nouella Iustiniani 99. quæ vulgo, *De duobus reis promittendi.* inscribitur: superest, vt numquidnam illa hic immutarit, & quidnam id sit, breuiter cognoscamus. Atque hic maxime cognoscendi locus est, vbi proponitur fragmentum tanquam ex illa constitutione expressum, quo ab eo iure, quod est in lege præcedente de duobus reis pro-
1 mittendi, aperte disceditur. Et† ne quis nos in his quæ de duobus reis ante ex iure vetere disseruimus, nihil aut parum egisse existimet, quasi superior constitutio aliter nobis duos reos informet, quam supra admisimus, aut de his aliud ius nobis præscribat: sciamus aut nihil esse, aut certe esse perexiguum, quod de iure superiore ea cōstitutio immutarit: vt necesse sit cetera, quæ constitutio non attigit, omnia integra manere. *l. præcipimus. in fin. ☞. de app.* Quorum maxima pars est etiam ex omnium aliorum consensu. Nam cum omnis tractatio de duobus reis sit aut de eorum constitutione, aut de iure quod in his constitutis seruatur: primum animaduertendum est, Iustinianum constitutione sua nihil de duorum reorum tum credendi tum debendi constitutione attigisse. Quod ad ius constitutæ obligationis attinet; ne hic quidem quidquam de eo iure in persona duorum reorum stipulandi, credendiue omnino immutauit. Vt enim plurimum ei constitutioni tribuamus, certe verba ostendunt constitutione caueri tantum de duobus reis promittendi. Quid, in his ipsis promittēdi reis ius innouauit per omnia? Ne id quidem. Nam Iustiniani constitutio de solidi exactione aduersus singulos reos promittendi olim constituta tantum cauens, haud dubie partem illam, quæ est de potestate totius obligationis tollendæ, singulis tributa, item & illam, quæ est de facto vnius quod alteri noceat; vtramque, inquam, hanc partem vt intactam, ita saluam & integram reliquit. Restat sola exactio, quam ius vetus, vt dixi, solidam aduersus singulos reos promittendi statuit, & de qua cauet superior constitutio. Atqui illa ne hāc quidem detraxit creditori per omnia: sed quod ex verbis apparet, duobus casibus etiam nunc reliquit. Vno, si vnus reus non sit soluendo. altero, si absit. Vt iam si quid est quod constitutio immutarit, redigatur in admodum angustum hunc locum, cum ambo rei promittendi & soluendo sunt, & sunt præsentes: De quibus & ipsis, vt video, inter omnes, certe inter saniores, convenit. Quid ergo hoc casu fiet? Et manifestum est; quid constitutio in his, de quibus cauet, velit fieri. Iubet enim singulos pro parte agnoscere onus, & pro ea parte conueniri: in solidum vetat. vt si de duobus reis id cōstitutum est, hactenus saltem recessum sit ab eo iure, quod supra exposuimus, recteque auth. hoc ita. subiecta sit præcedenti legi ad temperamentum & exceptionem, cum ea lege creditori solidi exactio aduersus vtrum ex eis vellet, tribueretur.

Sed † videndum hic etiam atque etiam puto, an id 2
cautum sit de duobus reis promittendi, id est, iis qui simpliciter & principaliter eamdē rem solidam promiserunt. Vulgo pro certo habent. quod & apparet sensisse auctorem huius fragmenti, qui id ita concepit, vt in eo negaret, quod in lege præcedente de duobus reis ex iure vetere scriptum erat. A quibus valde dissentio. omninoque ita constitutionem Iustiniani esse puto, vt non sit de duobus reis simpliciter acceptis, quales supra descripsimus. proinde nec quidquā de vetere iure duorum reorum promittendi ne in exactione quidem immutarit. Id quidem & verbis ipsius constitutionis, & sententia non vno modo perspicue efficitur. Primum † ita conceptus est titulus constitu- 3
tionis: περὶ ἀλληλεγγυῶν. quod si ad verbum exprimas, valet, de mutuis fideiussoribus. Id autem est, de duobus pluribusue, qui vice mutua inter se fideiussores accepti sunt. Quod Haloander recte intelligens vertit, non simpliciter de duobus reis, vt vulgaris interpres non bonus: sed periphrasi exprimere volens, quod erat in verbo, *De duobus reis promittendi*, qui vice mutua accepti sunt. Neque hoc Haloander tantum; sed & vetus ille interpres in constitutione ipsa vertenda agnouit. Illa enim verba quæ sunt, *in §. 1. in prin.* εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, vertit, *si quis alterna fideiussione obligatus sumat aliquos.* Tametsi idem paulo post illa, ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, vertit, *quod sub alterna promissione creditum est*; cum vertere deberet, quod sub alterna aut mutua fideiussione. Loquitur ergo constitutio non de duobus reis, sed de duobus pluribusue fideiussoribus mutuo inter se

acceptis: aut si reos appellare libet, de reis quidē; sed qui aperte ita accepti sint, vt vice mutua alii aliorum essent fideiussores. Quod ita fit in duobus, cum vnus primo & principaliter promittens aperte fideiussorē dat. sed & fideiussor rursum sic accipitur, vt reus qui prius promiserat, pro eo fideiubeat. Atqui non sunt in hac caussa duo rei promittendi simpliciter accepti. Hi, vt supra ostēdi, nec fideiussores sunt omnino, nec pro fideiussoribus habendi longius, quam stipulator haberi velit. Et quæso, cum singuli insolidum idem promittant, & fideiussionis mutuæ in ea obligatione suscipienda nullam mentionem faciant, quomodo ius stipulatori quæsitum aduersus singulos inuito adimatur, contra omnem iuris, & æquitatis rationem? *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel al. iur. l. vlt. ff. de pact. l. habere ff. de euict.* Quid enim ad rem pertinet, quid inter se egerint, dū cauent, vt vnus sit reus principalis, alter pro eo fideiubeat, qui pactione sua creditoris sui ius mu-
4 tare non potuerunt? *l. debitorum. §. de pact.* Atq; † hæc de verbis constitutionis. Quid sententia? Etiam apertius arguit sentire Iustinianum de duobus fideiussoribus mutuo acceptis; de fideiussoribus, inquam, talibus, quales proprie nominantur, & quales nominauerat in constitutione sua de fidedeiussoribus. Etenim initio constitutionis præfatur se prius tulisse legem illam vtilem de fideiussoribus conueniendis; sed cui putet aliquam explicationem & appendicē non ignobilem deesse. eam autem in præsentia se adiicere hac constitutione. Ex quo apparet & hanc constitutionem esse de iisdem fideiussoribus, de quibus illic cauerat. Agit ergo & hic de iis, qui vere fideiussores sint: minime autem de duobus reis principalibus, de quibus in priore constitutione non egerat. Sed & id, quod nunc constituit, quale sit, spectemus. Tum facile intelligemus totam constitutionem ad veros fideiussores pertinere, & ad temperandam, explicandamq. priorem illam de fideiussoribus omnino referri. Prius constituerat, si ex iis qui idem debent vnus sit reus debendi, alter fideiussor a reo datus, prius cōueniendum esse reum principalē, quam perueniatur ad fideiussorem, etsi hoc iure vetere cōtra erat. Iustinianus posteriore hac constitutione, de qua loquimur, id ita accipi vult, si aperte vnus sit reus debendi tantū, alter tantum fideiussor. Quod si ambo vice mutua fideiussores accepti sint, vt pro fideiussore, qui aperte talis interuenerat, etiam inuicem fideiubeat, qui prius promisit: erit quidem vterq; debendi reus, vtpote pro quo alter fideiusserit: vt secundum constitutionem illam priorem videatur vterque a stipulatore, quem is volet, in solidum conueniri posse, quia vterque est reus. Sed quia rursum idem quoque est fideiussor, sit eadem illa constitutione, vt iam neuter possit prior in solidum conueniri. Hinc illa difficultas in specie duorum reorum, qui inuicem fideiussores accepti sunt, nata ex constitutione superiore. Ea vero difficultas explicatur hac posteriore constitutione: eaque omnino explanatio est & appendix illius prioris constitutionis, quam Iustinianus initio huius posterioris pollicetur. Cauet igitur vtramq; in proposita specie eodem tempore conueniri posse; quia vterque reus est debēdi. Sed rursum quia est fideiussor, vult vtrumque ex parte frui beneficio fideiussorum priori constitutione tributo, ne conueniatur saltem in solidum. Restat igitur, vt conueniantur pro parte, vt fieret inter plures fideiussores, Quod & Iustinianus constituit *in* §. *1.* & quidē sine exceptione, si non conuenerit, vt quisq; eorum in solidum teneretur. Quod si conuenerit, tamen vult hic quoq; singulos teneri pro parte: sed hac conditione, dum hoc cōtingat sine damno creditoris. Quod ita fiet, si conueniatur vterque pro parte, cum vterque & idoneus, & præsens est. Quod si alter soluendo nō erit, aut aberit; æquum est creditorem non periclitari. quod & ille constituit. Ideo iubet præsentem qui soluendo est, vt vere debendi reum periculum subire, & satisfacere creditori. Hinc facile agnoscimus explicationem difficultatis eius, quam dixi, natam ex superiore constitutione, tantum ideo, quod in duob. reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, proponitur ea species, in qua quidem vnus sit reus, & alter fideiussor; sed tamen ita, vt vterque vice mutua sit talis: vt non sit caussa, cur vnum potius velis pro-re loco conueniri debere, quam alterum; neque vnum insolidum potius, quam alterum. Cui sane difficultati locus non est in duobus reis promittendi simpliciter & in solidum acceptis sine vlla mutuæ fideiussionis cōmemoratione. vbi vterque ita reus est principalis, vt neuter alterius sit fideiussor. certe neuter pro alterius fideiussore accipiatur. Quam ob caussam nec iure placet pro fideiussoribus vice mutua accipiēdos, nisi creditore volente inter eos actionem suam diuidere. *d. l. reos. in pr. ff. eo.* Hæc est, opinor, germana sententia constitutionis Iustiniani, de duobus reis promittendi, vt vulgo inscribitur. In qua non solum interpretatio verbis, & consilio constitutionis congruit; sed & sententia ipsa certa ratione iuris & æquitatis defenditur. Cur enim in vetere iure non maneat, quod posterioribus legibus specialiter mutatum non docetur? *d. l. præcipimus. in fin. §. de app.* & præsertim si iure vetere de re alicui quæsita & non detrahenda agatur, quam quidem non tam æquum est nulli detrahi, quam cuiquam detrahi summe iniquum. *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel al. iur.* Quod si ita est, non recte vulgo interpretes constitutionem Iustiniani acceperunt de duobus reis promittendi simpliciter acceptis, quales nunc quærimus. Non recte ne auctor quidem huius fragmenti eam de iisdem interpretatus est, & ad exceptionem emendationemque iuris veteris de duobus reis retulit.

Sane in duobus reis promittendi constitutioni Iustiniani locum esse admittimus: sed dum hoc adiiciatur, si modo ii sint rei, qui iidem & fideiussores vice mutua accepti sint, vt cōstitutio loquitur. Qua specie proposita, quid hic de duob. istis siue reis, siue fideiussoribus Iustinianus constituat, diligenter videndum est. Pleraq; enim hic singularia, & quorum ratio merito requiratur, ab eo constituta esse reperiemus. Illud † primum, quod si non conuenit nominatim, vt duo 5
isti rei vice mutua fideiussores accepti singuli in solidum teneantur, vult singulos solum teneri pro parte, quasi diuisa inter eos in partes ab initio obligatione. idque sine exceptione: vt proinde nihil referat, vtrum vterque soluendo, & præsens sit, an non: sed quamuis vnus soluendo non sit, aut non sit præsens, tamen alter non teneatur, nisi pro parte. *hoc in Nouell. de duob. reis. §. 1. in pr. & hac auth. hoc ita. vers. sin autem.* Hoc vero statim a principio merito est animaduertendum. Nam cum hic duo rei accepti sint, quorum vterque pro altero fideiusserit: nihil aliud proponi videbatur, quam vt isti aut tanquam rei ambo, aut ambo tanquam fideiussores, aut certe vnus tanquam reus, alter vt fideiussor acciperetur. Potuit quidem Iustinianus pro potestate iuris constituēdi, qua præditus erat,

dubitationis tollendę caussa vnum ex his eligere, atq; id lege sancire. At illud certe secundum naturam & ordinem rei gestæ fieri posse non videbatur, quin vnum saltem sequeretur. Nunc autem diuisione ista obligationis, quam posuimus, inter istos constituta, nihil istorum sequitur. Non habet istos pro duobus reis, qui vult eos teneri tantum pro parte. Nihil enim æque pugnat cum obligatione duorum reorum promittendi, quam diuidi ab initio inter aliquos pro parte obligationem. *l. reos. §. 1. ff. eo.* Non habet etiam pro duobus fideiussoribus, qui vult eos omnimodo teneri pro parte, etiamsi vnus soluendo non sit: cum non aliter diuidatur actio inter plures fideiussores, quam si tempore litis contestatæ omnes sint soluendo. *§. plures. Inst. de fid. l. inter eos. 51. in pr. ff. de fid.* Multo minus habet vnum pro reo, & alterum pro fideiussore in ista diuisione; cum semper reus principalis omni iure in solidum teneatur: idque tanto magis, quod fideiussorem dedit, idque accessit ad confirmationem obligationi. *l. 4. §. si ex conuentione. ff. de re iud.* Sed & fideiussor quoque tenetur in solidum, saltem tunc etiam ex Nouella Iustiniani, de fideiussoribus, cum reus principalis abest, aut non est soluendo. *Nouel. 4. de fid. §. 1.* Quid ergo est; Dicendum est non putasse Iustinianum duos reos promittendi esse, seu solidum videri promisisse, qui quamuis verbis promiserint, tamen sic accepti sunt, vt vice mutua vnus ꝓ altero fide iuberet. Hęc enim mutua fideiussio declarat, rem pro qua isti se obligant, in commune ad vtrumque pertinuisse, eosque se in ea vt in re cõmuni obligasse; proinde & pro parte. Vbi autem pro eadem re aut summa duo in commune accipiuntur, diuiditur in viriles partes inter eos obligatio, eoque nec duo rei fiunt. *d. l. reos. in fi. ff. eo.*

6 Quod † si conuenerit, vt ex duobus istis vice mutua acceptis fideiussoribus singuli in solidum tenerẽtur; non minus & hic nouum & singulare ius agnoscas. Nam si ambo præsentes sint & idonei, etiam in superiore conuentione non vult Iustinianus eos vltra teneri, quam pro parte. Nouel. de duo. reis. *§. 1. & hac auth. in fi.* Quod si vnus soluendo non sit, aut non sit pręsens, ius quidem mutat: sed ita, vt cum vnus non est soluendo, non iubeat alterum continuo in solidũ conueniri, sed solum quanto minus prior facere potest; cum autem vnus præsens non est, tunc demum velit alterum in solidum teneri. Et hæc, inquam, non minus animaduertenda. Nam cum duo isti eamdem rem promiserint, idque ipsum nominatim actum sit, vt solidum singuli deberent; nemo dubitat, quin sint duo rei promittendi, ex definitione, *l. eamdem. l. reos. in fi. ff. eo.* Cur non igitur non dico vt duo rei, sed vt qui aperte solidum promiserunt, etiam in solidum tenentur, etiam si omnes & præsentes sint, & sint soluendo; Sed iam dixi, ita duos reos esse, vt simul sint vice mutua fideiussores, vt hac parte non male putauerit Iustinianus æquum esse, eos frui beneficio constitutionis suæ, qua ante cauerat de fideiussoribus post reum principalem ordine conueniendis. Quod sine dubio secutus est, cum vno ex his reis absente, aut non idoneo constituto vult alterum in solidum conueniri. Nam & hoc idem constituit aduersus fideiussores, cum reus principalis abest, aut non est soluendo, *Nouel. 4. de fid.* Sed esto, hac parte congruat illa constitutio. At certe, ea parte videtur eadem illa refragari, quod illic reum principalem cum præsens est, & idoneus, iubet Iustinianus prius in solidum conueniri: & quidem ita, vt simul vetet tantisper conueniri fideiussorẽ vel in totum, vel pro parte. Hic aũt contra vult vtrumque istum reum simul conueniri, & neutrum in solidum, sed vtrumque pro parte. Si sunt duo rei, cur non conueniuntur iure in solidum? si vnus reus, & alter fideiussor, cur non superiore constitutione hic vtimur, vt vterque tanquam reus principalis pro arbitrio creditoris prius in solidum conueniatur, omisso altero, qui habeatur pro fideiussore? Et recte hoc quęreretur, si aut duo rei tantum essent, aut vnus certus tantum reus, alter tantum fideiussor. Nunc autem sic vnus reus est, vt sit etiam alter: & sic vnus fideiussor, vt sit & alter eodem tempore fideiussor. Hæc conditio personarum eo rem deducit, vt neque singuli tanquam rei principales in solidum cõueniri possint, quia sunt & fideiussores, si modo his fideiussorum beneficium tribuere volumus: neque vnus tanquam reus prius, quam alter quasi fideiussor, quia & alter reus est. Cui consequens est, vt si vnus vt reus potest conueniri, possit conueniri, & alter, qui etiam reus est. Et quoniam non possunt conueniri ita, vt singuli solidum præstent, cum res vna in obligatione versetur; restat, vt conueniantur pro parte, quoad eius fieri sine incommodo creditoris potest. quod tunc accidit, cum ambo & soluendo sunt, vt possint partem, quam debent, præstare, & sunt præsentes, vt possint præstare in præsentia. Illud iniquum esse fortasse quis dixerit, cum conuenerit, vt singuli in solidum tenerentur, hanc pactionem creditori non seruari. Occurrit obiectioni Iustinianus *in d. Nouel. de duob. reis.* illic, *sic enim & illis.* & innuit, ideo non esse iniquum, quia fideiussoribus istis consulatur hac diuisione, & nullo damno ex ea re creditor afficiatur. Hoc sentit; quod alii prosit, tibi non noceat, humanum esse, id cuique concedi, etiam si summo iure in ea re deficiamur. sententia Pauli in *l. 2. §. quanquam. ff. de aq plu. arc.* Ita in summa duo isti rei, iidemq; vice mutua accepti fideiussores, a duobus, quorum vnus sit reus, alter fideiussor, vna hac re differunt, quod dum ambo soluendo sunt, & præsentes, conueniuntur ambo, & conueniuntur singuli pro parte; quia necessitas cogit ita eos conueniri. quod secus fit in reo & fideiussore. At si vnus ex duobus istis reis, de quibus agimus, pro parte soluendo non sit, aut non sit præsens; hic plane sequimur constitutionem Iustiniani de fideiussoribus, vt tanquam si ille in parte quam debet, esset principalis; sic possit alter tanquam huius fideiussor pro ea quoque parte conueniri. quod illius constitutionis ius est, cum de fideiussore conueniendo agitur.

Quid tamen, † si dum vnus ex istis reis abest, præsens conuentus spatium petat, intra quod absentem euocet, & creditori exhibeat? an impetrare debebit? 7
Nam hoc impetrat fideiussor, cũ pro absente reo cõuenitur. *Nouel. de fid. §. 1.* Et putem in proposito hunc quoq; reum absentis nomine in solidum conuentum idem impetrare debere; quia & hic fideiussor est, & cum absens partem debuerit, apparet præsentem eius partis nomine conuentum tanquam fideiussorẽ conueniri. Et cur ad pręsentem reum venitur iisdem conditionibus, quibus ex priore constitutione Iustiniani de fideiussoribus venitur ad fideiussorem, nisi quia & hic reus habetur in hac re pro fideiussore, vt & vere fideiussor vice mutua acceptus est? Quod si & hoc tribuitur fideiussori, quia non magnum damnum est in mora modici temporis, *l. si debitori. ff. de iud.* cur non tribuamus & huic reo, cui Iustinianus in diuisione

ne tamdiu consultum esse vult, dum nullum damnum patiatur actor? *d. Nouel. de duob. reis. ver. sic enim & illis.* Neque vero refragatur constitutio, quasi quæ præcise velit, si vnus absit, alterum conueniri. Non enim simpliciter dicitur superiore conditione alterum côueniri: sed teneri in id, quod creditor ab alio accipere non potuit. At non prius certum est, eum non potuisse id ab alio consequi, quam constiterit absentem euocatum esse, neque venisse.

Hoc iure posito vnumquemq; ex duobus istis reis conueniri posse in solidum, si alter soluendo non est, aut nô est præsens; quærendû fuit de his conditionib. quádo videátur exstitisse, vt sit solidi exactioni locus.

8 Et † soluendo non esse, seu non esse idoneum intelligimus eum, a quo creditor suum consequi non potest, idque constitutio significat. *Nouel. de duo. reis. vers. si vero minus.* Quid ergo, si de eo inter actorem, & eum qui in solidum conuenitur, sit controuersia, quia conuentus dicat alterum esse soluédo, actor neget? Et Iustinianus huius rei probationem vult esse actoris; cuius facultatem commodam illi suggerit, & sine vllo ipsius incommodo. Vult enim ambos reos simul de vniuersa summa conueniri, cum degunt in eodem territorio, rem communiter disceptari, vtrûque in commune condemnari. Sic deinde in exsecutione sententiæ discuti singulorum facultates pro ea parte, in quam vult eos teneri. *d. Nouel. de duo. reis. vers. Sin autem iisdem. & hac Authen. hoc ita.* Hæc vero discussio declarabit, quid quisque habeat in bonis, & an hæc ad cuiusq; partem dissoluendam sufficiant. Si sufficient; habemus eos, qui sunt soluendo, nec iam amplius creditor quam partem ex singulorum bonis capiet. Si vnius non sufficient; quantum deerit ad præstationem partis, tanto minus erit soluendo, & eatenus alterum onerabit: quod & actione iudicati actor ab altero consequetur.

9 Eum † qui præsens non est, seu absentem varie in vsu iuris dici constat. quos modos collegit Accursius *in Nouel. de fid. §. 1. ad verbum, præsentes.* Nec difficilis est animaduersio, proposita vnaquaque lege, in qua absens nominatur. Vt enim est locus, de quo in lege agitur, ita necesse est absentem varie accipi eum, qui ab eo loco abest; cum præsentia & absentia personæ ad eum locum referatur. Qua ex regula, si quæratur, quem hic præsentem aut absentem intelligere debeamus, recte dicemus cum Accursio in eo loco, quem supra indicaui, præsentem in illa constitutione de fideiussoribus (quod & in simili re ac iure ad hanc constitutionem pertinet) accipiendum eum, qui est in territorio, in quo cum altero præsente agitur: etiam si forte non sit in iure, aut in ipsa vrbe, atque adeo in locis continentibus. Absentem contra eum, qui nô sit in eo territorio, etiamsi sit forte in eadem prouincia. Hoc ideo, quia in vtraque constitutione notatur is locus in quo cum vno præsente in solidum agitur: placetque, si vterq; sit in eo loco, diuidi debere actionem: sin vnus absit, alterum cum quo agitur, in solidû teneri. Id nô obscure declarat Iustinianus in *d. Nouel. de fid. §. 1. ver. si vero intercessor.* cum absurdum esse dicit creditorem alio mittere, quam vbi cum fideiussore agit, & potest ab eo pecuniam exigere. Is porro fideiussor est is, cum quo agitur in solidum omisso reo principali, qui dicebatur abesse. Nec alia est huius côstitutionis hypothesis aut ratio in præsente reo conueniendo, cû alter abesse dicitur. Quid, si & hic de eo qui abest, sit controuersia: dum scilicet creditor tanquam vnus absit, agit cum altero præsente in solidum, qui autem conuenitur, dicit alterum præsentem esse, aut se nescire, an absit, & prius id explorari, & absentem esse sibi probari postulat? Vtri probationem imponimus: actorine, vt probet eum, de quo contenditur, non esse in eo territorio, in quo cum præsente agitur, nec ante procedat eius intentio: an vero reo conuento, vt probet alterum esse præsentem, ne secum agatur, atque hoc non probato actionem creditoris omnino excipere debeat? Et cum non detur hac constitutione actio aduersus vnum in solidum, nisi hac conditione, si alter præsens non sit: est hic quoq; actoris ante omnia docere illum alterum abesse, atq; hoc modo exstitisse actionis conditionem. Nisi enim conditio exstiterit, nulla esse potest actio. *l. cedere. D. de verb. sign.* Nec satis est dicere exstitisse, nisi probes. *l. 2. ff. de prob.* Neque hoc probare difficile est creditori. Id consequetur hoc modo, si domum eius mittat apparitorem, per quem in ius vocetur, & neq; ibi reperiatur, neque quisquam exsistat eius nomine defensor, iuxta formam præscriptam *in l. 4. §. prætor. ff. de dam. infect.*

Sed † cum hic duæ tantum sint conditiones ad alterum in solidum conueniendum, si alter soluendo non sit, aut si absit: quid fiet, si vnus & idoneus, & præsens erit, sed præsens conueniri non possit? quod multis de caussis accidit. Quid enim, si ex duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, vnus sit pupillus, aut seruus, qui obligetur tantum naturaliter? vt in specie *l. si ex duobus. §. 1. ff. de fid.* Quid si sit, qui obligetur ciuiliter, sed restitutus sit in integrum beneficio ætatis? vt in specie *leg. si Titius. D. g. de fid.* Quid, si vnus acceptus in diem, aut sub conditione, & ante quam dies venerit, cum altero in solidum agatur? vt in specie *leg. si plures, ff. de fid.* Finge etiam pupillum præsenti die recte obligatum tutore auctore sine spe in integrum restitutionis; sed abesse tutorê, sine cuius auctoritate pupillus conueniri non potest. *l. 1. §. 1. ff. de adm. tut.* Quid, *inquam*, fiet in his omnibus caussis? An qui conueniri non potest, habebitur pro absente, vt sic ex conditione legis alter possit in solidum conueniri: an vero quia idem & soluendo est, & præsens est, alter conuenietur tantum pro parte, quia côditio legis quæ actionem tribuit in solidum, deficit? Dicemus satis haberi pro absente in proposito, qui iure conueniri non potest, aut non potest in præsentia: eoque quamuis idem soluendo sit, & præsens corpore, tamen tanquam absente eo nihilominus alterum in solidum conueniri posse. Idque mens & sententia legis exigit. Cur enim vno absente placet Iustiniano alterum in solidum teneri? Explicat Iustinianus *in Nouell. de duob. reis, versicul. si vero minus.* & quamuis non exprimeret, tamen est in promtu: quia videlicet absens conueniri nô potuit in eodem territorio, nec potuit ibi creditor ab eo partem, quę debetur, accipere. Atqui multo minus côueniri ibi potuit, qui omnino iure non potuit, neque illic neque alibi; multoque minus potuit creditor ab eo suum consequi. Quare & multo magis hoc casu aduersus alterum in solidum actionem dari voluit, atque hoc modo creditori consuli. omninoque ita ius est, quibus in caussis ratio legis versatur, in his idem æstimari debere, quia ea fit sententia & voluntas legis. *l. illud. ff. ad leg. Aqui. l. non possunt, leg. nam vt. ff. de legi.* Neq; hic distinguemus, vtrum creditor ignorarit vnum ex reis in ea caussa esse, vt posset non conueniri, an vero sciuerit, quasi si 10

sciuerit, ei nocere debeat. Hęc enim distinctio in duobus reis recipienda non est, de quibus nominatim cōuenerit, vt singuli in solidū tenerentur: ac de his nunc agimus: cum ideo creditor sibi cauerit ab altero solidum, quia sciebat se ab altero inuito partem non posse consequi. Plane † si proponas per creditorem factum esse, ne vnus teneretur, non nocebit ea res alteri, quominus & is pro parte semper teneatur. Vetant regulæ iuris, quæ dictant, Neminem alterius conditionem facere posse deteriorem: item, Alteri per alterum iniquam conditionem inferri non posse: item, Factum cuique suum, non aduersario nocere debere, *l. soluendo. D. de neg. gest. l. non debet alteri l. factum cuique. D. de reg. iur.* Finge vnum pacto creditoris liberatum; aut creditorem vel non petendo intra tempora constituta, vel male agēdo ab vno cecidisse; aut vnum dolo malo inductum, vt promitteret. quibus in caussis factum creditoris alteri confideiussori, aut contutori ad eum in solidum obligandum non nocere responsum est, *l. si pupillus. D. de adm. tut. l. si Titius. in fi. D. de fid. congruit l. Stychum. §. pen. D. de solu.*

12 Sunt † igitur hactenus constitutæ conditiones hæ tres, quarum vnaquaque exsistente placeat quemque ex duobus reis, etiam qui vice mutua fideiussores accepti sunt, in solidum teneri: si alter scilicet non sit soluendo; si præsens non sit; si præsens conueniri nō possit, idque facto aut culpa creditoris non acciderit postea. Addemus ex iure communi quartam conditionem, quæ & vulgo recte recepta est, si ita conuenerit de singulis in solidum conueniendis, vt beneficio diuisionis hac constitutione sibi tributo renunciarent. Sic enim ius perpetuum est, licere vnicuique iuri pro se introducto renuntiare. *l. pen. C. de pact. l. pactum. D. eo. l. si iudex. D. de min.*

## AD TIT. XLI. DE FIDEIVSSORIBUS, & mandatoribus.

### SVMMARIA.

1 *Cautionum genera duo, & quæ.*
2 *De fideiussoribus cur hoc loco, non coniunctim cum pignoribus.*
3 *Interuenientium pro aliis species.*
4 *Fideiussores, qui.*
5 *Expromissor quis, & quid a fideiussore differat.*
6 *Fideiussorum obligatio.*
7 *Fideiussores vnde dicti.*
8 *Mandatores qui, & quæ eorum obligatio.*
9 *Constitutæ pecuniæ rei, qui, & quid intersit inter horum & fideiussorum obligationem.*

FIDEIVSSORIBVS tunc locus est, cum id agitur, vt creditori magis cautum sit. *Inst. eo. tit. in prin.* Cau-
1 tionum † duo genera. Nam aut pignoribus cauetur, aut reis, id est, iis qui pro alio rei fiant. *l. 1. §. iubet. D. de collat. bon. l. 4. §. addici. D. de fid. liber.* De pignoribus supra diximus. His adiūgetur alterum cautionis genus, quod est positum in personis pro aliis interuenien-
2 tium. De † quo tamen genere potius hoc loco separatim traditum est, quia fideiussores, qui sunt ex horū reorum numero, verbis constituuntur: vt proinde placuerit tractationem de verborum obligationibus
3 præmitti. Reorum, † qui pro alio qui idem principaliter debiturus sit, interueniunt, tres sunt species: fideiussores, mandatores, & qui pecuniam constituunt. *Nouel. 4. de fideiuss. § pen.*
4 Fideiussores sunt, † qui pro alio obligato vna idem promittunt verbis. *l. 5. §. satis acceptio. D. de verb. obl.* Itaque desiderat fideiussio res duas ad obligationem: in forma contrahendi, verba seu stipulationē; in caussa, alienæ obligationis susceptionem. Sine stipulatione non constituunt fideiussores. *l. blanditus. C. hic. d. l. 5. §. satis acceptio. de ver. obl.* Nisi autem fideiussor alienam obligationem in se non dico transfert, sed suscipit, vt distinguūtur ista *in l. 1. supra ad Vellei.* vt sic ad alienam obligationem fideiussor accedat, non obligatur, ac ne fideiussor quidem est. *§. fideiussores. Inst. eo.* Inde fideiussores adpromissores dicti; quia scilicet ad id, quod alius debuit, accedentes idem promittunt. *d. l. 5 §. satis acceptio.* Inde etiam dicti accessiones principalis obligationis, sine qua nec consistunt. *d. §. fideiussores. Inst. eo.* Ex quo illa: nisi quid debeatur, & principalis obligatio aliqua præcedat, fideiussores obligari non posse. *l. is cui bonis. D. de ver. obl.* Item, fideiussorem in maiorem quantitatem, aut deteriorem caussam obligari non posse, *d. §. fideiussores ita.* Postremo, principali reo liberato & fideiussores liberari; quoniam principali caussa non subsistente, non possit esse accessioni locus *l. in omnibus speciebus. D. de solu. l. cum principalis. D. de reg. iur.* Sed vt obligationem præcedentem requirimus, cui fideiussor accedat, quo is obligetur: ita qualiscumque obligatio præcedat, nihil interest vtrum ciuilis, an naturalis; & ciuilis vtrum verbis contracta, an re, an literis, an consensu solo. *§. 1. Inst. eo.*

Sane † fieri potest, vt quis obligationem alienam in se suscipiat liberato priore reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet: qui in vsu iuris dicitur expromissor. *l. & eleganter. §. seruus pactionis. D. de dolo. l. qui libertinus. in fi. D. de oper. lib.* Sed hic fideiussor non est, neque adpromissor; quia non idem cum alio promittit. vnde & a fideiussore vbique distinguitur. *l. vt res. D. de cont. em. §. venditæ. Insti. de rer. diuis.* Quamobrem & ad hūc tractatum nihil pertinet. Cum † autem dicamus fideiussores verbis constitui, ex eo apparet, quam teneatur, & quo iure. Quisquis stipulanti quid promittit, iure ciuili obligatur. *§. de constituta. Inst. de act. Inst. de verb. obl. in prin.* Proinde hæc ipsa fideiussorum obligatio est. Dicuntur † fideiussores ex formula vetere in fideiussoribus constituendis recepta. Interrogabantur enim adpromissores futuri, an id quod ab alio debetur, fide sua esse iuberent, id est, vellent id constitutū esse fide sua, & an in eam rem fidem suam obstringerent. respondebant illi se iubere esse fide sua, vt indicatur *in §. penult. Insti. eo.* Alioqui omnes debitores etiam principales fidem suam obstringunt. *l. 1. ff. si cert. pet.* 5 6 7

Mandatores † in iis, quæ pro aliis intercedunt, dicuntur, qui ad creditorem futurum veniunt, & eum rogant, vt pecuniam credat debitori futuro. Nam cum his creditor ita pecuniam credit, duo ex ea caussa obligantur. primum is, cui ea pecunia credita est, qui obligatur ex caussa mutui, qui idē reus est principalis, vt cuius caussa mutuum cōparatum sit. Alter is, qui mandauit, qui ex mandati caussa tenetur creditori contrario iudicio mandati, vt illi præstet, quod is rogatus credidit. Nascitur hæc obligatio ex consensu, vt & obligatio mandati omnis. *Inst. de obl. ex conf.* Sed nihilo minus eadem vis est obligationis huius, quæ & stipulationis, qua fideiussores constituuntur. Quid distent mādatores a fideiussoribus, ex his definitionibus manifestum est. 8

Qui † pecuniam ab aliquo debitam vel pro se vel 9

pro aliis constituunt se soluturos, hi non minus, quam superiores ex constituto obligantur: quamuis neque verbis, & stipulatione fidem suam adstringant, neque quidquam mandent creditori, sed potius his mandetur, vt constituant, §. *de constituta. Inst. de act. l. 1. & toto tit. ff. de const. pec.* Roget igitur aliquis, cum omnis, qui pecuniam constituit, nudo pacto pro aliis obligetur, quid adeo opus sit stipulatione ad fideiussores constituendos. Nempe ideo opus est, quia vtrum fideiussores verbis constituantur, an quis pecuniam solo pacto constituat, multum interest. Fideiussores statim, & sine vlla conditione tenentur, siquidem pure accepti sint. Qui autem pecuniam constituit, non tenetur nisi certis conditionibus edicto prætoris de hac caussa comprehensis. Nam si per actorem steterit, quo minus fieret, quod constitutum est, qui constituit, non tenetur, *l. si duo. 16. §. 1. ff. de const. pec.* sed nec tenetur ante, quam dies saltem decem præterierint, *leg. promissor Stychi. ff. de const. pec.*

### L. I.

Impp. Seuerus & Antoninus AA. Lysiæ.

*Si Lysias ademta parte bonorum exsulare iussus est: non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, iure pristino conueniri possunt. PP. Id. b. Octobr. Seuero A. III. & Victorino Coss. 201.*

### SVMMARIA.

1 *Publicatis extranei debitoris bonis aut parte bonorum, ita damnatum liberari, vt fiscus eatenus damnato succedat cum suo onere.*

2 *Publicatis bonis fideiussores damnati quamuis liberati nihilominus teneri: & quam recte.*

3 *Extra quam si damnatus ex alia caussa liberatus sit, quam damnatione, & l. 4. in princ. ff. si quis caut. sententia.*

4 *Damnato debitori suo si fiscus succedat, & penitus tolli obligationem, & liberari fideiussores.*

*L. in fraudem. §. si principalis. ff. de iur. fisc. explicatur. ibidem.*

1 QVOTIES quis ita damnatur, vt ex damnatione eius bona publicentur siue vniuersa, siue pro parte (quod posterius in quibusdam iudiciis accidit, vt lege Iulia de vi priuata, §. *item lege Iulia de vi. Inst. de pub. iud.*) toties damnatus, si quid prius debuit, pro ea parte liberatur, pro qua bona publicata sunt. Neque ideo constitutum est, vt damnatio prodesset debitori, quod esset iniquissimum; sed quia bonis publicatis sic tanquam mortuo fiscus eatenus damnato succedit, & succedit cum suo onere: vt iam pro damnato fiscus tanquam successor incipiat teneri, *l. 2. ꝟ. ad leg. Iul. de vi. l. cum tabulis. in fin. ff. de his quæ vt indig. auf. l. fiscus. in prin. ff. de iur. fis.*

2 Ea † res facit, quod hic traditur, vt si damnatus fideiussores dederit, nihilominus publicatis bonis fideiussores in solidũ, vt prius teneantur. Etsi enim principalis reus liberatus videtur; tamẽ eius persona sublata superrit fiscus, qui in eam obligationem successit, & ita succedit, vt nihilominus eadem persona cum defuncto esse videatur. hæc enim conditio est personæ heredum, *Nouel. de iureiur. a morien. præs. leg. quædam. §. 1. ff. de eden.* Quapropter nihil hanc sententiam offendit regula iuris, qua efficitur, liberato reo etiam liberari fideiussores, *leg. in omnibus speciebus. ff. de solut.* Hic enim effectum est non liberari principalem reũ, qui successorem habet; vt qui in persona heredis debere adhuc intelligatur.

Sane † si damnatus reus ita liberetur ex aliqua caussa, vt nec heredes eius ex eadem caussa teneantur; probandum est principali caussa ita sublata, etiam fideiussorem liberari. Id accidit in ea caussa, cum is qui promiserat se iudicio stiturum certa die, & in eam rem fideiussorem dederat, ideo non stetit, quia iudicio capitali damnatus erat vel morte vel exsilio. In qua specie scriptum est *in l. 4. in pr. ff. si quis caut.* promissorem quidem ex ea stipulatione certo non teneri, quia exceptionẽ habet, sed adiicitur, nec teneri fideiussores. 3

Atqui in ea specie bona damnati publicata sunt, & in eius locum fiscus successit, vt est in specie huius loci. Ita est: sed longe dissimilis est liberationis caussa vtroque in loco. Nam cum quis ideo non venit in iudiciũ, quia damnatus est, nempe ideo non venit, quia non potest venire sentẽtia prohibitus. quod cum accidit, toties aduersus actionem ex ea stipulatione comparatam datur promissori exceptio, *l. 2. ff. si quis caut.* Vnde rursum euenit, vt non magis teneantur promissoris heredes, quam ipse promissor; quoniam impossibilium nulla obligatio est, *l. impossibilium ff. de regul. iur.* proinde nec fiscus post damnationem tenetur. Quod si ita est, consequens est regulæ iuris nec fideiussorem ex ea caussa teneri, *d. l. in omnibus speciebus ff. de solut. l. cum principalis. ff. de reg. iur.* Verum † huic rescripto atque isti damnationi opponitur generalis definitio *l. in fraudem. §. si principalis. ff. de iur. fisc.* vbi hæc Pauli verba sunt: *si principalis rei bona ad fiscum deuoluta sint, fideiussores liberantur.* Sed de alio atque alio debitore hæc dicta sunt. Agitur hoc rescripto de debitore extraneo, cui cum fiscus succedit, non ideo successione obligatio tollitur, sed confirmatur. hæc ratione etiam fideiussores obligatos teneri necesse est. Pauli autem definitio superior de principali reo, qui fisco debuerit, intelligenda est: cuius postea bona ad fiscum creditorem deuoluta sint, id est, cui fiscus successerit. Nihil certius, quam in vniuersum hoc casu fideiussores liberari. Hic enim creditor debitori succedit, quod cũ fit, obligatio confusione tollitur, *l. Stychum. §. aditio. D. de solut. l. debitori. supra de pact.* Obligatione principali hoc modo sublata fieri non potest, quin & fideiussores liberentur, *dict. l. in omnibus speciebus. l. 4. hic.* Et vt sequentia verba definitionis illius Pauli obiter explicemus, subiicit Paulus, vt est lectio Pandectarum Florentinarum; *nisi forte minus idonei sint, & in reliquum non exsolutæ quantitatis accesserint.* Quorum verborum hæc est sententia. Fideiussores superiore confusione liberantur; nisi sint fideiussores rei principalis minus idonei, id est, rei, qui non sit soluendo: vt fideiussores in eam quantitatem, in quam reus principalis soluendo non fuit, sese obligauerint, vt in specie *l. decem. D. de verbor. oblig.* Itaque hæc exceptio hoc declarat, etiam tunc, cum fiscus debitori suo succedit, nihilominus fideiussores debitoris teneri, si principalis debitor partem soluere non potuit, & nominatim fideiussores in eam partem interuenerint. Alia lectio fuit tempore Accursii, quam ille commemorat ad eum locum, in hæc verba; *etsi minus idonei sint, & in reliquum non exsolutæ quantitatis accesserint.* etsi, pro nisi. Lectio superiori contraria. Nam prior illa de definitione proposita excipit eos fideiussores, qui pro reo minus idoneo interuenerint. Posterior etiam in hoc casu retinet definitionem, ad hanc 4

ſententiam;vt cum ad fiſcum bona rei principalis peruenerint,fideiuſſores omnino liberentur; nec ad rem pertineat,an reus principalis ſoluendo fuerit, & fideiuſſores in eam quantitatem,quæ exſoluta non eſt,interuenerint. Nam ne in eam quidem quantitatem fideiuſſores amplius teneantur. Hæc lectio & ſententia nobis retinenda eſt priore repudiata. Eſt enim iuris certi, cum fiſcus debitori ſuo ſuccedit, obligationem rei tolli confuſione, etiamſi reus principalis ſoluendo nõ fuerit. Nam ſi obligatio rei principalis tunc tollitur,& fiſco amittitur, cum reus ſoluẽdo fuit, multo magis tolletur tunc, cum reus ſoluendo non fuit, denique ſiue reus ſoluendo eſt, ſiue non eſt, ſemper debitor pariter obligatur. Atqui hæc obligatio omnis confuſione tollitur,quoties creditor ſuccedit debitori,*d.l.debitori.§.de pact.l.Stychum.§.aditio.de ſolut.* Obligatione principali ſublata, neceſſe eſt etiam fideiuſſores liberari ſine exceptione; quia vt iam aliquoties diximus, fieri non poſſit, vt ſublata cauſſa principali acceſſioni ſit locus. *d.l.in omnibus ſpeciebus.& §.fideiuſſores.Inſt.de fid.*

*L. Creditori. II.*

Iidem AA.Plotio.

*Creditori, qui pro eodem debito & pignora & fideiuſſorem accepit,licet,ſi malit, fideiuſſorem conuenire in eã pecuniam in qua ſe obligauerit. quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoq; cauſſa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas,non prius compellendus eſt transferre pignora, quam omne debitum exſoluatur. Dat.5.Calen.Febr.Apro.II.& Maximo Coſſ.208.*

SVMMARIA.

1 *Fideiuſſorem non prius conueniri poſſe,quam aut abiſſe probetur reus,aut non eſſe ſoluendo.*

2 *Fideiuſſorem quamuis recte conuentum non prius cogi ſoluere, quam ceſſis ſibi a creditore in debitorem actionibus,& pignoribus.& quo iure, quamq; recte id tributum fideiuſſori.*

3 *Pignora in aliam quoque ſummã obligata, quam in quam fideiuſſor tenebatur, fideiuſſori cedi neceſſe non eſſe.*

Hic locus eſt de vi & effectu obligationis fideiuſſoriæ. Cum fideiuſſor ſtipulatione obligetur; ſi hic ſtipulationis & obligationis eius, quæ inde naſcitur,regulas ſequeremur, conſentaneum erat, vt fideiuſſores a creditore, eodemque ſtipulatore ſtatim cõueniri poſſent, & ita conueniri, vt fideiuſſores conuenti neceſſe haberent ſoluere, etiamſi creditor viciſſim eis nihil præſtaret. Sic enim ius eſt de ſtipulatione, omnique obligatione pura, vt quod pure promiſſum eſt,id ſtatim a promiſſore peti poſſit, *§.omnis. Inſtit. de verb.oblig.* Et ſi creditor viciſſim nihil promiſit, nihil habet debitor,quod iure ſuo poſſit ab eo exigere. Cõditionem enim ſtipulationis ab initio conſtitutam mutare non poteſt neque creditor, neque debitor, *l. vero.ff.de ſolut.l.habere.ff.de euict.* Sed de his ius ſingulare cõſtitutum eſt in perſona fideiuſſorum. Ac † primum ita quidem ex ſupraſcripta regula ius vetus erat, 1
vt liberum eſſet creditori ſtatim fideiuſſorem conuenire omiſſo principali reo, quod ius traditur in princ. huius *l.2.item in l.3.& l.5.eo.tit.* Hodie contra ex conſtitutione Iuſtiniani, qua id ius mutatum eſt. *Nou.4. de fideiuſ.* cuius ſumma expreſſa eſt in auth. præſente,
2 *J.hoc tit.* de qua ibi dicetur. Præterea † hoc proprium fideiuſſoriæ obligationis,vt non prius fideiuſſores cogantur creditori ſoluere, quam ille actiones ſuas aduerſus reum & pignora ab eo accepta, ceſſerit, vt declaratur hac *l.2.item l.cum is.36.ff.eo.* Sed vnde hoc ius petitum,cum repugnet naturæ obligationis? Non ſane ex communi iure,& poteſtate obligationis; ſed ex æquo & bono. In eamque rem datur fideiuſſori doli mali exceptio,qua excludatur creditor,qui non oblata actione & pignoribus ius ſuum perſequatur. Exceptionis ratio & æquitas hæc eſt, Scimus exceptionem doli mali competere aduerſus eum,qui ſubtilitate iuris fretus aliquid contra naturalem æquitatem petit, *l.1.ff.de doli ma.& met.exc.* At æquum eſt,creditorem cum illi pecunia ſoluitur a fideiuſſore, actiones ſuas fideiuſſori cedere. Id enim fideiuſſori prodeſt, & cedenti nihil nocet; & præterea etiam in eam rem creditor pecuniam accipit. Quod præſtitum acc pienti prodeſt,nobis nihil nocet,id ſecundum naturæ æquitatem eſt cuiuis præſtari etiam ignoto, *l.2.§.quãquam. ff.de aq.& aq.plu.* Ita hanc ceſſionem fideiuſſori denegare hoc prætextu, quia de eo nihil conuenerit, eſt contra naturæ æquitatem facere per ſubtilitatem & occaſionẽ iuris ſummi. Quare & aduerſus eam dene- 3
gationem doli exceptioni locus eſt. Quod † tamen dictum eſt,creditorem pignora a debitore accepta fideiuſſori cedere debere; recte monemur hoc reſcripto ſic temperandum eſſe, ſi pignora tantum in eam ſummam,quæ a fideiuſſore ſoluitur,obligata ſint quo caſu ceſſio creditori nihil nocitura eſt. Diuerſum eſſe, ſi ea pignora præterea a debitore in aliam ſummam ſint obligata. Nam tunc creditor pignora fideiuſſori cedere non poteſt, quin in illam ſummam amittat pignorum perſecutionem. Sic ceſſio a creditore exigenda eſt,ne illi noceat. Quapropter recte placet non aliter impetrare debere fideiuſſorem,vt ſibi cedantur pignora, quam ſi paratus ſit omnem pecuniam, quæ debetur, exſoluere.

*L. Non recte. III.*

Iidem A. Maximo.

*Non recte procuratores noſtri, ſi allegationi tuæ fides adeſſet,audiri te noluerunt ex bonis fideiuſſoris, quæ ad fiſcum peruenerũt, pecuniam repetentem, ſed reum principalem conuenire iuſſerunt, cum electionis poteſtas permittatur creditori. Sed cum duos fideiuſſores accepiſſe te proponas: ſi alter idoneus eſt,intelligis te diuiſa quantitate partem competentem a Procuratore noſtro petere debere,& aduerſus alium fideiuſſorem eius experiri. Nam licet ſignifices adiectum eſſe in obligatione, vt ſinguli in ſolidum tenerentur: tamen nihil hæc res mutat conditionem iuris & conſtitutionem. Nam & cum hoc non adiiciatur, ſinguli tamen in ſolidum tenentur: ſed vbi ſunt omnes idonei, in portionem obligatio diuiditur. PP.17. Cal.Septembr.Antonino A.III.& Geta III. Coſſ.209.*

SVMMARIA.

1 *Fideiuſſores plures ſingulos iure non tantum vetere, ſed & nouo in ſolidum teneri, quatenus ceteri ſoluendo non ſint.*

2 *Inter plures fideiuſſores ſi omnes ſoluendo ſint, diuidi obligationem ex epiſtola D. Hadriani, ſed per exceptionem duntaxat, non ipſo iure; & quis effectus.*

3 *Beneficium tributum ſolum pluribus fideiuſſoribus vnius debitoris,non plurium debitorum, etſi vnius ſummæ fideiuſſores ſint.*

4 *Benefi-*

4 *Beneficium denegatum pluribus fideiussoribus tutorum: & cur.*

5 *Fideiussores plures an omnes soluendo sint ad beneficium diuisionis, spectandum tempore litis contestatæ: & hoc quam vim habeat.*

6 *Beneficium diuisionis inter fideiussores inficiantibus denegatum.*

7 *In pluribus fideiussoribus accipiendis si conuenerit, vt singuli in solidum teneantur, nihilominus eos beneficio diuisionis vti posse; & cur non repugnet conuentio.*

8 *Beneficio diuisionis non vsum fideiussorem si solidum soluerit, nullam eo nomine aduersus confideiussores actionem habere.*

DVÆ sunt partes huius rescripti. Priore id ius traditur, de quo supra *in l. 2.* diximus, licere creditori omisso reo principali fideiussorem conuenire. idem *in l. 5. hic.* Hoc ius immutatur auth. præsente. quæ sequitur, & ad huius iuris exceptionem id fragmentum pertinet. Altera pars est, qua de obligatione plurium fideiussorum comprehenditur, in qua quæritur, quatenus fideiussores teneantur. de quo ita statuendum est.

1 Plures † fideiussores eiusdem rei seu pecuniæ quæ debetur, singuli in solidum tenentur, siue id nominatim conuenerit, siue non conuenerit: & siue omnes soluendo sint, siue nõ sint, vt in extremo huius rescripti declaratur. Neque hoc ius mutatum esse putandũ est constitutione Nouella Iustiniani de duobus reis, vnde auth. *hoc ita. ꝫ. de duob. reis.* Ea quidem constitutione effectum est, duos reos promittendi non teneri in solidum, sed pro parte, etiamsi singuli soluendo nõ sint; nisi nominatim conuenerit, vt in solidum obligarentur. Et potest existimari ea constitutio ad fideiussores transferri debere, vt nec fideiussores plures tanquam rei eiusdem summæ teneantur in solidum, nisi nominatim conuenerit. Sed recte recepta est vulgo hæc sententia, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fideiussores nõ pertinere. Differentię ratio non est obscura. Nam plures rei promittendi eodem tempore eiusdem pecuniæ nomine accipiuntur. Vnde existimari potest pro numero personarum diuidi obligatio inter eos, vt illis respondentibus de cẽtum, intelligantur singuli promisisse quinquaginta, *l. reos. ff. de duob. reis. l. cui fundus. ff. de cond. & demon.* Potest quidẽ accipi & illud coniectura voluntatis, quasi singuli vt verbis solidum responderunt, ita & re videantur solidum promisisse. Sed cum id incertũ esset, voluit Iustinianus non aliter id accipi, quam si nominatim conuenisset, vt singuli vel insolidum tenerentur. In quo sustulit dubitationis caussam, quemadmodum prius fecerat in nouatione, *l. vltim. ꝫ. de nouat.* At plurium fideiussorum obligatio dubitationem non habet, quin ex eorum promissione singuli in solidum obligentur. Nam singuli promittunt id quod reus debet, & quantum debet: debet autem solidum. Quamobrem & singuli fideiussores promittunt solidum, vt ad eam rem explicatione alia apertiore non sit opus. Tenentur ergo plures fideiussores in solidum, idque
2 sine controuersia, si ceteri idonei non sunt. Quod † si omnes sint soluendo, hic beneficium fideiussoribus tributum est epistola quadam Hadriani Imperatoris, vt obligatio inter fideiussores diuidatur, *§. si plures. Inst. eod. l. si plures. ff. eod. & hac. l. in fin.* In qua diuisione hoc primum notandum est, diuidi obligationem inter plures fideiussores per exceptionem duntaxat, nõ ipso iure. Huius differentiæ quis sit effectus, sumendum ex *l. inter. 26. ff. eo.*

Sed † non tribuitur hoc beneficium omnibus, nec 3
sine exceptione. Non omnibus fideiussoribus hoc beneficium datum; sed iis, qui non solum eiusdem summæ, sed etiam eiusdẽ debitoris fideiussores sunt. Ceterum inter plures diuersorum debitorum fideiussores actio non diuiditur. Vt puta, stipulatus sum decem ab aliquo, & fideiussorem ab eo accepi. Eadem decem ab alio sum stipulatus, & ab eo quoque accepi fideiussorem: vt appareat duos eiusdem summæ fideiussores esse. Nihilominus singuli in solidum conueniuntur. non enim sunt vnius debitoris fideiussores, sed plurium debitorum, & in negotio debitoris principalis sunt singuli, non plures, *l. si a Titio ff. eo.* Similiter si a debitore fideiussorem accepi, & a fideiussore alium fideiussorem eius nomine; duo quidem sunt hic fideiussores eiusdem summæ, sed non ideo inter eos actio diuiditur, *l. si plures. §. vlt. ff. eod.* quoniam scilicet sunt plurium debitorum fideiussores; prior debitoris, posterior fideiussor fideiussoris. Sed † & in persona 4
plurium fideiussorum vnius debitoris, placuit hoc beneficium fideiussoribus tutorum non dari; sed fideiussoribus tantum eorum creditorum, qui ipsi fideiussores sua conuentione accepissent. hoc *in l. vlt. D. rem pup. sal. fore.* vbi & differentiæ ratio a Papiniano explicatur ad hãc sententiam. nam qui cum fideiussoribus contrahunt, possunt ab initio conuenire, vt singuli fideiussores in solidum conueniantur. Quod si non fecerunt, de se queri debent. Pupillo nihil tale imputari potest in fideiussoribus tutorum: quoniam ipse cum tutore non contrahit, eoque nec cum eius fideiussoribus, sed in eos incidit.

Datur † autem hoc beneficium duabus conditionibus. Vna est, si omnes fideiussores idonei sint, vt hic 5
dicitur, id est, si sint soluendo omnes, idque spectatur tempore litis contestatæ, *§. si plures. Inst. eo. l. inter. 51. §. 1. ff. eod.* Quod dicimus, tempus litis contestatæ in hac re spectari, id eam vim habet, vt nihil prosit fideiussoribus qui soluendo sunt, si ceteri fideiussores aliquando soluendo fuerint ante litem contestatam, & ante soluendo esse desierint; sed qui eo tempore soluendo non est, hoc ceteros onerat, *d. §. si plures. Inst. eo.* E conuerso si omnes proponantur tempore litis contestatę soluendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint etiam ante sententiam, ea res ad onus eius, qui soluendo est, non pertinet. Addit Papinianus, nec auxilio defendi ætatis actorem: non enim deceptum videri, qui iure communi sit vsus, *hoc in l. inter eos. §. pen. ff. eod.* Et generaliter quoties constituitur, vt inter aliquos diuidatur actio, si certo tempore idonei sint, toties soluendo esse desiisse aliis non nocet, si post tempus id contigit, *l. 1. ꝫ. de diuid. tut.*

Altera † conditio est, si fideiussores non negent se 6
fideiussores esse. Inficiantibus auxilium diuisionis nõ tribuitur, *l. si dubitet. §. 1. ff. eod.*

Quid, † si in fideiussoribus accipiendis conuenerit 7
inter creditorem & fideiussores, vt fideiussores singuli in solidum teneantur, an ex hac cõuentione singuli in solidum conueniri possunt? Hic rescriptum est, nõ eo minus fideiussores beneficio iuris vti posse, vt non nisi pro parte conueniantur. additur ratio, quia iure hoc fit, vt inter fideiussores diuidatur actio: hæc autẽ cõuentio, quæ proponitur, iuris conditionem & constitutionem non mutat. Sed huic rationi vniuersi

iuris de pactis ratio atque æquitas reclamare videtur. etsi enim hic beneficium diuisionis tribuitur fideiussoribus iure: tamen beneficium est de re priuata & familiari, idemque pro fideiussoribus constitutum. Atqui ius certum est licere cuiuis pacisci, & paciscendo deteriorem conditionem suam facere, *l. iurisgentium. §. si paciscatur. l. pactum. D. de pact.* & in vniuersum licere iuri pro se introducto renuntiare sine exceptione, *l. pen. ꝟ. de pact.* Proinde etiam ex hoc iure hęc conuentio seruanda est, ac seruatam plusquam manifestum est mutare superioris iuris conditionem. De quo ita recte constituetur, negari non posse, nec debere, quin hic quoque vt in ceteris caussis inter priuatos cõuentio sit seruanda: sed non ideo ita esse seruandam, vt singuli fideiussores conueniri possint in solidum contra iuris superioris rationem, nõ quia ius superius impediat, sed quia non id agatur conuentione, vt id ius mutetur. Sic enim fuit conuentio, vt singuli fideiussores in solidum tenerentur. at hoc ipsum & iure constitutum est, vt in solidum teneantur. Hactenus ergo conuentio iuris constitutionem non mutat, sed confirmat. At enim ius cõstitutum est, vt fideiussores pro parte tantum conueniri possint, si omnes sint idonei. Ne hoc quidẽ mutat superior conuentio. Non enim conuenit, vt fideiussores in solidum conueniantur, sed vt teneantur. tenentur autem in solidum semper etiã tum, cum conueniuntur pro parte. Humanitatis enim caussa ita conueniuntur, vt conuentio sit ipsis quam minimum damnosa; non autem ideo, quia non teneantur. Argumento est, quod si non omnes soluendo sint, hi qui soluendo sunt, tenentur, & conueniuntur in solidum. Hoc loco varie nobis occurritur. Nam primum hoc ipso, quod conuenit, vt in solidum tenerentur fideiussores, conuenisse intelligitur, vt in solidum conuenirentur, etiamsi omnes essent idonei; quoniam verba cum effectu accipienda sunt, *l. pen. §. docere. D. ne quis eum qui in ius voc. est.* Effectu autem non intelligitur teneri, qui remoueri nõ potest: quoniam dicimus creditores non esse eos, qui exceptione perpetua conueniri possunt, *l. creditores. ff. de verb. sign.* Respondeo, etiamsi interpretemur fideiussores in solidum teneri, qui conueniri tantum possint pro parte; nihilominus tamen verbum tenendi cum effectu a nobis accipi. Nam is qui soluendo est, si ceteri non sunt soluendo, vt in solidum tenetur, ita & conuenitur in solidum. si omnes soluendo sunt, etiam effectu creditor consequitur suum a ceteris, a quibus autem consequatur, nihil eius interest, dummodo cõsequatur. Rursum alia ratione effici dixeris, superiorem conuentionem de singulis fideiussoribus in solidum conueniendis accipi debere. Etenim si ita interpretamur, vt fideiussores singuli in solidum non possint conueniri, etiam tunc cum omnes idonei sunt, conuentio est inutilis. Nam & sine conuentione idem iure efficiebatur, vt hoc rescripto traditur. At in interpretatione orationis omnis hæc regula præscribitur, orationem sic accipi debere, vt omnino aliquid egisse videatur, *l. si quando in princ. D. de leg. 1. l. 1. in fin. D. ad munic.* Quare hanc quoque conuentionem sic interpretari debebimus, vt fideiussores idonei singuli in solidum conueniri possint, ne sit conuentio inutilis. Huc facit l. quoties in stipulationibus, *D. de ver. obl. l. vbi. l. quoties in actionibus. D. de reb dub.* Sed quod dicitur, conuentionem sic interpretãdam esse, ne sit inutilis, sic intelligendum est, si modo etiam ea sententia, quam accipi volumus, verbis contineatur. Nunc autem cum conuenit, vt omnes fideiussores teneantur in solidum, his verbis non continetur, vt omnes in solidum conueniantur, cum possint teneri in solidum iure, vt certe tenentur, & tamen humanitatis caussa non conueniantur in solidum, nisi quatenus necesse sit, id est, quatenus non sunt soluendo. Bene igitur & prudenter responsum est, superiore conuentione non adimi beneficium diuisionis fideiussoribus. Sed † quodcunque hic beneficium est di- 8
uisionis, sciamus id tribui fideiussoribus pro parte se conueniri desiderantibus. Quo neglecto si solidum soluerint, sciant eo nomine actionem se tantum habere aduersus debitorem, non etiam aduersus ceteros fideiussores, *l. cum alter. ꝟ. hoc tit. §. si plures. Inst. eo.*

*Authent. præsente.*

*Præsente tamen vtroque non permittitur intercessorem conueniri, priusquam reus inuentus est minus idoneus, siue in totum, siue in partem. Absente autem reo, præsens intercessor iure quidem cõuenitur: ipso tamen desiderãte iudex definiet tempus, intra quod deducat reum primo cõueniendum, ipso in subsidium reseruando. Nam trãsacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus siue intercessionis.*

SVMMARIA.

1 *Ad fideiussorem non prius perueniri posse, quam reus principalis aut absit, aut non sit soluendo: & quam recte id præter conditionem obligationis constitutũ.*

OLIM liberum fuit creditori omisso principali reo fideiussorem conuenire: quod ius positum est, *in l. 2. l. 3. ꝟ. l. 5. ꝟ. eo.* Id nitebatur optima ratione, si quis sequeretur conditionem obligationis. Nam fideiussores se obligarunt, non sub conditione si reus principalis prius conueniretur, non in diem, cum aliquod spatiũ interuenisset, intra quod reus principalis posset euocari. Pure igitur; quo in genere regulæ iuris efficiunt, vt qui eo modo se obligauit, statim possit conueniri sine exceptione, *§. omnis, Instit. de verb. obl. l. eum qui calendis. §. 1 ff. de verb. obl.* Iustinianus † hoc 1
mutauit *Nou. 4. de fideius. in pr.* vnde hoc fragmentum, vetuitq;, ne ad fideiussores perueniretur, nisi aut reus principalis absens esset, vt non esset eius conueniendi copia, aut ita præsens esset, vt constaret eum excussis eius facultatibus non esse soluendo. Hoc etiam addidit, vt quamuis reus abesset, fideiussori desideranti spatium a magistratu daretur, intra quod posset reum euocare, & dare creditori conueniendum. Sed quo iure, quaue ratione æquitatis potuit Iustinianus actionem creditori semel quęsitam ei auferre: cum sit certi iuris, & conuenientissimum rationi naturali, nulli ius suum detrahi, nulli actionem quæsitam auferri inuito? *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alie. iur. l. habere. ff. de euict.* Item cum constet conditionem, quam stipulatio ab initio accepit, non posse mutari inuito aut creditore aut debitore? *l. vero. §. 1. ff. de sol.* Nempe summi iuris ratio id postulabat, ne fieret: sed constitui humanum visum est, & conueniens æquitati naturæ. Ratio humanitatis & æquitatis hæc est, quod fideiussores ad fideiubendum ex liberalitate & beneficio accedunt. Est æquissimum nulli officium suum damnosum esse, quod eius sine iniuria creditoris consequi liceat, *leg. si seruus. §. quod vero. in fin. ff. de furt. l. sed si quis. ff. quem. test. aper.* At fit sine iniuria creditoris, si prius cogitur debitorem conuenire. Nam si ab eo consequitur, quod vult, malitiose amplius requirit. Si non consequitur,

quitur, habet fideiussorem, ad quem regrediatur. In eo etsi nonnullum interuallum est temporis, tamen non est magnum damnum in mora modici temporis, vt scriptum est *in l. si debitori. ff. de iudic.* In his si quæritur, quem reum absentem accipere debeamus, quomodo abesse doceatur; quis sit non soluendo, & quomodo de eo recte constare possit: tum num quid sit hic dissimile a duobus reis, & quid sit: petendum ex iis, quæ vt in simili argumento scripsimus supra *cap. 13. seu ad auth. hoc ita. de duob. reis.*

*L. Nouatione. IV.*

Imp. Antoninus A. Rufæ.

*Nouatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligauerunt. PP. 15. Calen. Octob. Antonino A. IV. & Balbino Coss. 214.*

QVOCVNQVE modo principalis obligatio tollitur, liberantur & accessiones: vt fideiussores, & mandatores, vt intio huius tituli diximus, *l. in omnibus. ff. de sol.* Liberationis autem species est nouatio. *§. præterea. Inst. quib. mo. tol. obl.* Proinde & nouatione fideiussores liberari necesse est. Vide *l. 1. s. etiam ob chiro. pec. pig. ten. pos.*

*L. Iure. V.*

Hic locus expositus est ad auth. præsente. s.

*L. Si pater. VI.*

Idem A. Pollæ.

*Si pater tuus pro Cornelio, cum pecuniam mutuã acciperet, se non obligauit: frustra ex eo, quod tabulas obligationis vt testis signauit, conueniris. PP. II. Calend. Iul. Messala & Sabino Coss. 215.*

SVMMARIVM.

1 *Subscribendo testamento neminem ideo videri in eandem caussam se obligasse: & cur.*

1 NEMO † instrumento de alieno negotio confecto subscribens, ideo a creditore cõueniri potest debitoris nomine; quoniam creditori non ideo se obligat. idque sic recte colligitur. Si is, qui ita subscripsit, obligatur, necesse est aut tanquam fideiussor obligetur, aut tanquam mandator, aut tanquam qui pecuniã constituit. quod intelligitur ex ea partitione quam ab initio posuimus. exstat *in l. vlt. s. de const. pec.* Nihil fideiubet, qui nihil est stipulatus, *l. blanditus. s.* Non mãdat, qui creditorem non rogauit, vt pecuniam crederet. Non constituit, nisi qui pacto & consensu constituit se pecuniam debitam soluturum. Ex subscriptione porro hic consensus nõ arguitur. Nihil enim prohibet, quo minus quis videat, quid geratur, & rebus gestis subscribat, & tamen non probet, quæ geruntur aut quo minus probet quidem, sed tamen fidem suam nomine alieno non interponat. Ita cũ subscriptio sine consensu esse possit, ex subscriptione, vt dixi, non recte consensus colligitur. quod & scriptum est *in l. neque natales. s. de prob.* Sed pater est, qui subscripsit obligationi cum filio contractæ. Nihil hoc facit ad obligandum patrem: quandoquidem vt filius pro patre conueniri non potest, sic nec pater pro filio emancipato *l. 1. l. 2. s. ne filius pro patre.*

*L. Si creditor. VII.*

Idem A. Eroti.

*Si creditor conditioni mandato adscriptæ, cum pecuniam mutuam daret in accipiendis hypothecis non paruit: frustra te iudicio mandati conuenit, quando non aliter te obligasse intelligaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio. PP. Calend. Iul. Læto. II. & Cereale. Coss. 216.*

SVMMARIVM.

1 *Pecunia non per omnia ita credita, vt mandatum est, mandatorem creditori non teneri.*

MANDATORES non minus quam fideiussores diximus initio huius tituli a creditore conueniri posse, idque iudicio mandati. Hoc † ita est, nisi is qui mandauit pecuniam credi, certa lege & conditione mandauerit, & ei legi creditor non paruerit. Diligenter enim fines mandati custodiendi sunt: atque his non seruatis non intelligitur quisquam implesse mandatum, *l. diligenter. ff. mand.* Hinc est, quod hic dicitur, cum quis mandauit creditori futuro, vt pecuniam Titio crederet pignoribus ab illo acceptis, si rogatus credidit, neque pignora accepit, actionem eum mandati aduersus mandatorem non habere: scilicet quia, vt dixi, mandatum non impleuit. Dices, non debere nocere creditori, quod pignora a debitore non acceperit: quoniam pignora illius caussa accipiuntur; licuit autem ei quod pro se est, contemnere, *l. si iudex. ff. de min.* Sed non eius tantum caussa pignora accipiuntur, verum & mandatoris. Interest enim mandatoris, cum pecuniam soluit creditori, cedi sibi actiones & pignora, quæ creditor habuit, ac nisi his cessis non cogitur soluere, *l. 2. s.* Quare cum creditor in proposito non habeat pignora, quæ mandatori cedat, recte mandator actioné aduersus se recusabit; præsertim cum creditoris culpa factũ sit, quo minus pignora illi cederet. 1

*L. Filiusfamilias. VIII.*

Imp. Alexander A. Longo.

*Filiusfamilias, qui pro patre, quamuis in venditione fundi, fideiussit, tenetur. PP. 2. Idus Octobris, Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIVM.

1 *Filiumfamilias quamuis pro patre vendente fideiubentem obligari, & quæ in eo dubitandi caussa.*

FILIVSFAMILIAS ex omnibus caussis obligatur non secus, ac quiuis paterfamilias, *l. tam ex contractibus. ff. de iudic. l. filiusfamilias. ff. de obl. & act.* Ergo & si fideiusserit, obligabitur. id quod constat, si pro quouis extraneo fideiusserit, *l. 3. § si filiusfamilias. § sed si filius. ff. de pecul.*

Quid, † si fideiusserit pro patre? placet eum nihilominus teneri, vt hic scriptum est. in quam sententiam & loci complures notantur ab Accursio. Sed cur in patre dubitamus potius? quia vetus est circa fideiussores dubitatio, an iis fideiussoribus succurrẽdum sit aduersus creditorem, qui cum soluerint, actionem nullam habeant aduersus eos, pro quibus fideiusserunt. quod indicat *l. Marcellus. ff. eo.* Ex hoc autem numero est filiusfamilias, qui pro patre fideiubet; quoniam inter patrem & filium, qui in eius potestate est, nulla nascitur actio, *§. hi qui. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Sed non placuit hanc idoneam esse caussam, cur fideiussoribus succurratur. quæ sententia est *dict. l. Marcellus. ff. eod.* Eadem sententia & ad filiumfam. pertinebit pro patre fideiubentem. Et merito ob hanc caussam fideiussori subueniri nõ potest. Nam si fideiussor saluum habere non potest, quod soluit creditori, ipsius damnum est. Non debet damnum suum ad alterius iniuriam 1

referre,& creditorem decipere, *arg. in l.3. in prin. ff. de transact.* Sed cur additum est in hoc rescripto, quamuis in venditione fundi filius fideiusserit? Videri potest additum huius dubitationis remouendæ caussa. Nam filius viuo patre quodammodo existimatur dominus bonorum patris, *l. in suis. ff. de lib. & posth.* Quæ res facit, vt in véditione patris ipse filius quodammodo venditor esse intelligatur, eoque & debitor. Non potest autem idem & debitor esse principalis, & fideiussor. Quid ergo est? Negabimus scilicet filium dominum esse bonorum paternorum. quod & verum est. vnde & dicitur existimari dominus, non esse, *d. l. in suis.* Existimatur autem quodammodo dominus propter spem futuræ successionis, quæ ita addicitur liberis, vt nec iudicio parentis sine meritis caussis ab ea summoueri possint. *l. vlt. in pr. ff. de bon. dam.*

*L. Etiam. IX.*

Idem A. Aristocrati.

*Etiamsi de iure obligationis pignorum actum fuerit, fideiussoribus liberatio non contingit. PP. Kal. Decemb. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIA.

1 *Vna persecutione iuris sui electa non ideo alteram repudiatam videri.*

2 *Ex pluribus actionibus diuersarum rerum vna remissa, hoc ipso alteram manere.*

CREDITOR cui fideiussores dati erant & pignora eiusdem obligationis nomine, si omissis fideiussoribus egerit cum possessoribus pignorum, non ideo
1 fideiussores liberantur. Hoc † ideo rescriptum hoc loco, quod potuerit in proposito dubitari, *an creditor vna via ad iuris sui persecutionem electa, videatur aliam repudiasse.* Nam & alias accidit, vt vna actione electa creditor ad aliam, quę eiusdem rei nomine competat, redire non possit; vt in actione de peculio, & tributoria *l. quod in heredem. §. eligere. ff. de tribu.* Sed hoc in his actionibus ideo receptum est, non solum quia sunt eiusdem rei nomine; sed etiam quia hac conditione propositæ sunt edicto a prætore, vt vna duntaxat experiri liceat. Ceterum vbi id nominatim constitutum non est, nunquam vna actione electa, non dico remissa, ab altera recessum intelligitur. Solutione enim debitor, non electione actionis liberatur, *l. 1. §. si duo. ff. de poss.* huc pertinet *l. qui seruum. §. 1. ff. de obl. & act.* Atque hæc dicta sunt de pluribus actionibus eiusdem rei nomine competentibus.

2 Quod † si plura iura erunt, pluresue actiones diuersarum rerum, citra exceptionem illud tenendum est, nunquam vno iure remisso, alterum repudiatum videri. quanto minus vno electo ad iuris nostri persecutionem? *l. si domus. ff. de ser. vrb. præd. l. si mihi. ff. de ser. rust. præd.* Quinimo cum ex duobus vnum remittitur, hoc ipso, quod remittitur vnum tantum, certum argumentum est, alterum non remitti. alioqui licebat vtrumque remittere.

*L. Fideiussor. X.*

Idem A. Vitali.

*Fideiussor seu mandator si in vsuras quoque obligatus est, iustam caussam recusandi eas soluere non habet. §. Vt autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conueniatur, sed diuidatur actio inter eos, qui soluendo sunt: ante condemnationem ex ordine postulari solet. PP.*

SVMMARIA.

1 *Fideiussorem in sortem acceptũ, in vsuras sortis quãuis ex mora rei accedentes non teneri.*

2 *Diuidendæ actionis beneficium tribui fideiussori ex ordine postulanti: & hoc ex ordine, quid sit.*

3 *Diuisionem actionis a fideiussoribus quandocunque recte postulari ante condemnationem, quamuis non contestata huius rei exceptione.*

4 *Diuisionem actionis inter fideiussores frustra obiici post condemnationem ab eo, qui in solidum sit condemnatus.*

CONTINET hoc rescriptum duo capita. Vnum est de vsuris sortis a fideiussore præstandis. alterum pertinet ad diuisionem actionis inter fideiussores. De vsuris hæc sententia est: *fideiussorem vsuras sortis recusare non posse, si in eas sit obligatus.* Qua conditione admonemur, nisi sit fideiussor in eas obligatus, iuste illum eas recusaturum, quantumuis reus principalis debuerit. Quorum vtrumq; certi iuris est. Nam si actio in personam semper aduersus eum est, qui nobis obligatus est, *l. actionum. ff. de obl. & act.* fit, vt qui est obligatus, teneatur ea actione; & qui obligatus non est, eatenus non teneatur. Illud modo quæritur, quomodo & quãdo fideiussor in vsuras a reo sorti debitas obligetur. Dicendum † est, sic eum obligari, si 1
nominatim in eas fidem suam obstrinxerit; non aliter: quantumuis ea sit obligatio principalis, in qua ex mora rei vsuræ officio iudicis accedunt; vt fit in bonę fidei iudiciis, puta in conductione, *l. quæro. in princ. ff. loc.* qua in specie placet, fideiussorem conductionis, qui se in sortem tantum ex ea caussa debitam obligauit, in vsuras a reo contractas non teneri, *l. fideiussores magistratuum. 68. §. 1. ff. de fideiusso.* nec quia vsuræ debeantur ex mora rei, eo magis in eas fideiussorem teneri debere: quia & illud placeat mora rei non augeri obligationem fideiussoris, *l. centum. ff. de eo quod cer. loc.* Non obstat, quod scriptum est *in dict. l. quæro. ff. locat.* fideiussorem locationis nomine acceptum, in vsuras etiam pensionum tardius illatarum teneri hoc ipso, quod in omnem caussam locationis se obligauit. Nam is se obligare in omnem caussam locationis intelligitur, qui promittit, & fide sua esse iubet, quidquid conductorem in caussa locationis ex bona fide dare facere oportebit, vt ibidem explicatur. His autem verbis cõtinentur vsuræ pensionum, quia locatio bonæ fidei iudicium est: quo in genere iudiciorum vsurę ex mora debentur officio iudicis, *d. l. quæro. loc. l. mora. §. 1. ff. de vsur.* De quo disserui fusius *ad l. centum. ff. de eo quod cer. loc.*

De diuisione actionis inter fideiussores hoc loco appendix est, pertinens ad ea, quæ diximus de hac specie *in l. 3. s.* Diximus inter alia, si omnes fideiussores idonei sunt tempore litis contestatæ, diuidi actionem debere inter fideiussores, etsi iure ciuili singuli in solidum tenentur. Hic † comprehensum est, cui fideiussori hoc beneficium tribuatur, & quãdo id desiderare liceat. Verbis igitur huius rescripti tribuitur postulãti fideiussori. Quæritur, quando postulari possit. Additum est, id ante condemnationem ex ordine postulari solere. Ex ordine fieri & postulari quid dicitur, cum plura sunt, quæ fieri debent, aut possunt iure, sed ita, vt quædam priora sint, quædam posteriora. Nam cum prioribus transactis venitur ad posteriora, tum posteriora ex ordine fieri, & postulari dicuntur. Id ita accidit in fideiussionibus, cum de hoc beneficio diuisionis

diuisionis agitur. Nam fideiussori in solidum conuento plures defensiones esse possunt. Prima illa, vt dicat se non teneri. idq; varie accidit; vel quia reus principalis liberatus sit aut ipso iure aut per exceptionem; qua exceptione fideiussoribus vti licet. *leg. 7. Digestis. de exceptio.* vel quia ipse fideiussor etiam vtatur ex sua persona exceptione vel pacti, vel iurisiurandi, vel rei iudicatæ. Quod si his defensionibus fideiussor exclusum se sentiat; siue quod re vera nullæ sint; siue quod eas probare non possit, vt iam non possit effugere, quin teneatur: tamen extremũ illi subsidium relinquitur desiderandi, vt saltem pro parte cõueniantur; pro reliquis partibus cõueniantur reliqui fideiussores. Ad quod si peruenerit, recte dicatur id ex ordine postulare: vt sit, ex ordine, seu seruato ordine earum defensionum, quæ fideiussoribus competere solent. Itaq; ex ordine hic valet idem, quod dicitur seruato ordine *in l. 1. §. de exse. rei iud.* Hoc autem fideiussor postulare potest ante cõdemnationem. His verbis duo continentur: quæ

3 qualia sint, videamus. Primum † hoc declarant, quandocumque ante condemnationem id postulare licere, etiamsi in initio litis huius beneficii exceptionem fideiussor non sit contestatus. Atqui scriptum est *in l. siquidem, & l. præscriptionem. §. de exc.* exceptiones cõtestari initio oportere. Sed sciamus hoc dictum esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, & ob id probare debemus, vt intelligitur ex *leg. in exceptionibus. Digest. de probat.* Et merito hæ contestandæ sunt. Nam cum quæstioné habeant facti, non intelliguntur in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diuersa caussa est exceptionum iuris, seu earum, quæ cuiquam conditione ipsa personæ iure ipso tribuuntur. qualis est ea defensio, de qua nunc agitur; qua scilicet fideiussor hoc ipso, quod fideiussor est, iure postulat, vt actio inter fideiussores diuidatur. Hoc genus contestari necesse non est; ante condemnationem quandoque allegari sufficit, his de caussis. Primum quia dum creditor cum fideiussore tanquã cum fideiussore agit, satis auxilium diuisionis sub appellatione & persona fideiussoris in iudicium deduci intelligitur: cum id fideiussori iure tribuatur, hoc ipso quod fideiussor est. Deinde quia quę sunt iuris, ea ad iudicium & cognitionem iudicis pertinent; & quidem etiamsi non sint a partibus nominatim petita. *leg. unica. §. vt quæ des. aduo. par. iud. sup.* Multo igitur magis si petita erunt, vt hoc beneficium postulari debere

4 dicimus. Alterum † ex contrario iisdem verbis efficitur, si fideiussor in solidum conuentus, antequam cõdemnaretur, non postulauerit, vt actio inter se & reliquos fideiussores diuideretur, & ita in solidum passus sit se condemnari; frustra eum postea, vt actio diuidatur, postulaturum. Et recte. nam qui in solidum condemnatus, cœpit iudicati actione in solidum teneri, hanc actionem semel creditori quæsitam, inuito postea adimere non potest, partem dumtaxat offerendo. *arg. in leg. vltim. Digest. de pact. l. habere. in fin. D. de euict.* Nec metuemus, ne hic nobis aduersentur ea, quæ Accursium in superiore sententia hæsitare coegerunt. Nam primum nihil aduersus eam sententiã *in l. fideiussores. §. vlt. D. eo.* Ilic scribitur mandatorem in solidum condemnatum, recte postulare a creditore, vt sibi pro parte cedantur actiones aduersus ceteros mandatores. Ac constat, quod de mandatore dicitur, ad fideiussores pertinere. Sunt enim oẽs isti principalis obligationis intercessores. *l. vlt. supr. de const. pec.* Sed multum interest, vtrum fideiussor condemnatus postulet adhuc actionem diuidi cum reliquis fideiussoribus, an postulet actioné aduersus eos sibi cedi. Immo vero hæc sunt contraria. Nam qui diuisionem postulat, is postulat, ne solidum soluat. qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidũ soluere, dum sibi aduersus cõfideiussores consulatur. Nihil etiam contrarium habet illud Papiniani ex *leg. inter eos. §. vltim. D. eo.* bonis damnati fideiussoris fisco vindicatis, inter fideiussores postea actio si diuidi cœperit, vt heredis, ita & fisci rationem haberi oportere. Apparet enim in hac definitione damnatum fideiussorem intelligendum esse, non eum qui damnatus est fideiussionis nomine; sed qui damnatus sit capitis ita, vt propter eam damnationem bona eius fisco vindicarentur. Nam de bonis fisco vindicatis perspicue definitio scripta est. Est autem hic sensus; si vnus ex quatuor fideiussoribus capitali supplicio damnatus sit, & ob eam damnationem bona eius publicata, & vindicata fisco; potest postea creditor aduersus fideiussores ius suum exsequi, qui recte postulabunt, vt inter omnes, qui soluendo sunt, actio diuidatur: in quo numero etiam fiscus, qui damnato succedit, habebitur. Vt scilicet si sint tres fideiussores priuati, & fiscus, qui damnato successit, non tres tantum partes fiant in hac diuisione actionis; sed fiant partes quatuor, ex quib⁹ fiscus quartam agnoscere cogatur. Nam si vnus ex his fideiussoribus decessisset, eius heres in quartam parté vocaretur. Proinde & fiscus vocabitur. nam & fiscus heredis loco est in iis bonis, quæ ex damnatione ad eũ peruenerunt, vt diximus ad *l. 1. §. hoc tit.* Hoc vero quã nihil hoc loco aduersetur, perspicuum est.

*L. Cum alter. XI.*

Idem A. Salustio.

*Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei aduersus eum, qui vna fideiussit, non competit. potuisti sane, cum fisco solueres, desiderare, vt ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur. & si hoc ita factum est, cessis actionibus vti poteris. Quod & in priuatis debitis obseruandum est. PP. 7. Cal. Nouemb. Alexandro A. III. & Dione. Coss. 230.*

SVMMARIA.

1 *Vnum ex fideiussoribus solidũ sua sponte soluentem non cessis sibi a creditore aduersus confideiussores eo nomine actionibus actionem non habere nec mãdati, nec negotiorum gestorum, eoque nullam habere. & num. 3. in fi.*

2 *Negotiorum gestorum actionem non competere aduersus eos, ad quos negotii vtilitas per consequentiam tantum pertinet.*

3 *Vnum ex pluribus tutoribus solidum soluentem aduersus reliquos tutores pro ipsorum parte vtilem actionem habere: & cur hoc diuersum in fideiussoribus.*

4 *Fideiussori solidum soluenti nullam ideo actionem esse aduersus pignorum creditori obligatorum possessores.*

5 *Fideiussorem consequi posse a creditore, vt sibi cedantur actiones aduersus debitorem, confideiussores, & pignorum possessores: sed cum soluit, non ante aut postea, nisi ea lege soluerit, vt sibi cederentur actiones.*

6 *Mandatorem etiam pecunia soluta sine alia conuentione agere posse aduersus creditorem, vt*

*sibi cedat actiones aduersus reum principalem, & alios eius obligationis reos.*

7 *Soluta a fideiussore pecunia superesse nihilominus actionem creditori, quam is possit soluenti aduersus debitorem aut confideiussores cedere: non item si pecunia ab vno ex tutoribus soluta sit. vbi l. cum is qui. 36. D. de fid. l. Modestinus. Dig. de sol. explicantur.*

8 *Nullam pecuniæ solutæ condictionem esse aduersus creditorem, qui pecunia simpliciter soluta a fideiussore non cedat ei actiones aduersus reum, aut confideiussores.*

VNus ex pluribus fideiussoribus omisso beneficio diuisionis, quod fideiussoribus tribuitur ex epistola D. Hadriani, solidũ soluit creditori. Quæritur *ad cautionem fideiussoris, cum quibus agere possit eo nomine, & pecuniam quam soluit, repetere?* Et posse eum a debitore repetere constat, de quo dicetur *in l. mandati. in princip. infr.* An possit etiam experiri aduersus confideiussores suos, præterea an possit pignora persequi, quæ creditori eiusdem obligationis nomine obligata erant, quæsitum est. De vtroque hoc rescri-
1 pto respondetur. Ac † primum quod ad confideiussores attinet, hoc statuitur, Vnũ ex fideiussoribus solidum sua sponte soluentem, aduersus reliquos confideiussores suos eo nomine actionem non habere. Recte. nam si quam aduersus eos habeat, necesse est aut mandati esse, aut negotiorum gestorum actionẽ. Mandati non habet, cui confideiussores nihil mandarunt, vt fideiuberet. Negotiorum gestorum actionem habere videri potest, quod ea solutione fideiussor debitorem suum liberauit saltem per exceptionẽ. *l. Papinianus. D. mand.* ac proinde etiam per consequentiam debitoris fideiussores. *l. in omnibus speciebus. Dig. de sol. l. 7. D. de except.* Liberando negotium confideiussorum vtiliter gessisse intelligitur. Ex qua caussa est negotiorum gestorum actio. *l. 2. Dig. de neg.*
2 *gest.* Sed † ita ius habet, vt quoties negotium seu vtilitas alicuius negotii ad duos pertinet, ad vnum principaliter, ad alterum per consequentiam; si negotiũ gestum sit contemplatione eius, ad quem principaliter pertinebat, huius solius negotium videatur gestum. proinde aduersus hunc solum sit actio; aduersus eum, ad quem per consequentiam res pertinet, nulla. *l. si pupilli. §. 1. Dig. de negot. gest.* Id autem accidit, cum vnus ex fideiussoribus solidum soluit. Sane enim is duo genera personarum liberat, debitorem, & eius fideiussores. *Instit. qui. mod. toll. oblig. in princip.* sed debitorem principaliter, si eius nomine soluit; fideiussores tantum per consequentiam, de quibus non laborat, dummodo debitor, & ipse cum debitore sit liberatus. aut si soluit suo nomine, se ipsum liberauit principaliter; per consequentiam debitorem, ac per debitorem fideiussores. Proinde semper hic aut debitoris, aut soluentis solum negotium gestum est, non cõfideiussorum. Nec ad rem pertinet, quod vtilitas eius liberationis etiam redit ad fideiussores. Hoc enim per consequentiam contingit. Nunc autem id spectamus, quod fit principaliter, non quod per consequẽ-
3 tiam. *l. 1. Dig. de auct. tut.* Verum † hic obiicitur exemplum tutorum: ex quibus si vnus soluerit, nihilominus aduersus contutores vtilem actionem pro eorum parte habet, vt est *in l. 1. §. nunc tractemus. Digest. de tut. & rat. dist.* Sed apparet ex eo loco, constitutum hoc ius esse proprie & singulariter in tutoribus. Ideo non est producendũ ad consequentiã. *l. quod vero. l. in his. ff. de legi.* Nec obscura ratio est, cur soluenti tutori vtilis actio detur aduersus contutores potius, quã fideiussori aduersus confideiussores. Datur vtilis actio tutori aduersus contutorem pupilli caussa. Sic. n. citius tutor soluet solidum pupillo, cum sciet fore, vt hoc quod soluit, a contutorib. repetere possit. Sed & postquam soluit, minus molestus erit pupillo, si malit aduersus tutores experiri. Fauor igitur pupilli hanc actionem vtilem introduxit. Nullus eiusmodi fauor est in creditorib. aliis. Proinde non mirum, si idem non tribuitur eorum fideiussoribus. Sane fideiussor qui solidum soluit, si a creditore cessæ sint ei actiones aduersus confideiussores, nulla dubitatio est, quin aduersus eos experiri possit cessis actionibus. *l. cum is. 36. ff. eod.* Sed hoc nihil huic loco aduersatur. Quod. n. hic dicitur, fideiussori aduersus confideiussorẽ nullã actionẽ competere, ita dictũ est, vt intelligeremus, nullam esse ex eo tantum, quod fideiussor solidũ soluit, siue nullã esse ex fideiussoris persona & facto. quod & verũ est.

Hoc † de aliis fideiussoribus, aduersus quos desideret experiri fideiussor is, qui solidum soluit. Sed *an non saltem is actionem habebit aduersus possessores pignorum, quæ creditori obligata erant?* Multo minus, nisi ei actio hypothecaria a creditore cessa sit, vt hic significatur, & traditur diserte *in l. mandati. ꝫ. hoc tit.* Merito. nã reliqui confideiussores saltem eodem nomine obligati erant; qui tamen non tenentur ei fideiussori, qui soluit. Pignorum autem possessores non fuerunt obligati. 4

Sed † cessis actionibus a creditore poterit fideiussor pignorum possessores conuenire. Quid si creditor non cedat actiones? iure fideiussor ab eo desiderabit, vt cedat. *l. 2. supra.* Quando id desiderare potest? Hic scriptum est, desiderare eum posse, cum soluit. Consulto additum, quia fideiussor desiderare id non potest ab inuito, priusquam soluit. sed nec postea, nisi in soluendo conuenerit nominatim, vt cederentur actiones. Nam fideiussor aduersus creditorem neque mandati actionem habet, vtpote cui non mandauerit, vt pecuniam crederet: neq; negotiorũ gestorum, quia ei soluendo negotium suũ gerit, dum se liberat; non creditoris, qui suum recipit. Quomodo igitur fideiussor hanc cessionem consequitur, dum soluit? nõ agendo, sed, vt dixi ad *l. 2. ꝫ.* opposita agenti creditori exceptione doli mali. Plane si fideiussor soluit ea lege, vt sibi cederentur a creditore actiones, et post pecuniam solutam recte aget, vt sibi cedantur. Nã fideiussor ita soluendo fecit, vt vicissim creditor faceret. Ex quo genere conuentionum constat nasci ciuilẽ actionem præscriptis verbis. *l. iurisgentium. in pr. ff. de pact. l. legem. sup. eod.* Ceterum nullo eiusmodi pacto interposito, frustra fideiussor pecunia soluta desiderabit a creditore, vt sibi cedantur actiones ab eo, quem ad eã rem nulla ex caussa obligatum habuit. Quod de pignore & hypothecaria actione cedenda dicimus, idẽ & de actione personali aduersus debitorem aut confideiussores cedenda dictum intelligendũ est. de quo *in d. l. 2. ꝫ.* Summa igitur est, desiderare posse fideiussorem, qui solidum soluit, vt sibi actiones cedantur aduersus debitorem aut confideiussores, & pignorũ possessores: sed tunc cum soluit. Semel autem pecunia soluta, si in soluendo de cedendis actionibus nihil conuenerit, agere eum non posse. Sed † sciamus hoc in fideiussore recte dici. Alia caussa est mandatoris, quem & dum soluit, & posteaquã soluit, placet agere posse aduersus creditorem, vt sibi cedat actiones 5 6

aduersus

aduersus principalem reum, & ceteros eiusdem obligationis reos. *l. Papinianus. D. mand.* Recte: quia mādator mandati actionem habet aduersus creditorem, fideiussor non habet, vt qui creditori non mandauerit, vt pecuniam crederet.

7 Atque † hæc de eo fideiussore dicta sunt, qui desiderat actionem sibi cedi ab inuito creditore. Quod si de volente creditore quæritur, sententia Pauli est *in l. cum is. 36. D. eo.* etiam pecunia creditori ab vno ex fideiussoribus soluta, posse eum, si velit, desideranti fideiussori actiones suas cedere. Sed eiusmodi sententia, quæ hanc dubitationem animaduertendam habuerit. Nam pecunia creditori a fideiussore soluta, ea solutione debitor liberari videtur. Debitore autem liberato, consequens est, etiam tolli actionem aduersus omnes accessiones. *l. in omnibus. Dig. de sol.* Quæ si sublata est, quomodo eā cedere creditor potuit, quā non habet? Sed & hæc obiectio illic diluitur ad hanc sententiam. Si pecunia a fideiussore daretur creditori, vt solueretur & tolleretur obligatio, recte diceremus nullam actionem ei superesse. Nunc autem magis fideiussor pecuniam dare intelligitur emendi nominis, & creditor pecuniam accipere eius vendendi caussa. Et certe verum est, quod Papinianus scribit *in d. l. Papinianus. D. mand.* non debere existimari debitorem liberatum esse solutione mandatoris, cum mandator ob suam obligationem soluat, & soluat suo nomine, non debitoris. Ac fideiussoris eadem caussa est, traditurque idem in *l. si filiusfamilias. D. de in rem verso.* Hoc loco obiicitur *l. Modestinus. Digest. de solut.* vbi de vno ex pluribus tutoribus soluente Modestini responsum est, si is nullo pacto interposito de cedendis sibi actionibus pecuniam soluerit pupillo ex administratione tutelæ debitam, actiones ei postea a pupillo cedi non posse, nominatim addita hac ratione, cum nulla actio superfuerit. Sed hoc in vno ex pluribus tutoribus soluente recte placuit: in fideiussoribus locum non habet. Nam, vt recte Bartolus animaduertit ad *dict. l. Modestinus.* in tutoribus etsi plures debitores sunt; vna tamen obligatio est omnium. debent enim idem, & ex eadem caussa, id est, ex administratione. Itaque vnus soluendo solidū, ceteros liberat. non quia non soluat suo nomine tantum; sed quia pro se soluēdo totam soluat obligationem. quippe quæ in omniū persona vna fit, vt accidit in pluribus reis promittendi. *Instit. de duo. reis stip.* At cum plures fideiussores dati sunt, etiamsi quis concedat omnium fideiussorum vnam obligationem esse; tamen nihilominus in hac caussa duæ sunt obligationes longe distinctæ: vna debitoris, quæ est principalis; altera fideiussorum, quæ est accessoria. Hic vnus ex fideiussorib. solidum soluēdo, dum soluit suo nomine, debitorem ipso iure non liberat, siue, quod idem est, principalem obligationē non tollit. Dicitur quidem simpliciter debitorem liberare acceptilatione, *in l. & per. 13. §. si fideiussori. D. de accept.* quod multo magis de solutione eius dixeris. Sed liberat tantum per exceptionem, non ipso iure, vt declaratur *in d. l. Papinianus. D. mand.* Quæ res facit, vt reliqui confideiussores etiam adhuc teneantur: vt qui nisi liberato debitore principali non liberentur. Atq; hinc etiam fit, vt creditor, quamuis pecunia ab vno ex fideiussoribus accepta, saluas habeat veteres actiones cum aduersus debitorem, tum aduersus reliquos fideiussores, qui nihil soluerunt. Et quia habet, etiam potest cedere ei fideiussori, qui soluit. Sed potest, vt dixi, cedere, si velit. si nolit, nulla est actio fideiussori ad eum cogendum, vbi fideiussor non soluerit hac lege, vt sibi crederentur actiones.

Sed † esto, nulla sit actio, qua ea cessio petatur. 8
Quid, pecunia a fideiussore soluta, an non recte creditori cōdici potest, nisi actiones cesserit? Et hoc quidam putant. Sed nulla hic condictio esse potest fideiussori ad eam rem. Non. n. potest condicere pecuniā tanquam indebitam, cū vt debitam soluerit, & ea solutione sit liberatus. *l. si non sortem. §. si decem. Digest. de cond. indeb.* Non tanquam ob caussam datam re non secuta. Nam cum simpliciter pecuniam soluit suo nomine, soluit ob hanc caussam, vt liberaretur. Atqui hæc caussa secuta est. quod cum sit, non potest locus esse condictioni ob caussam dati caussa non secuta. *l. 1. ff. de cond. cau. da.* Neque verum est, quod isti volunt, cum fideiussor soluit, videri soluere ideo, vt sibi cedātur actiones. Nam primum verba soluentis id non significant. Deinde multis locis diserte scriptum est, eum qui soluit creditori, non succedere in pignora prioris creditoris, nisi nominatim soluerit ea lege, vt in pignora succederet, siue vt in se actiones hypothecariæ transferrentur. l. *soluitur. §. si conuenerit. Digest. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. l. 1. supra. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Et ideo quod scriptum est *in l. cum is qui, in fin. D. eod.* cum vnus ex fideiussoribus solidum soluit, ideo creditorem habere actiones, quia tenetur, vt eas præstet: sic accipiendum videtur ex præcedentibus, vt eas habeat, cum aperte nomen vendidit fideiussori, neque pecuniam ab eo in solutum accepit. Nam si accepit in solutum, fideiussor sibi omnem actionem præcidit.

## *L. Blanditus. XII.*

Iidem A. Theodoto.

*Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio interuenires, ὅτι ὧν θέλεις, ποιήσω, dixisti: cum & his verbis obligationem verborum posse contrahi pridem receptum est. PP. 6. Kalend. Septem. Agricola & Clemente Coss. 231.*

Summarium.

1 *Fideiussorem nisi stipulatione non obligari.*
2 *Lectio recta huius loci.*

Fideiussor interrogatus, an fide sua esse iuberet, siue græce, siue latine, responderat, φημὶ, aio; vel potius τί μή, quid ni? Is persuasus erat his verbis se non teneri hac ratione, quia nō obligaretur fideiussor nisi stipulatione. hic autem non videatur stipulatio esse contracta, in qua his verbis, quid ni, ad interrogatum conuenienter non esset responsum, id est, non iisdem verbis, quibus interrogatus erat, vt diceret, fideiubeo. Rescriptum est hoc loco, errare fideiussorem. Nam stipulationem his verbis vtiliter contractam, idque pridem receptum esse. Ergo † hoc dicit Antoni- 1
nus, fideiussorē ideo obligari in proposito, quia stipulatio vtiliter sit interposita. Ex quo recte colligitur vulgo, fideiussorem nisi stipulatione non obligari. quod confirmatur *in l. 5. §. satis acceptio. Dig. de verb. oblig.* De † lectione huius loci monendi breuiter su- 2
mus, vulgarem lectionem esse hanc in verbis græcis ὅτι ὧν θέλεις ποιήσω, *quodcunque vis, faciam.* Hæc lectio recte notata est ab Alciato *lib. 1. Parerg. cap. 3.* Nā reuera in his non fuit id, quod ab Imperatore scriptum est. Proponuntur enim verba, ex quibus hæsitatur, an stipulatio recte sit contracta, vt ex responso apparet. Nemo autem vnquam dubitauit, quin recte respon-

deret & conuenienter, qui spopondit id, quod stipulator vult. Ille igitur pro his verbis reposuit λέγω, aut φημὶ ex sententia *l. græce. in pr. ff. eo. & §. pen. Instit. eod.* Sed multi testes sunt se in veteribus exemplarib. legisse hoc loco τί μή; quid ni? quod si verum est, nihil est hac lectione melius, neq; huic loco cõuenientius. Scimus enim ex *l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* veterem fuisse dubitationem, an his verbis recte contraheretur obligatio, cum quis interrogatus, *dabis?* respondit, *quidni?* & placuit vtilem videri. Id autẽ est, quod verbis huius rescripti significatur, cum dicitur, his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum esse.

*L. Si Barsatoram. XIII.*

Pars ex epistola Gordiani A. ad Auxium.

*Si Barsatoram latronem Lysanias decurio inuenturum se spopondisset: aut exhibere compellendus est, aut transmittendus ad præfectum pretorio, vel ad præsidem Prouinciæ.*

SVMMARIA.

1 *Inuenturum se latronem qui alicui promisit, videri de prehenso exhibendo promisisse.*

2 *Latronem non inuenisse, non exhibuisse aut indicasse inuentum, extra crimen, & impunitum esse.*

Decurio alicuius vrbis, cum latronem prehendere posset, missum fecit. Cum forte is, qui spoliatus erat, expostularet cum eo ob dimissum latronẽ, decurio, vt se liberaret omni crimine, spopondit stipulanti spoliato, se illum latronem inuenturũ. Quæsitum est, quid his verbis cõtineatur, vt sciamus, quid decurionem pręstare oporteat, vt nisi præstiterit, possit ex stipulatu conueniri in id, quod spoliati eiusdemque stipulatoris interest. Hic duo respondetur: prius, de quo rescriptũ clare scriptum est: posterius, de quo dubitari potest propter incertitudinem scripturæ.

1 Prius est, † decurionem compellendum esse exhibere hunc latronem: vt sit sensus, non esse satis, si reperiat, vbi sit ille latro, & eum locum indicet; sed hoc amplius, decurionem debere latronem prehendere, prehensum exhibere spoliato, vt sit eius conueniẽdi copia. Sed videndũ, ne hoc non recte exigatur a decurione. Constat. n. non debere eum vltra præstare; quã promisit. *l. quidquid. D. de verb. obl.* Nõ promisit autẽ se latronem prehensurum, sed inuenturum. multoq; minus promisit etiam se prehensum exhibiturum. Imo promisit hęc omnia; quæ & partim verbis, partim sententia contrahentium continentur. Verbis, quia inuenire aliquid aut aliquem, non est reperire locũ, vbi sit: sed est rem animaduersam prehendere, & occupare. Quod enim dicitur *in §. item lapilli. Instit. de rer. diuis.* lapillos & gemmas in littore inuentas fieri inuentoris; hanc sententiam habet, fieri eius qui animaduersas occuparit, siue earum apprehenderit possessionem. nam aliter nõ fieri nostras, scriptum est *in l. 1. in prin. ff. de acq. poss.* Atque vt verbis non promisisset decurio se prehensum latronem exhibiturum; tamen id satis intelligitur ex eo, quod actum est, quæ est sententia contrahentium. Nam stipulator id agebat, vt sibi caueret, & acquireret, quod sua interest. Denique id agebat, vt latronis conueniendi esset potestas: quod declarant & ea, quæ præcesserunt stipulationem, & finis omnis stipulationis: qui est, vt quisq; acquirat, quod sua interest. *l. stipulatio ista. §. alteri. D. de verb. obl.* Quia actum est, etiam pro cauto habendum; eoq; etiam ex stipulatione præstandum est. *l. 3. ff. si cert. pet. l. semper in. ff. de reg. iur.*

Posterius adiectum est hoc rescripto; aut decurionem compellendũ esse exhibere, aut transmittendũ esse ad præfectũ prætorio, vel ad præsidẽ prouinciæ. Hæc verba si naturalẽ & rectã structurã orationis sequimur, sic interpretanda sunt: decurionẽ debere latronem prehensum exhibere; nisi exhibeat, transmittendum esse (intellige decurionem, de quo instituta est oratio) ad præfectum prætorio; vt puniatur videlicet ob latronem non inuentum, non exhibitũ. Sed hæc † sententia defendi non potest. Nã decurio, qui 2 latronem non inuenit, nihil deliquit: eoq; nec ad pręsidem transmitti debet, vt puniatur. Etenim si quæsitum a se diligenter reperire non potuit, nulla est eius culpa, si non reperit. Nulla autem pœna esse debet, vbi nullum delictum est. *l. aliud est fraus. Dig. de ver. sig.* Quod si inuenire potuit, & neglexit: tamẽ ne hic quidem delictum vllum contrahitur, quod coerceri oporteat. Fecit enim decurio iure permittente: cũ ita ius sit, vt nemo inuitus agere vel accusare cogatur. *tit. S. vt nem. inuit. ag. vel ac. cog.* Quod si accusare nemo cogitur; multo minus cogitur nocentem quærere, & inuentum prehendere. Restat ergo, vt verba rescripti sic interpretemur; aut exhibere compellendus est decurio, de quo institutus est sermo, aut transmittendus, nempe latro. vt sit hæc sententia; decurionem alterutrũ præstare debere ex suprascripta stipulatione, aut vt inuentum latronem exhibeat stipulatori, vt ille aduersus latronem de iure suo statuat, vti existimauerit; aut si decurio exhibere nolit, saltem latronẽ transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat; quo facto etiam obligationi satisfaciet. Erit enim stipulatori apud magistratum inueniendi, & conueniendi latronis copia. Fatendum quidem est hoc sensu perturbari orationem personis, sed nõ est noua hæc perturbatio, quæ plerumque etiam doctissimis excidit. Similem animaduertere licet *in d. l. 1. §. si quis ita. D. de de ver. obl.* si modo illic vera est Pan. Floren. lectio.

*L. Mandati. XIIII.*

Idem A. Saliuo.

*Mandati actio personalis est, quæ si nomine fideiussoris, vel aduersus debitorẽ, seu heredes eius competit: præses Prouinciæ, quæ deberi compererit, reddi iubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demũ ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, aduersus pignorum possessores, extraordinariam iurisdictionem idẽ vir clarissimus impertietur. P.P. 3. Nonas Iulii, Gordiano, A. & Auiola Coss. 232.*

SVMMARIVM.

1 *Iurisdictio extraordinaria impertienda, pro actione extraordinaria, id est, vtili, danda: & cur.*

2 *Fideiussori, qui pro debitore intercessit & soluit, quãdo & quæ actio competat.*

Fideiussor qui debitum soluit, & non accepit a creditore aduersus debitorẽ actiones, non eo minus recuperandi eius caussa ex sua persona agere aduersus debitorem potest, eiusque heredes, idque mandati actione: si modo hæc illi competit, vt hic initio traditur. de qua actione, & an vlla fideiussori competat, dicam paulo post. Nunc hoc ante statuatur, quod est proprium huius rescripti, non cessis fideiussori a creditore actionibus, sic illum habere ex sua psona mandati actionẽ, aut similẽ, vt sit hęc omnis

actio

actio aduersus debitorem tãtum, eiusq; heredes. Ceterum res debitoris creditori pignori obligatas hac actione persequi aduersus pignorum possessores non potest: propterea quod mandati actio cum sit ex contractu, est in personam. ideo aduersus eum tantũ, qui est eo nomine obligatus, non aduersus res obligati, aut earum rerum possessores. *l. actionum. D. de oblig. & act. §. 1. Instit. de act.* Si igitur fideiussor hæc pignora persequi vult, nihil aliud ei relinquitur, quam quod hic comprehensum est, vt consequatur a creditore, vt sibi recte cedantur pignora eorumq; actiones. quod quando recte desideretur, vt cogatur creditor facere, traditur *in l. cum alter. sup. hoc titu.* Cessis actionibus, tum est ius persequendi aduersus pignorum possessores. *dict. leg. cum alter.* Sed adiicitur in hoc rescripto, cessis pignoribus posse fideiussorem sic agere aduersus pignorum possessores, vt præses extraordinariam iurisdictionem ei præbeat. His verbis ea sententia cõtinetur, quæ de nomine aut pignore tradito multis locis expressa est: Quoties nomen aut venditum, aut in solutum traditum est, aut legatum, toties eum in quem nomen translatum est, posse aut ex persona cedentis vti directis actionibus, aut ex persona sua experiri vtilibus *l. postquam. sup. de her. vel act. vend. l. ex le-*
1 *gato. sup. de legat.* Id † significat iurisdictio extraordinaria hoc loco. Dicitur enim iurisdictio extraordinaria μετωνυμικῶς eadem figura, qua pallidam mortem vocamus, quæ pallidos facit, rem tristem, quæ nos tristes reddit, vt sit ea iurisdictio, quæ dat actionem extraordinariam ad pignora persequenda. Est autem extraordinaria actio, quæ est vtilis. quod ex coniunctione duorum locorum intelligitur. *l. si longius. §. vlt. ff. de ind. & l. cum filiusfam. D. si cert. pet.* Illud expendendũ, quod de actione personali mandati initio rescripti dicitur, dari hanc quidem fideiussori aduersus debitorem & eius heredes, sed hac conditione, si modo hæc actio illi competat. Quid ergo, hanc actionem ille non semper habet? quod si non semper, quando i-
2 gitur? Et reuera non semper habet. Quando † autem & hanc habeat eo nomine, aut aliam, aut nullam, de eo ita ius est. Si fideiussor aut repugnante debitore fideiussit, aut donandi animo, nullam omnino actionẽ habet. *l. si remunerandi. §. si passus. l. si pro te. Dig. mand.* Priore quidem casu, quia debitor inuitus obligari nõ potuit: posteriore autem, quia fideiussor debitorem sibi obligare noluit. Quod si pro non repugnante qs fideiussit, neque id actum est, vt donaret: habet ille quidem actionem in personam; sed alias mandati, alias negotiorum gestorum. Si pro absente fideiussit, non potest esse mandati actio, quæ non nascitur nisi ex cõtractu, proinde & consensu. *Inst. de obl. ex consen.* Nullus est autem consensus absentium & ignorantium. Itaque hic negotiorum gestorum actio est, non mandati, *l. ex mandato. §. vltim. Digest. mand.* Quod si pro præsente quis fideiussit, nec repugnante debitore, nec donandi animo; hic demum mandati actio est, nõ negotiorum gestorum. Nec interest, vtrum præsens nominatim mãdet suo nomine fideiuberi, an taceat: Illic quidem mandati actionem esse constat, quia aperte præcessit mandatũ. *l. ex mandato. §. 1. l. si præcedente. ff. mand.* Sed nihilominus & hic eadẽ actio est; quia q patitur pro se fideiuberi, aut mandari ab alio vt sibi credatur, mãdare intelligitur. *l. qui patitur. ff. mãd.*

*L. Si indebitam. XV.*

Idem A. Claudiano.

*Si indebitam pecuniam quasi ex caussa fideiussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione vti, quam condicere vt obligatio tibi accepto feratur, potes. Non est autem dubium, fideiussorem rei promittendi, bonis ad fiscum deuolutis, si idẽ fiscus ob debitum restituendum fuerit conuentus, & soluerit, liberari. PP. 5. Kal. Dec. Gordiano Aug. & Auiola. Coss. 240.*

PRoponitur hoc loco quis pro debitore se obligasse creditori per errorẽ, dum falso putat fideiussionis alienæ nomine se obstrictum esse. Finge heredem esse defuncti eius; qui dicebatur pro debitore fideiussisse: ac verbis creditoris persuasum, iterũ ex persona sua se obligasse nomine eiusdem debitoris, vt euitaret creditoris persecutionẽ, & rerũ suarũ distractionem. Hoc amplius proponitur, debitorẽ pro quo ita fideiusserat, damnatũ fuisse, & bona eius vindicata fisco: hac de caussa fiscũ tanquã successorẽ conuentũ esse, & soluisse. Cũ reb. ita gestis hic fideiussor cõueniretur a creditore, cui se obligauerat, negabat se teneri ex sua fideiussione. an teneatur, quæsitũ est. Rescriptũ est, eũ duplici de caussa securũ esse. Primum, q is promiserit indebitũ per errorẽ. Deinde quod debitor principalis pecuniã soluerit. Si quis promittit indebitũ per errorẽ, is vltro agere põt condictione indebiti, vt hic dicitur; & multo magis, vt cautio exposita, seu chirographũ suũ sibi reddatur. Proinde etsi ex ea promissione cõueniri cœperit, multo magis aduersus petitionẽ habebit exceptionẽ doli mali. Cui .n. damus actionẽ, ei multo magis exceptionẽ cõpetere dicendũ est. Hoc ita explicatur in hac ipsa specie *in l. 3. s. de cond. ind.* ex regula iuris, *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.* Sed etsi fideiussor per errorẽ non promisisset; tñ vbi debitor principalis soluit, & solutione eo modo liberatus est, extra omnẽ cõtrouersiã est vna & fideiussores liberari. *l. in omnib. specieb. ff. de sol.* Id aũt cõtingit, cũ fiscus publicatis debitoris bonis ipse soluit creditori: sic .n. fiscus successisse dãnato cũ suo onere intelligitur, vt diximus *ad l. 1. s.*

*L. Liberum. XVI.*

SIc huius legis sententia coniuncta est cũ *l. reos. s.* vt nisi illa exposita, huius sententia intelligi facile nõ possit. Itaq; de vtriusq; sententia eo loco dicetur.

*L. Omissis. XVII.*

Idem A. Brasidæ.

*Omissis quoque pignorib. fideiussorem a creditorib. vtiliter conueniri: nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit: explorati iuris est. PP. 6. Idus Mart. Attico & Prætextato Coss. 243.*

SVMMARIVM.

1 *Fideiussorẽ acceptũ in id qđ ex pignorib. refici nõ poterit, nõ nisi post pignorũ possessores ẽt iure cõueniri posse.*

VBi creditori debitor pignora dedit, & fideiussorẽ, non tm̃ omissis pignorum possessorib. fideiussor cõueniri põt, vt hic dicitur; sed ẽt hodie ex cõstitutione Iustiniani prius conueniri debet. *Nou. 4. de fideius. §. sed neque ad res.* Sed † hoc ita, nisi fideiussor acceptus 1
sit in id, quod ex pignoribus refici non poterit, vt hic scriptũ est. quæ conuentio ẽt nunc post superiorẽ cõstitutionem Iustiniani seruanda est. Non obstat, q ea constitutione sine exceptione cauetur, vt prius cõueniantur fideiussores, q̃ pignorũ possessores. Nã fideiussor ea conuentione acceptus, quã diximus, fideiussor non est antẽ, quã pignora distracta sint. vt dicendũ sit, si pignora prius conueniuntur, nõ conueniri ante fideiussorẽ, qui nullus est. Nam ex supra scripta conuentione fideiussor promittit sub conditione, si pignora distracta sint, & distracta non sufficiant ad debitam quantitatem. Quare priusquã id factũ sit, non

promittit, eoque & fideiussor non est. Qui debet sub conditione, antequam conditio exstiterit, nihil debet. *l. cedere. D. de ver. sig.*

*L. Si ut proponis. XVIII.*

Imperator Philippus Augustus Smyrnæ.

*Si (ut proponis) fundum ob debitum obligatum non iusto pretio vendidisti: residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem seruare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis. PP. 5. Kalend. Augusti, Peregrino & Æmiliano Coss. 245.*

CReditor pignus sibi datum, quod valebat centũ, vendidit tantum octoginta, cum posset centum vendere. Viginti quæ superant, a fideiussore petit. Negat Imperator eum recte petere. Hoc ideo, quia ea viginti, nec debitor principalis debuit. Nam & debitor de illis viginti vltro actionẽ habuit aduersus creditorem. *l. 1. in pr. s. si vend. pig. ag.* Idque ex lege & obligatione pignoris. Nam creditor in pignore omnem diligentiam, & fidem præstare debet, & ea omnia facere, quæ in re sua faceret bonus paterfamilias, *l. si cum venderet. §. ult. & l. seq. D. de pig. act.* Quod cum in hac venditione contra fecerit creditor, ad summam eorum viginti, de quibus agitur, necesse est eum eo nomine debitori teneri. Quod si tenetur & eadem summa adhuc debetur, iure fit compensatio vtriusq; debiti, & crediti, quo modo debitor ipso iure liberatur. *l. 4. sup. de compens.* Liberato reo, recte dicitur fideiussorem eatenus non teneri. *d. l. in omnibus speciebus. Digest. de solut.*

*L. Si alienam. XIX.*

EAdem sententia est, quæ traditur in *l. 3. in prin. & l. 5. s. hoc tit.* de potestate nimirum prius fideiussoris & omnis intercessoris, quam rei principalis cõueniẽdi. Ius immutatum *in auth. præsente. sup. hoc tit.*

*L. Sententia. XX.*

EAdem sententia, quæ *l. 1. s.* nisi quod de parte bonorum ademta illic species proponitur, hic de omnibus ademtis bonis. Sed vtrobique ius idem pro portione *l. quæ de tota. D. de rei vind.*

*L. Sicut eligendi. XXI.*

PRior pars rescripti de potestate prius conueniendi fideiussores exposita est ad l. 3. s. Altera de necessitate cedendorum pignorum, quæ imponitur creditori, cum pecuniam petit a fideiussore, eadem est, quæ est exposita *ad l. 2. & ad l. cum alter. & ad l. mandati. s. hoc tit.*

*L. Si vltra. XXII.*

Iidem Augusti & Cæsares Hermiano.

*Si vltra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti: Præses prouinciæ ex hoc, quod vltra mandatum tuum numeratum est, a te nihil exigi patietur. S. 12. Kalend. Maii. CC. Coss.*

SUMMARIUM.

1 *Lectio emendata.*

2 *Vltra quam datum est, nihil deberi posse, quamuis promissum pacto, neque a debitore ipso, & multo minus a mandatore, aut fideiussore, & quare.*

PRoponũtur hic tres personæ, mandator, creditor, & debitrix, quæ a creditore alterius mandato pecuniã creditã accepit. Res ita gesta est. Mandator mãdat creditori futuro, vt decẽ mutuo det debitrici cuidã futuræ, & in instrumento, quod de eo mandato intercessit, mandator promisit, si creditor ea decẽ mutuo dedisset debitrici, se duodecim creditori daturũ. Creditor decem debitrici dedit: duodecim a mandatore ex pacto petit. Quæritur, *an a mandatore duodecim debeantur?* Rescriptũ est, ab illo nihil deberi præter decem, quæ debitrici ex mandato eius numerata sunt, idque hac ratione maxime, quod vltra mandatũ mandatoris debitrici numeratũ non est. Vulgo † in omnib. exemplaribus legitur, quod vltra mandatũ tuũ numeratũ est. Sed refragantur verba rescripti, q̃ sunt in principio, quib. proponitur debitrix non accepisse vltra mandatum mandatoris, id est, vltra decẽ. Ex quo vel cæco apparet, vltra mandatum mandatoris illi numeratum nihil esse. Nam ipsam accipere aliquid, & ei aliquid numerari, idem valent. Accipit enim, quod sibi numeratur; & numeratur ei, quod ipsa accipit. Nõ debemus igitur dubitare, quin ita legi debeat; *vel ex hoc, quod vltra mandatum tuum numeratum non est, nihil a te præses prouinciæ exigi patietur.* Inest autem in his verbis ratio huiusmodi. Si creditor in proposito vltra mandatum tuum numerasset, tamen vltra mandatum tuum exigere nihil posset. *l. diligenter Digestis mand.* Nunc autem vltra mandatum tuum numeratum non est debitrici. Quare vel hac ratione maxime nihil a te potest amplius exigi, q̃ debitrici datũ est. 1

Quæ † ratio sic recte defenditur. Aut. n. creditor superfluum petet mandati actione, aut aget ex pacto. Mandati agere non potest; quia mandator neq; mandauit creditori, vt præter decem aliquid crederet; neque si mandasset, tamen vltra decem quidquam numeratum est. Non põt agere ex pacto: etsi enim ex pacto agi põt, vbi non est nuda conuentio, vt non est nuda hæc, quæ proponitur, cùm creditor decem mutuã dedit debitrici, vt duodecim a mãdatore acciperet, *l. legẽ. sup. de pact. l. solent. ff. de ver. obl.* tamen sic ex omni pacto agi põt, nisi sit pactum contra leges, aut bonos mores. *l. iuris gentium. §. ait. ff. de pact. l. pacta quæ contra. sup. de pact.* At tale est hoc pactum, quo id agitur, vt mandator amplius præstet creditori, quam creditor numerauerit. Nam aut creditor id superfluum esse vult tanquam sortem, aut tanquam vsuras pecuniæ creditæ. Si tanquam sortem; ideo iniustum pactum, quia est contra legem & rationem naturæ, vt sit quidquam in sorte, quod numeratum non est. Et hoc est, quod dicitur *in l. si tibi decem. ff. de pact.* vltra quam datum est, obligationẽ re contrahi non posse. Si tanquã vsuras; primum recte negabitur hic vllum pactum esse, vt id superfluum pro vsuris cederet. Deinde vt id conuenerit; tamen etiam hoc pactum iure inutile est: quoniam vsuræ stipulatione tantum, nõ etiam pacto deberi possunt. *l. 3. sup. de vsur.* Postremo etsi vsuræ pacto a reo principali deberi possent; tamen a mandatore in proposito deberi non possunt; vbi constat debitricem principalem eas non debere. Nam neq; fideiussor, neq; mandator, neq; eorum quisquam, qui alieno nomine intercedunt, in duriorem caussam obligari possunt. *l. græce. § illud. ff. eo.* Bene igitur rescriptum hanc rationem reddidit, cur vltra id, quod numeratum est, nihil a mãdatore exigi possit; quia quod vltra petitur, numeratum non est, idque secundum mandatum mandatoris, qui decẽ tm̃ mandauit credi.

*L. Reos. XXIII.*

Iidem AA. & CC. Antipatro.

*Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte conuenire, vel satis non faciente, cõtra quem egeras primo, post illum ad alium reuerti (cum nullus*

*nullus de his electione liberetur) licet. S. Non. Decemb. Nicomedia. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Vno ex pluribus reis debendi, aut fideiussoribus conuento, nihilo magis liberari ceteros, quin vt ante conueniri possint. & cur.*

2 *L. 2. D. de duob. reis exposita.*

3 *Sententiam Labeonis relatam in leg. si per imprudentiam. §. vlt. D. de euict. non probari.*

4 *Vnum ex pluribus fideiussoribus aut pluribus debendi reis pro parte conuentum non ideo in reliquam partem liberari: ac ne tunc quidem, cum partem, pro qua conuentus erat, soluit.*

5 *Vnum ex duobus reis debendi parte simpliciter soluta, nihilominus in reliquam partem statim conueniri posse, etsi ceteri soluendo sint: in fideiussoribus contra.*

6 *Vnum ex pluribus reis debendi partem pro sua persona, vel suo nomine soluentem in reliquam partem liberari: fideiussorem contra: & differentiæ ratio.*

7 *Inter plures fideiussores diuisa per litis contestationem actione, non posse deinceps pro vno etiam qui soluendo non sit, ceteros conueniri: & diuisa actio inter eos quando intelligatur.*

*L. liberam. C. de fid. explicatur. ibidem.*

8 *Diuisa actione inter fideiussores, non iam amplius teneri singulos, quam pro parte, etiamsi qui fideiussores tempore ipso litus contestata soluendo non fuerint.*

9 *Id effici non creditoris conuentione, sed sententia epistolæ D. Hadriani.*

CVm plures fideiussores dati sunt, constat ita in solidum iure teneri oēs, vt & singuli in solidū cōueniri possint a creditore, si ceteri minus sint idonei. *l. 3. in fi. l. liberum. in pr. j. hoc tit.* Sed & pro parte vnūquēque conueniri posse multo minus dubitatur. Vtraque res dubitationes has peperit. Quid, si creditor vnum ex pluribus conuenerit in solidū, dū ceteros nō putat idoneos? an ea res nocet creditori aduersus ceteros: id est, an ceteri ea cōuentione liberantur; an vero eo, qui conuentus est, nō satisfaciēte, ēt ceteri in solidū cōueniri possunt? Quid itē, si creditor pro parte cū vno egerit? an etiam hæc conuentio proderit conuento, vt in reliquam partem non possit amplius conueniri, si forte alter ex fideiussoribus soluendo non sit? De his ius constitutum est partim hac lege, & *l. vlt. j.* partim *leg. liberum. supra, hoc titulo.* De singulis dicam ordine.

1 Sit † igitur prima hæc quæstio, *vno ex pluribus fideiussoribus aut etiam debendi reis conuento an ceteri liberentur.* Dicemus non liberari, nec prohiberi creditorem, si is cum quo primo egerat, non satisfaciat, quo minus possit cum ceteris in solidum agere, si sunt plures debendi rei, aut si sunt plures fideiussores, & is qui primo conuentus est, non sit soluendo. Sed etsi soluendo erit, ne sic quidem prohiberi creditorem, quominus conueniat pro parte nondum soluta ceteros, vt ius ei facere concedit. *§. si plures. Institut. eodem.* Hęc sententia est huius *l. reos. & l. vlt. hoc tit.* Habet aūt hanc rationem iuris certi, quod cum semel deberi qd cœperit, solutione quisque eius rei, non conuentione, aut litis contestatione liberatur. *l. 4. Digestis, de his qui deie. vel effu. leg. 1. §. si apud duos. Dig. de p. leg. semper. §. si in sepulcro. in fi. Digest. quod vi aut clam.* Ratio autem sumta est ex constitutione notissima iuris. Nam quamdiu res debita eodem statu manet, & manent personæ debitoris & creditoris, nunquam debitor liberatur nisi aut soluendo, aut creditori satisfaciendo. *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. item. ff. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* At cū vnº ex plurib. fideiussorib. aut reis conuenitur, nō ideo soluūt ceteri, aut satisfaciunt creditori. Proinde hac cōuentione non magis liberātur, quā si creditor cū vno nō egisset. Huic parti duo loci opponuntur. Primū † *l. 2. ff. de duob. reis.* vbi definitione de duobus reis promittendi & stipulandi simul cōcepta, vt diceretur, ipso iure & singulis in solidū deberi, & singulos debere: subiicitur, quod videatur necesse esse in cōe ad vtrosq; reos, de quibus propositū erat, pertinere: ideoq; petitione, acceptilationeque vnius tota soluitur obligatio. Quæ verba si, vt dixi, ad vtrosq; pertinent, nempe illa, *petitione vnius*, sic erūt accipienda, vt sit sensus, *siue vnus ex reis stipulandi petat, siue ab vno ex reis promittendi petatur.* Hoc aūt posterius cōtrariū huic loco. Sed sciamus petitionē vnius, quæ in superiore definitione nominatur, nō posse referri nisi ad petitionē vnius ex reis stipulādi. Petitio creditoris est, nullo modo debitoris. Eius. n. petitio esse dicitur, q petit, atq; is est creditor. A quo aūt petitur, q idē debitor est, nō dicitur eius petitio esse, sed ab eo esse petitio, quia scilicet alius ab eo petit. *l. via. ff. de serui.* Sic ergo dicitur vnius ex duobus reis petitione totā solui obligationē, vt intelligatur, vno ex duobus reis stipulandi petēte debitorē huic vni incipere debere, simul ab altero liberari. quod & verum est. *l. ex duobus. 16. ff. de duob. reis.* quasi scilicet vnus agendo atq; ita iudicio contrahendo, nouā in se obligationē transtulerit iudicati. *l. 3. §. idem scribit. ff. de pec.* Quod certe nō contra idem valet, cum ab vno ex duobus reis promittēdi petitur. Neque enim litis contestatio deteriorem agētis conditionem facit, sed meliorē. *l. non solet. l. nemo enim. ff. de reg. iur.* Faceret autem hic deteriorem, si vno cōuēto desineret alter teneri actori, cui prius tenebatur. Et vero vno ex duobus reis debendi conuento alterū non liberari, diserte scriptū est *in d. l. 1. §. si apud. ff. dep.* Sed de hac re scripsi plura supra tit. *de duob. reis stip. & prom. c. VIII.* Obstat preterea huic parti. *l. si per imprudentiam. §. vlt. ff. de euict.* vbi hæc verba sūnt: *Si plures mihi in solidū pro euictione teneantur* (qui plures sunt ex hac caussa debēdi rei) *deinde post euictionē cū vno fuero expertus, si agā cū ceteris, exceptione me esse repellendū, Labeo ait.* Dicendū † est referri illic Labeonis sententiā, 3
sed non probari. idque intelligi ex *l. 3. & l. seq. ff. de his qui deie. vel eff.* Nam cū *in l. 3.* ex Vlpiano scriptū esset, vnū ex duobus reis debēdi cōueniri in solidū posse, & eo cōuento ceteros liberari; subiecta est correctio ex Paulo his verbis, perceptione, nō litis contestatione. Idem ergo & sententiæ Labeonis superiori subiiciendum est. Idque eo magis facere debemus, quod Iustinianus noua constitutione hoc temperamentum confirmauit *in l. vlt. j. hoc. tit.*

Altera † quæstio est, *si creditor cū vno ex fideiussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte tantum egerit, an ea res prosit conuento, vt in reliquam partem liberetur; an etiam pro reliqua parte conueniri possit, vt ante petitionem.* Et generaliter probandum est, quemadmodum vno conuento ea conuentio non prodest ceteris ad liberationem: sic nec prodesse ipsi conuento, vt in eam partem, quæ ab eo petita non est, liberetur. idque efficitur eadem illa ratione, qua supra vsi sumus. Namq; qui conuenitur pro parte, solidum de- 4

buit. *l. 3. ꝟ. hoc. tit.* Non potuit igitur liberari ea obligatione, nisi aut creditori soluẽdo, aut satisfaciendo. Qui pro parte tantũ cõuentus est, is nõ ideo reliquã partẽ soluit, aut eo nomine satisfecit creditori. Nõ est igitur in eã partẽ liberatus, nõ magis quã ante. Hæc sentẽtia de vno ex duobus reis pro parte cõuento posita est *in l. si ex toto. §. 1. ff. de leg. 1.* De vno autẽ ex pluribus fideiussorib. cõuento colligitur ex *l. inter eos. §. 1. ff. eo.* Id adeo verũ est, vt quãuis creditor ab vno partẽ petierit, & partẽ ẽt sit cõsecutus, nihilominus ab eodem possit reliquã petere eadẽ cõditione, vt ante potuit, vt superioribus duobus locis diserte cõprehensum est. Sed in hac parte aliquid inter plures debendi reos, & plures fideiussores interest. Nã cũ vnus ex pluribus reis partẽ soluit, interdũ grauius tenetur, quã vnus ex fideiussoribus, qui itidẽ partẽ soluit; interdum tenetur leuius.
5 Grauius † in eo, quod cũ is partẽ creditori simpliciter soluit, nihilominus creditor alterã partẽ ab eo statim põt petere. neq; distinguitur, vtrũ alter ex correis soluẽdo sit, an nõ sit; quoniã singuli in solidũ tenẽtur, neque diuiditur actio inter eos, nisi si id actũ est. *d. l. si ex toto. §. 1. ff. de leg. 1.* At fideiussor, q partẽ soluit simpliciter, ita demũ in reliquã partẽ cõueniri põt, si ceteri fideiussores soluẽdo nõ sint. Nã cũ alter soluẽdo est, diuiditur actio inter eos, qui soluẽdo sunt ex epistola D.
6 Hadriani. hoc *in d. l. inter eos. §. 1. ff. eo.* E † conuerso est, vbi vnus ex pluribus debẽdi reis teneatur leuius. Nã si partẽ creditori soluit non simpliciter, sed nominatim ꝓ sua ꝑsona vel suo nomine, & creditor ita solutionẽ admisit, deinceps ex alterius rei ꝑsona in reliquã partẽ cõueniri nõ põt. idq; est, quod cõprehensum est *in l. si creditores. ꝟ. de pact.* Fideiussor cõtra quantũuis suo nomine se dicat partẽ soluere, & creditor ita accipiat, nihilominus in reliquã partẽ cõueniri põt, si alter ex fideiussoribus soluẽdo nõ sit, *vt est in d. l. inter eos. §. 1. ff. eo.* De duobus aũt reis debẽdi, nõ de duobus fideiussoribus agi *in l. si creditores. ꝟ. de pac.* intelligitur ex verbo *admisisse*, quo rescriptũ vtitur. Proponũtur creditores admisisse vnũ ꝓ sua persona soluentẽ. Nõ additur vnũ ex reis, aut fideiussoribus. sed nihilominus reos intelligimus, nõ fideiussores; quia eũ solũ soluẽtẽ admittere dicimur, quẽ volẽtes admittimus, & a quo partem oblatã, si vellemus, accipere nõ cogebamur. quod tũc solũ fit, cũ sunt plures debẽdi rei. Nã ab vno ex fideiussorib. partẽ accipere creditor cogitur, si oẽs sint soluẽdo. *§. si plures. Inst. eo.* Quæritur differentiæ ratio. Est in ꝓmtu. nã cũ vnus ex pluribus debẽdi reis dicit se pro sua persona soluere, hoc dicit, se nolle amplius ꝑsonã suã teneri soluta parte. Quẽ ita soluẽtẽ cũ creditor admittit, nempe cõsentit, vt is amplius nõ teneatur. Hic cõsensus pactũ habet de reliqua parte nõ petẽda. Hoc pacto debitor, qui partẽ soluit, liberatur. Cũ aũt fideiussor partẽ soluit pro sua persona, tametsi idẽ dicere intelligitur, quod supra, nimirũ velle se suã personam obligatione eximi; tamẽ creditor vt eã partẽ tantũ ab eo accipiat, nõ cõsentit: quippe quã ideo accipit, quia accipere cogebatur, nõ quia vellet quidquã remissum. Nã ꝙ quis facere necesse habet, non intelligitur in eo voluisse esse liberalis. *l. rẽ legatã. ff. de ad. leg.* In q̃ sentẽtiã totã disserui plurib⁹ vt in loco ad *d. l. si creditores.*

Interim hoc hactenus reorũ & fideiussorum plurium manet commune, vt si creditor ab vno partẽ petierit tantum, non prosit ea res conuento, quo minus idem ipse in reliquam partem conueniri possit, vti
7 ante petitionem partis poterat. Verumtamen † hoc sic accipiendum erit, si creditor cum vno tantum ex fideiussoribus egerit pro parte. Diuersum est, si cũ omnibus fideiussoribus simul egerit, cũ singulis aũt pro parte, atque ita inter fideiussores actionem suam diuiserit. Hoc enim cum fecit, amplius post litis contestationem vnum vltra partem, quam ab eo semel petiit, conuenire non potest, etiamsi reliqui soluendo non sint. hęc sententia est *l. liberum. ꝟ. hoc tit.* Illic enim ita scriptum est, post litis contestationem diuisam actionem instaurati iuris ratio non patitur. Diuiditur actio creditoris, cum aduersus omnes fideiussores ꝓ parte agitur, & ita actio tota in iudicium deducitur diuisim, vt colligere licet ex *l. inter eos. §. 1. & §. pen. l. amissi. §. 1. D. eo. & l. fideiussor. ꝟ.* Instaurari actio dicitur, cum ab eo, qui pro parte conuentus erat, solidum petitur ex persona eorum, qui soluendo non sunt. Hoc fieri ius vetat, vt est *in dict. leg. liberum.* Proinde † 8
hoc vetare intelligitur, ne quisquam eorum, qui pro parte initio conuenti sunt, vltra eam partem postea conueniatur. Hæc sententia dubitationem non habet, cũ omnes fideiussores inter quos actio diuisa est, tempore litis cõtestatæ fuerunt soluendo. Nam ex epistola D. Hadriani inter eos, qui tempore litis contestatæ soluendo sunt, actio & obligatio diuiditur. *l. 3. in fi. ꝟ hoc. tit. dicto. §. si plures. Institut. eodem.* Beneficium iuris hoc modo fideiussoribus singulis quęsitum nullo euentu his auferri potest. Idcirco si inter fideiussores, qui soluendo erant, diuisa actione quidam postea soluendo esse desinant, ea res ad onus eorum, qui soluendo sunt, non pertinet, vt est Papiniani responsum *in dict. leg. inter eos. §. pen. D. eo.* Sed res non caret dubitatione iusta, si creditor diuiserit actionem inter eos fideiussores, qui tempore litis contestatæ soluẽdo nõ fuerunt. Nam inter eos ex epistola D. Hadriani actio non diuiditur, vt videtur: cũ iubeatur inter eos tantũ diuidi, qui soluendo sunt. Rursum creditor partẽ petendo a singulis, non ideo pacisci intelligitur, ne a singulis reliquam partem petat. quo fit, vt non videatur prohiberi partem reliquam a singulis petere, etiam post litem cum singulis pro parte contestatam.

Sed † nihilominus & hoc verum est, diuisa inter fideiussores actione, id est, omnibus conuentis, & singulis pro parte, sic inter eos actionem diuidi, vt non magis ab vno reliqua pars peti possit, quã peti posset, si omnes soluendo fuissent tempore litis contestatæ. 8
Id non obscure colligitur ex *l. amissi. §. 1. D. eod.* Illic ita Papiniani responsum est; si ex persona pupilli tutoribus auctoribus cum pluribus fideiussoribus, qui pupillo obligati erant, actũ sit iudicio, & diuisa inter eos actio, cum quidam ex illis soluendo non essent tempore litis contestatæ: posse minorem in integrum restitui aduersus eum, qui soluendo erit, vt in eam partem conueniatur, in quam reliqui soluendo nõ sunt. Cũ Papinianus dicit pupillũ in integrũ restitui posse, satis significat eum iure communi aduersus eum, qui soluendo est, agere non potuisse. Quoties enim minor iure communi, & auxilio ordinario munitus est, cessat in integrũ restitutio, *l. in caussa. 2. ff. de minor.* Ergo maior creditor si idem fecisset, nullum remediũ iure haberet aduersus eum, qui esset soluendo. Id etiam satis aperte colligitur *dict. leg. liberum.* Nam quæstio illic initio posita est de pluribus fideiussoribus, quorum quidam minus idonei fuerunt tempore litis contestatæ, & ante. Et rescriptũ est vnũ ex his cõueniri posse in solidum ab initio: sed semel actione inter eos diuisa, non licere post litis contestationem actionem instaurare. Refertur hoc igitur ad eos, de quibus

quæstio

quęstio posita erat, id est, ad eos qui tempore litis contestatæ soluendo non fuerunt. quib. dicimus superiorem diuisionem prodesse.

Sed aduersus hanc sententiam multa disputari possunt, quæ breuiter diluemus. Ac primum in eam rem hoc argumentum est. Si vnus ex pluribus fideiussoribus pro parte conuentus in reliquā partē liberatur, vt deinceps de ea conueniri non possit; necésse est aut iure liberetur, aut creditoris conuentione. Neutrum esse reperietur. Non liberatur iure ciuili. nam singuli hoc iure solidum debent. *leg. 3. s. eo.* Non ex epistola D. Hadriani. nam ex hac epistola diuiditur acti o tantum inter eos, qui soluendo sunt. *d. l. 3. s. §. si plures. Inst. eod.* Nos autem agimus de his, quorum quidam soluendo non fuerunt tempore litis contestatæ. Rursum nō liberatur fideiussor pro parte tantum conuentus creditoris conuentione. Non enim si creditor partem petiit a singulis, ideo cum singulis pacisci intelligitur, ne reliquā petat, vt iā dixi. argumēto est, quod si creditor ab vno solo petierit partem, nō ideo is in reliquā partē liberatus intelligitur, vt supra docuimus. Quapropter ne tunc quidem liberabitur; cum creditor non cum vno tantum egit, sed egit pro parte cum omnibus.

9 Respondeo; † cum creditor partem petit eodē tēpore a singulis fideiussoribus, fateor, singulos consensu creditoris in alteras partes non liberari; certe de eo consensu nihil probare. Sed liberantur ex epistola D. Hadriani, quoties creditor inter fideiussores diuisit actionem: non quidem verbis epistolæ, sed sententia. Nam epistolæ verba cogunt solum diuidi actionem, cum fideiussores soluendo sunt, non autem cum soluendo non sunt. Sed si nihilominus creditor sua spōte actionem inter eos diuiserit, sententia epistolæ est, vt omnes pro parte tantum deinceps teneantur, quāuis ab initio non omnes soluendo fuerint; quia creditor actionem inter fideiussores diuidendo solidi petitioni renuntiarit. Colligitur hæc sententia hoc argumēto. Nam si creditor coactus diuiserit actionem inter eos, qui soluendo erant, non potest postea ex epistola vnum ex his in solidum cōuenire, quamuis alter desinat esse soluendo. Ergo multo minus poterit vnū cōuenire in solidum, vbi sua sponte non coactus diuisit actionem inter eos, qui iam tum soluendo non erant. Nec in eo fit creditori iniuria, atque adeo nullum damnū eius esse videtur, si sua culpa damnum sentit, vt est regula iuris. *l. quod quis ex culpa. D. de regulis iuris.* Nunc autem certa culpa eius id accidit. Nam si sciebat aliquos soluendo non esse, cur non conuenit in solidū eum, qui soluendo erat? si ignorabat aliquos soluendo non esse; tamē fuit in potestate eius vnum quemlibet in solidum conuenire. nec cogitur ceteros conuenire pro parte, nisi is fideiussor, qui in solidum cōuenitur, id postulet, vt fiat periculo suo. *l. si dubitet. 10. in pr. D. eo.* Id si non fecit creditor, de se queri debet. Confirmatur hæc sententia verbis *leg. liberum. supra.* Nam cum illic diceretur diuisam actionem instaurari non posse, ratio hæc addita est, non quia creditor consenserit, sed quia iuris ratio id non patiatur.

Secundum argumentum aduersus superiorē sententiam hoc est. Cum sunt duo fideiussores, puta, Primus & secundus, ac secundus soluendo non est, si creditor eum vtroque pro parte agat, & volumus Primū non posse conueniri ex persona Secundi, qui soluendo non est: necesse est Primum pro ea parte liberari aut ex persona sua, quia ipse pro parte conuentus sit: aut ex persona Secundi, quia Secundus pro parte fuerit cōuentus. Atqui non liberatur Primus, quia sit tantū cōuentus pro parte. Nā si solus conuentus esset pro parte, nō ideo in reliquam partem liberaretur, vt supra docuimus ex *l. inter eos. §. 1. D. eo.* Non debet etiā liberari pro altera parte, quia Secundus pro ea partē conuentus sit. Quippe electione Secundi Primus nō liberatur, & generaliter vnius electione non liberantur ceteri, si is qui electus est, non satisfaciat, vt in hac *l. reos.* diserte cōstitutum est. Quare primus in proposito nullo modo pro reliqua parte Secundi liberatur. Respondeo, sic res habet: neque Primus ideo liberatur, quia cum ipso pro parte actum sit, neq; ideo, quia Secundus in reliquam partem sit electus. deniq; neq; consensu creditoris liberatur, neque Secundi fideiussoris electione. Sed liberatur propter diuisam a creditore actionem, quia hanc diuisionē ius ratam habet, quasi actione diuisa solidi petitionem ille remiserit, vt dixi.

Tertium & postremum in eandem sententiam argumentum hoc est, creditor antequam litem cum omnibus fideiussoribus contestaretur pro parte, potuit vnumquemlibet ex his in solidum conuenire, si ceteri idonei non essent. *l. liberum. in pr. s.* Ergo & post litem cōtestatam poterit, quamuis inter eos diuiserit actionem litem contestando: quoniam nemo litem contestando deteriorem suam conditionem facit, sed meliorem. *l. non solet. l. nemo. enim. ff. de regul. iuris.* Respondeo: quod creditor post diuisam inter fideiussores actionem non potest amplius vnum in solidū cōuenire, non fit propter litis contestationem; quæ reuera nunquam nocere solet. sed fit, vt iam dixi, propter diuisionem actionis; quæ tamen diuidi non potest, nisi litem cum singulis creditoribus pro parte cōtestando. Ita rata erit hæc sententia, diuisa inter plures fideiussores actione, id est, omnibus pro parte virili conuentis, non posse deinceps vnū ex fideiussoribus in solidum conueniri ex persona eorum, qui soluendo non sunt, siue tempore litis contestatæ omnes soluendo fuerint, siue iam tum quidam ex his soluendo non fuerint.

*L. Fideiussoris. XXIIII.*

Iidem AA. & CC. Pergamio.

*Fideiussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem vtrisque succedat, intercessionis obligatione finita, velut principalis tantum debitoris heres conueniri potest S. 11. Kal. Ian. CC. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Cum fideiussor debitori, aut debitor fideiussori, aut vnus & idem vtrique succedit; toties vnam tolli obligationem, & eam fideiussoriam, non principalem: & cur ita vtrumque.*

Fideiussore mortuo etiam heres ex caussa fideiussionis obligatur. *§. fideiussor non tantum. Inst. eodem.* Hoc ita est, nisi hic heres sit heres debitoris eius, qui fideiussori suo prius successerat. Nam & hic heres vt debitori, ita per interpositam personam debitoris fideiussori quoque heres est. *leg. 2. l. 3. Digest. de her. pet. l. vlt. s. de her. inst.* Nunc † autem quoties aut fideiussor debitori principali, aut debitor fideiussori, aut qui idē valet, vnus idēq; fideiussori & debitori succedit; toties altera obligatio tollitur, quoniā necesse est natura diuersos esse, eū q fideiubet pro aliquo, & eum pro quo fideiubetur. *l. heres. §. seruo. Digest. hoc. tit.* Vtra igitur obligatio tollitur, fideiussoria, an principalis? Placet 1

fideiussoriam obligationem perimi, principalem manere. *d.l.heres.§.seruo.l.Stychum.§.quod vulgo.D.de sol. & hoc loco.* Et recte. nam si principalem perimi vellemus, eadem opera accideret, vt tolleretur & accessoria. *l.in omnibus speciebus. Dig. de solut.* Itaque vtraque perimeretur cum summa iniuria creditoris. Nos autẽ vnam saltem manere volumus.

*L.Pignoribus.XXV.*

Iidem AA.& CC.Philippo.

*Pignoribus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis interuallum residuum a fideiussore creditor petere prohibetur. S.6.Cal.Ian.CC.Coss.*

CReditor parte debiti soluta, res quas pignori obligauerat, vendidit, nõ consentiente debitore. Deinde res ab emtoribus possessæ lõgo tempore aduersus creditorem vsucaptæ sunt, iuxta *l.1.& leg.2.supra.si aduer.cred.præs.oppo.* Pignore liberato quæritur, an liberentur quoque fideiussores pro eo quod reliquum debetur. Rescriptum est, vno genere cautionis soluto, non ideo fideiussores liberari. de qua re diximus ad *l. etiamsi.s.hoc tit.*

*L.Sancimus.XXVI.*

Imp.Iustinianus A.Iuliano præfecto prætorio.

*Sancimus, si quis pro alio spoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, vel certam quantitatem pecuniarum pro eo inferat, & tempore statuto iam effluente non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas, inferre, sed competere quidem post temporis lapsum omnimodo, pœnalem actionem: non autem statim summam, pro qua fideiussor admissus est, profligari. Sed siquidem vsque ad sex mensium spatium tempus statutũ sit, aliud tantum ei indulgeri sancimus, intra quod si possit personam exhibere, & eam tradere, pœna sit liberatus.&c.*

SVMMARIA.

1 *Summa constitutionis.*
2 *Singularia constituta hac lege, & constituendi ratio.*

1 PRomisit aliquis se alium iudicio stiturum intra certum tempus; & nisi stitisset, promisit pœnam, vt est species *leg.quoties quis.81.Digestis.de ver.obl.* Intra tempus stipulatione constitutum pœnam peti non posse semper constitit, siue is, de quo agitur sisti adhuc possit, siue non possit, & quidem culpa promissoris. *leg.si eum.§.1.Digestis.si quis caut.* Tempore constituto transacto, an pœna statim peti possit, quęsitũ est. Olim potuit, nisi quod liberari potuit promissor, si post tres pluresue dies sisteret iudicio eũ, quẽ oportebat, & nõ fecisset actoris ius deterius. *l.etsi post tres.ff.si quis caut.* Hic constitutũ est, nõ statim pœnã peti posse. Estq; totius constitutionis hæc definitio. Nam si is, de quo sistendo agitur, viuit, Iustinianus post tempus conuentione comprehensum etiam aliud adiecit legitimum, intra quod adhuc promissori hominem sistere & exhibere liceret. Id tempus est sex mẽsium, si stipulatione sex item menses dati erant, aut longius tempus quã sex mensium. Quod si infra sex mẽses tempus conuẽtione cõstitutum sit, Iustinianus nihil expressit, quod tempus hic insuper vellet adiici. Sed bene Accursius colligit ex sententia legis tempus conduplicari. Præterea intra hoc legitimum tempus, quod a Iustiniano adiici diximus, non solum is permisit promissori ad liberationem hominẽ sistere, seu exhibere; sed etiam fecit ei potestatem eius nomine defensionem suspiciendi; vt siue eũ exhiberet, siue eum defenderet, pœnã nõ deberet: dũmodo nõ conuenisset nominatim ab initio, ne eũ, de quo agitur, defendere liceret. In hac defensione hoc adiecit, vt si promissor absentis defensionẽ suscipit, sciat sibi postea liberum non esse eum hominẽ exhibere, sed debere ipsum in ea defensione ad extremum perseuerare. Hæc, vt dixi, si is qui sisti debuit, adhuc viuit. Quod si mortuus est; si quidẽ intra tempus stipulatione constitutum, promissor liberatur. sin post id tempus, statim pœna committitur, & statim a promissore exigi potest. Hæc † summa 2 constitutionis. in qua duo singularia notanda sunt. Primum illud, quod Iustinianus nouum spatium promissori dedit ad hominem exhibendum, & pœnam euitandam. Nam ante vbicunque intra certum tempus quid fieri promittitur, & nisi factum sit, promittitur pœna, sic ius fuit perpetuum, vt si factum non esset, quod debuit, ita pœna committeretur, vt eam postea purgare non liceret ad pœnam euitandam. *leg. traiectitiæ. Digestis. de obligat. & act. leg. magnam. sup. de cont. stip.* contra quam Iustinianus in hac specie constituit. Constitutionis ratio & æquitas hæc videri potest, quod difficile sit homines sistere, & multæ caussæ incidant, propter quas sisti non possint, etiam cum maxime promissor voluerit, & dederit operam, vt sisteret. Itaque hanc difficultatem leniit Iustinianus longiore tempore ad exhibendum constituto. Alterum illud singulare, quod intra tempus legitimum a se cõstitutum fecit potestatem promissori suscipiendæ defensionis absentis. Nam alioqui ita ius est, vt q̃ pmisit se aliquem stiturum, eum sistendo, id est, faciendo, quod ꝑmisit, liberetur: aliud aũt faciendo, & generaliter aliud pro alio soluendo promissor inuito creditore liberari non possit. *leg.2.§.1.Digestis.si cer.pet.* Cur ergo Iustinianus hic contra constituit aduersus creditorẽ? quia hoc constituto, non ideo videtur creditori fieri iniuria; sed potius id præstari, quod ꝑmissum est, si spectamus id quod actum fuit, id est, mentẽ, & propositum contrahentium. Nam ideo promittitur quis sisti, vt sit creditori eius conueniendi, & cum eo iudicio agendi copia. satis autem cõueniri videtur, qui aut per se defenditur, aut per alium, qui condemnatus iudicatum faciet. *leg.2.ff.quib.ex caus.in poss.eat.* Quod Iustinianus constituit, vt homine, de quo agitur, intra tempus conuentionale defuncto liberetur promissor; & hoc item ius vetus est. *l.si decesserit.ff.qui satis.cog.* cuius ratio redditur *in l.si homo.ff.de verb.obl.* Quod constituit, vt homine post id tempus defuncto statim pœna peti possit, habere potest dubitationem ex præcedentibus partibus huius constitutionis. Quæritur enim, quare & in hac caussa Iustinianus non conduplicauerit tempus, vt fecit, cum is homo de quo agitur, adhuc viuit. Sed ratio non est obscura. Quippe nequidquam in hac specie tempus nouum daretur. Nam prius dabatur tempus nouum eius hominis exhibendi, aut defendendi gratia. Inepte detur hoc tempus eo homine iam mortuo: cum mortuus neque exhiberi, neque defendi possit.

*L.Si fideiussor.pen.*

Idem August.Ioanni præfecto prætorio.

*Si fideiussor nullã quidem cautionem faciat, ostendat se fideiussorem exstitisse, præsentibus autẽ tabulariis hoc confessus est, ꝙ in fide sua, eũ suscepit: Dubitabatur a Palæstina*

*iustitia aduocatione; vtrumne post duos menses liberetur, quasi sine scriptis fideiussione facta, secundum generalia edicta sublimissimæ prætorianæ sedis: an, vtpote scriptura interueniente, teneatur. Et diuisio alia introducebatur, si idem iuris esse debeat tam in publicis caussis quã in priuatis &c.*

IN præfectura Ioannis præfecti pretorio hæc lex seruabatur, vt si fideiussor promisisset aliquem iudicio sisti; si quidem & scriptis interuenientibus, perpetuo teneretur; sine scripto autem liberaretur post duos menses. Hoc iure posito, ex facto quæsitum est. Fideiussor promisit alium iudicio sisti sine scriptis. Postea apud tabellarium confessus est se id promisisse, & eius confessionis instrumentum factum est. Quæstio, *an hic videatur in scriptis promisisse, an sine scriptis?* vt sic intelligamus, *an is ad legem suprascriptam pertineat, an non pertineat.* De ea re hic ita cõstitutum est; siquidem de caussa ciuili agatur, videri fideiussionem sine scripto factam, vt scilicet initium spectemus. ideo fideiussorem secundum legem suprascriptam post duos menses non teneri. Sin in caussa criminali idem factum sit, videri contra fideiussionem in scriptis factam, vt sic fideiussor perpetuo teneatur: quia res pendi debeat ex contestatione sequente, non ex eo quod ab initio factum sit. Cur hæc tam varie, cum vtrobiq; factum sit idem? Ait Iustinianus, id se propter vtilitatẽ publicam in caussa criminali constituere. Quænam ergo ista est necessitas, & vtilitas publica, quam intelligit? Ea est, quam dicimus in persecutione delictorũ versari. Reipublicæ enim interest delicta non manere impunita. Pertinet id ad vigorem disciplinæ publicæ, propter quam vtilitatem multa iure ciuili contra regulas communes iuris recepta esse constat. *l. ita vulneratus. vers. quod si quis. ff. ad leg. Aquil. l. locatio. §. quod illicite. ff. de public.*

*L. Generaliter. vlt.*

Hæc lex exposita est ad *l. reos. s. hoc tit.*

*LIBERATIONVM DIVISIO, HArum, Genera, & sequentium duorum titulorum argumentum, ac sedem in hoc genere indicans.*

SVMMARIVM.

1 *Ipso iure tolli obligationem quid.*
2 *Liberationum quæ ipso iure contingunt, genera.*
3 *Solutio.*
4 *Compensatio.*
5 *Obsignatio.*
6 *Nudo consensu quæ tollantur obligationes.*
7 *Nouatio.*
8 *Acceptilatio.*
9 *Mutatione prioris status obligationis quibus modis tollatur obligatio.*
10 *Confusio.*
11 *Interitus rei debitæ.*
12 *Duarum caussarum lucratiuarum concursus.*
13 *Tempore quæ, & quomodo finiantur, obligationes.*
14 *Pacto obligationem ad tempus constitui non posse ipso iure.*

DIximus ad titulum *de exceptionibus. supra*, liberationum genera summa esse duo: aut enim ipso iure liberati debitores, aut per exceptionem. Quibus modis liberetur quis per exceptionem, illic indicauimus. Sequuntur liberationes eæ, quæ ipso iure contingunt. quo ex genere sunt hæ, de quibus proximis tribus titulis agitur. sed paucæ ex innumeris. Plures Iustinianus *in Institut. tit. quib. mo. tol. obl.* hoc argumentum ex professo tractans complexus est. Non plures tamen, quam quæ ex voluptate reorum cõtingunt: ac ne eas quidem omnes. Quas vt esset complexus; non tamen haberemus omnes species huius generis. sunt enim non paucæ, quæ & sine voluntate reorum eueniunt. Quare cum de liberationibus sint hi tituli, qui sequuntur; ne quis iam ab initio eo numero deceptus in his generibus versari omnes liberationes existimet; simul vt monitus longe plura genera esse, hæc ipsa quæ sunt, iam ante animo prospicere possit, & videre, istæ quę sequuntur, ad quod ex his genus referri debeant; recte fecerimus, si initio liberationum omnium istarum, quæ iure ipso obligationem tollũt, genera eorumque generum species breuiter complectamur. Id ita commodissime consequi posse videmur.

Ipso † iure liberatio est, cum qua obligatione prius tenebatur debitor, ea ita tollitur verbis ipsis legis, vt nulla amplius supersit. Tollitur † hoc modo iure cõ omnis obligatio dupliciter. Aut enim soluitur eorũ facto, ad quos ea res pertinet: aut his etiam inuitis sua spõte exstinguitur. Prioris generis sunt eæ liberationes, quæ sequentibus titulis exponuntur. Posterius genus, vt dixi, totum & hoc loco, & in Institutionibus in hoc argumento prætermissum est. Facto reorũ obligatio partim solutione tollitur, partim dissoluitur consensu. Solutio † est præstatio rei debitæ. *l. solutam. D. de solut.* Hac præstatione maxime naturaliter tollitur omnis obligatio. *Instit. quib. mo. tol. obl. in principio.* Nam obligatio omnis huc spectat, vt aliquid præstetur, vt declarat obligationis definitio. *Institutio. de obl. in princip.* Ita hoc præstito obligationi satisfactum est. Solutionem cum dicimus, etiam eas species volumus intelligi, quæ solutionis vicem habent. Hæ duæ sunt: Compensatio, & Obsignatio pecuniæ debitæ. Compensatio † est crediti & debiti inuicem contributio. *l. 1. ff. de compens.* Hæc ita fit, cum ex duobus, quorum vterque & debitor est & creditor, vnus debitum cum credito contribuit. Hoc modo iure ipso tollitur obligatio: non alia de caussa, quam quod compensatio pro soluto habetur, vt est *in l. 4. sup. de compensatio.* Et recte habetur. sic enim debitor compensare intelligitur, cum quod a creditore suo sibi debitũ exigere poterat, id apud eum esse vult pro soluto. quod perinde est, ac si id a creditore exegisset, & acceptum illi soluisset. Hic ordo naturalis futurus erat: sed celeritate actionum coniungendarum hic circuitus vitatur, iuxta *l. 3. §. vlt. ff. de don. int. vir. & vx.*

De † obsignatione est *in l. obsignat. j. de sol.* vbi dicet. Sine solutione consensu dissoluitur obligatio, cum id agitur, vt ab obligatione discedatur: siue vt qui tenebatur, amplius non teneatur. Id contingit alias nudo consensu; alias cum legitimus aliquis actus ad consensum accesserit. Nudo † seu solo consensu obligationes dissoluuntur, quæ consensu contractæ erant, cum id agitur rebus adhuc integris, vt ab obligatione recedatur. Huiusmodi contractus sunt, emtio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum. De hoc genere est *in §. vlt. Inst. quib. mo. tol. obl. l. ab emtione. D. de pact.* Hoc modo ceteræ obligationes nõ tolluntur. Vetat regula iuris, quæ dictat, secundum naturam esse vnumquodq; dissolui eo modo quo colligatum est. *l. nihil tam naturale. l. fere. quibuscumque. Dig. de reg. iur.*

Sed tolluntur tamen & ceteræ obligationes consensu, cum ad consensum idoneum aliquid, quod valeat ad liberationem, accesserit. Quam ad rem recepta sunt genera duo, Nouatio & Acceptilatio. In quibus præter consensum licet obseruare hæc, quæ confirment liberationem; partim obligationem nouam, partim verba, partim litis contestationem. de quibus postea suis locis. Nouatio † est prioris obligationis in
7 aliam transfusio. *l. 1. De nouat.* Vel hinc intelligitur sic nouatione nasci nouam obligationem, vt simul tollatur prior translata in posteriorem. *d. l. 1. l. 2. Digest. de noua.* De hoc genere est *in §. præterea. Instit. quib. mod. tol. obl.* De eo dicemus amplius ad titulum proximũ *De nouat.* Acceptilatio † est verborũ conceptio, quib.
8 creditor a debitore interrogatus, an quod sibi debetur, acceptum habeat, acceptum ferat, respondet se acceptum habere, acceptum ferre. Hoc modo non omnes obligationes tolluntur, sed quæ verbis, id est, stipulatione contractæ erant. idque efficit eadem illa regula iuris, quam ante dixi. *d. l. nihil tam naturale. D. de reg. iur.* De hoc genere est *in §. item per acceptilationem. Inst. quib. mod. tol. obl.* Et de eo non nihil amplius attingemus ad tit. *De accept. inf.*

Non solum a consensu tollitur obligatio; quod fit superioribus modis: sed etiam inuitis & ignorantib. iis, ad quos ea res pertinet: quod erat alterum genus iustæ liberationis. Hoc modo exstinguitur obligatio dupliciter. Nam aut mutatione prioris status intercidit, aut finitur tẽpore. Liceat .n. nobis hoc loco breuitatis caussa amissionem rei, quæ saluo corpore contingit, ad mutationem prioris status referre, vt interitu rei contineatur: etsi in iure quoque harum rerum nonnihil interest. Neq; enim nunc omnia genera liberationum exacte persequimur: sed tantum genera summa leuiter indicamus, plenius alias de his & subtilius suo loco per opportunitatẽ dicturi. Mutatione
9 † prioris status intercidit, quoties res redit in eum casum, a quo incipere nõ potest. quæ perpetua iuris definitio est in obligatione ex contractu. *l. pro parte. D. de seruit. l. existimo. D. de verb. obl.* Nulla ab initio contrahi obligatio aut consistere potest sine personis debitoris & creditoris, inter quas contrahatur: nulla sine re, quę deducatur in obligationem: nulla sine eo, vt quid inde creditori acquiratur. Proinde siue personæ istæ postea esse desinant; siue desinat esse res, quæ possit deberi; siue iam inde creditori nihil acquiri possit obligatio sua sponte ex euẽtu intercidit, rediẽs in eum casum, a quo incipere nõ poterat. Hinc hæc genera liberationum nata, vt exstinguatur obligatio; a personis, confusione; a rebus, interitu rei debitæ; a potestate acquirendi, dominio rei debitæ creditori quæsito.

10 Confusio † est, cum creditor debitori, aut debitor creditori suo succedit. *l. debitori. sup. de pact. l. Stychum. §. aditio. Dig. de solut.* Hic confundi obligatio dicitur, quia cõcurrunt in vnam personam obligatio & actio, in qua persona & hæc confunduntur, cum scilicet idem creditor esse incipit, & simul debitor. quod natura nõ patitur. Ex quo euenit, vt obligatio hoc modo exstinguatur.

11 Interitu † rei debitæ, qui sine culpa & mora debitoris contigerit, omnis debitor liberatur. *l. si ex legati. D. de verb. obl. l. quod te. D. si cert. pet.* Hoc ex eo, quod sine re ab initio consistere non potuit obligatio. quo fit, vt ea re sublata res redeat in eum casum a quo incipere non poterat, ac proinde tollatur. *§. item contra. Institu. de inutil. stipulat.* Si culpa debitoris res pereat, vel quia rem debitã occidit, vel quia mora ab eo facta est, quominus eam recte daret: perinde tenetur, quasi res exstaret. *d. l. si ex legati. & l. seq. l. nemo. §. 1. ff. de ver. ob.* Interitum rei cum dico, non tantum intelligo naturalem interitum; sed & ciuilem, cum res debita ex hominum commerciis eximitur. *d. §. item contra. Inst. de inut. stip. l. inter. §. sacram. ff. de verb. oblig.*

Dominio † rei debitæ creditori quæsito eadem de caussa obligatio exstinguitur; quia ab initio res nostra nobis deberi nõ potest. *Inst. de inut. stip. in pr.* Sed hoc ita temperatum est a veteribus, vt ita demũ dominio rei debitæ creditori quæsito, debitor liberetur, si res debeatur ex lucratiua caussa, eademq; ad eum peruenerit ex alia caussa lucratiua. Vt, si res aliena ei legata sit testamento alicuius, deinde sit donata a domino: heres is, a quo legata erat, ipso iure liberatur. *l. omnes debitores. ff. de obl. & act. §. si res aliena. Inst. de leg.* Quod si res ex caussa lucratiua debita, peruenerit ad creditorem ex alia caussa onerosa; puta quia prius legatã, aut donationis caussa promissam ab eo, qui dominus nõ erat, postea vel emit, vel ex permutationis caussa, aut in dotem a domino accepit; debitor prior non liberatur. *l. ex promissione. ff. de obl. & act.* Idemq; e conuerso dicendum est, si res creditori emta sit, deinde ad eũ peruenerit ex caussa lucratiua. Verum hic occurritur veteribus. nam quocunque modo res debita facta sit creditoris, semper verum est, rem illi amplius dari nõ posse, atque ita rem rediisse in eum casum, a quo incipere non poterat. Cui consequens erat, etiã hoc modo tolli obligationem, secundum constitutionem illam iuris supra a nobis positam, & ab his ipsis veterib. receptam. quod illi in hoc temperamento mutant. Imo illi hic omnia secum admodum consentienter. Cum enim res ex caussa onerosa peruenit ad creditorem, perinde habetur, quasi nõ peruenisset: propterea quod creditori pro ea re aut pretium abest, aut alia res pro pretio. Sic autem definierunt iidem illi veteres, & recte, ei rem abesse videri, cui pro re tantumdẽ abest. *l. Labeo. & Sabinus. D. de verb. sig.* 12

Tempore † finitur obligatio ipso iure, cũ lege obligatio & actio ad certum tempus constituta est. exẽplo est redhibitoria, & actio quanto minoris res valuit, quam emta est; quarum illa intra sex menses: hęc intra annum datur edicto ædilium. *l. sciendum. §. vlt. D. de æd. ed.* nempe prior post sex menses nulla erit, posterior post annum. Idem accidit in omnibus honorariis actionibus ex maleficio, quæ intra annũ constitutæ, anno finiuntur. *l. in honorariis. ff. de obl. & act.* Si ab initio simpliciter actio constituatur lege, deinde aliis legibus caueatur, vt actio duret tantum ad triginta, aut quadraginta annos: sic hæc derogatio accepta est, vt posteriore lege non tollatur obligatio ipso iure post triginta aut quadraginta annos, sed tantum per exceptionem, quæ dicitur præscriptio temporis. *l. omnes. l. sicut. supra. de præsc. trig. vel quad. ann.* Scilicet quia ab initio sine præfinitione temporis obligatio constituta erat, quæ cum sit vna ex legibus prioribus, non recte videntur leges priores in ea obligatione pro parte tẽporis iuberi manere, & pro parte abrogari. Ita manent in omne tempus ipso iure; sed post tempus posteriorib. legib. constitutum exceptione opposita oblique abrogantur. Illud † monẽdi sumus, solũ hoc lege effici posse, vt constituatur obligatio ad tẽpus ita, vt transacto eo tempore finiatur. Ceterum pacto ad tempus obligatio constitui non potest, quin post 13 14

tempus

tempus iure ciuili obligatio maneat. Sed post tempus petenti obstabit pacti, seu doli exceptio. *l. obligationum fere. ff. de obl. & act.*

## AD TIT. XLII. DE NOVATIONIBUS & DECLARATIONIBUS.

SVMMARIVM.

1 *Nouatio quid.*
2 *Nouatio solum per stipulationem, & litis contestationem, non nudo consensu.*
3 *Naturalem pupilli obligationem posteriorem verbis inductam ad nouationem sufficere: serui non item: & cur.*
4 *Nouationem nullam sine animo nouandi, & eo verbis nuncupato.*
5 *Nouatio voluntaria & necessaria.*
6 *Voluntaria, quæ; & quomodo fiat tum cum debitore, tum cum extraneo.*
7 *Delegatio, quid.*
8 *Voluntariæ nouationis effectus.*
9 *Necessariam nouationē fieri lite cum vero debitore contestata.*
10 *Litis contestationem nouationem habere, & hoc quā verum sit, & quatenus.*
11 *Nouatio necessaria per litis contestationem quib. in rebus spectetur pro commodo creditoris.*

1 NOuatio, *vt supra attigimus*, est prioris debiti in aliam obligationem, vel ciuilem vel naturalem transfusio, atque translatio. sic Vlpianus *in l. 1 ff. eod.* Fit hæc translatio duab. his rebus interuenientibus: noua eiusdem debiti obligatione contracta; & interposita nouandi voluntate. *d. l. 1. ff. eo. & l. 3. in fin. j. hic.*

2 Noua † obligatio ad eam rem vtilis contrahitur aut stipulatione, aut iudicio de eadē re suscepto, seu per litis contestationem. Vnde & totidem modis dicitur fieri delegatio species nouationis *in l. de legato D. eod.* Quippe ex stipulatione nascitur actio de iure ciuili. *§. de constituta. Instit. de actio.* Iudicio autem recepto cōtrahitur sicut stipulatione. *l. 3. §. idem scribit. D. de pecu.* Solus consensus seu nudum pactum ad nouationem nihil prodest, quamuis animus nouandi accesserit; nō tam ideo, quod ex pacto non nascitur actio (quid enim, si quis hinc naturalem nasci obiiciat, quæ ad nouationem sufficit?) quam quod pacto nō tollitur obligatio ciuilis nudo consensu non contracta. *l. si vnus. §. pactus. ff. de pact.* Nouatione autem priorem obligationē tolli volumus. At potest obligatio prior tolli verbis, id est, stipulatione; quia in stipulationibus ius versatur, *vt est in d. l. si vnus. §. pactus.* Potest & iudicio propter rerum iudicatarum auctoritatem: quam seruari publice interesse putatur. *l. seruo. §. cum prætor. D. ad Treb.* Vnde hæc inter se comparantur *in d. l. 3. §. idem scribit. de pec.* Hinc extra iudicium vbique ad nouationem verba & verborum obligationem exigi, ac per hæc nouationem fieri dici videmus, *vt l. 1. l. 2. D. eo. l. 3. in fin. inf. eo.*

3 Sed † notandum, dum superiorum alterutrum interuenerit, stipulationem dico, aut iudicium; nihil referre ad nouationem, quæ obligatio noua inde contracta sit; ciuilis, an naturalis. Etiā naturalis ad eā rem sufficit. vt, si pupillus sine tutoris auctoritate nouandi animo promiserit, fiet nouatio. *l. 1. Dig. eod.* atque hoc modo res amittetur videlicet: vbi & liberabitur prior debitor nouatione, & posterior obligatio, quæ tantum est naturalis, nulla futura est, vt hoc explicatur *in §. præterea. Instit. quibus mod. toll. obl.* Additur tamen ibidem non idem iuris esse, si a seruo quis fuerit stipulatus nouandi caussa. nam tunc priorem perinde obligatum manere, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Et tamen obligantur serui naturaliter. *l. serui. Dig. de obl. & act.* Sed hoc ita est in ceteris caussis. Exceptæ sunt ceteræ, quarum adeo seruus capax nō est, vt in his nihil putetur agere, eoque nec ex his obliget dominū etiam de peculio. Hæc caussæ sunt, iudicium, compromissum, iusiurandum, intercessio. *l. 3. §. si filiusfamilias. §. si seruus. Digest. de pec.* Est autem species intercessionis pro alio obligationem in se suscipere nouādi animo. *l. 2. §. vlt. D. ad Vell. l. 1. C. eo.*

Nihil † agit ad nouationem noua obligatio de eadem re suscepta ne ciuilis quidem, nisi animus nouādi accesserit. Sine hoc nulla fit nouatio; sed posteriore obligatione secuta pro vna duæ constituuntur obligationes, vetus, & noua. *l. 3. in fin. j. hoc tit. l. 2. Dig. eo.* 4
Hunc animum magna ex parte placebat veterib. satis probari coniectura voluntatis, si in posteriore stipulatione, aut noua persona intercederet, aut aliquid rei nouæ: puta si dies aut conditio obligationi adiiceretur. Denique hunc animum coniecturis inquirebant. ex quo magnæ controuersiæ nascebantur. Quæ res præbuit occasionem constitutioni Iustiniani, quæ est *l. vltim. inf. hic.* qua omnem ansam superioribus controuersiis præcidens cauit, ne aliter posteriore obligatione interposita nouatio fieri intelligeretur, quā si nominatim dictum esset ideo adhiberi, vt nouatio fieret, qui locus explicatur pluribus *in §. præterea. Inst. quib. mod. tol. obl.*

Sed neque hæc istius animi probatio ad omnē nouationem pertinet, neque omnis nouatio ad tollendam obligationem eandē vim habet. Genera hic nobis distinguenda sunt: ex quib. quid sit proprium singulorum intelligetur. Nouatio † omnis aut voluntaria est, aut necessaria. Voluntariam quamdam esse, & hanc potissimum dici nouationem inter omnes cōuenit. an vlla sit necessaria, ambigitur. Ego esse puto, & indicari genus vtrumq; *in l. aliam ff. eo.* de quo dicam amplius suo ordine. Voluntaria † est, quæ fit libera voluntate & consensu eorum, inter quos res agitur, non vlla iudicii necessitate. Hæc aut cum debitore ipso vetere interponitur, aut cum alio debitoris obligationem in se suscipiente. Cum debitore ita, vt creditor a debitore suo idem, quod prius debuit, aut aliud pro eo stipuletur nouandi animo. Iudicio cum eo suscepto nulla fit eiusmodi nouatio: quoniā debitor a creditore suo conuentus necesse habet iudiciū suscipere, vtpote illi iure obligatus, & propter obligationē obstrictus actione. idq; est quod dicitur iudiciū reddi in inuitum. *l. inter. §. 1. ff. de verb. obl.* Cū alio interponitur nouatio, cū debitoris obligationē extraneus in se suscipit nouationis caussa. Id vero facere quiuis extraneus pōt superioribus illis duobus modis, quibus nouationem fieri posse dixi; stipulatione, & iudicio, seu litis contestatione. Stipulatione, cum stipulanti creditori promittit nouandi animo idem, quod reus debuit, aut aliud pro eo, *d. § præterea. Instit. quibus mo. toll. obl.* Iudicio, seu per litis contestationem, cum pro debitore se offert liti, & pro eo iudicium suscipit eodem animo nouandi. Hoc modo eū obligari, qui iudicium suscipit, iam dixi: cum iudicio contrahatur; *d. l. 3. §. idem scribit. Dig. de pecul.* Sed & debitorem eo facto etiam inuitum & ignorantem liberari certi iuris est. *l. solutione. 23. Digest. de sol.* Quo iure? Non du-5 6

bium, quin nouatione, cum ex præcedente caussa ita
constituatur noua obligatio, vt prior perimatur: quod
est nouationis. *l.1.ff.eod.* Et si quidem hic extraneus nō
mandante debitore vltro obligationem ita in se suscipit,
pit, nihil amplius in eo exsistere dicitur, quam noua-
7 tio. Quod † si iubente, & hunc reum creditori dante
debitore is suscipit debitoris obligationem, fit ea
species nouationis, quæ proprie dicitur delegatio. Est
enim delegare vice sua alium reum dare creditori. *l.*
*delegare. Dig. eo.* dare, *inquam*, cum effectu, vt & qui
datur, volens reus fiat, & creditor volens volentem
admittat. Nam neque delegatur quisquam inuitus,
nec nisi consentiente, & stipulanti promittente, aut
agenti respondente debitore. de quo dicetur *ad l.1.j.*
8 Nouationis † huius voluntariæ vis prope iam in-
tellecta est. Nempe obligationem nouam constituit,
& tollit priorem. *l.1.ff.eod.* Nouæ, si ciuilis est, vis ea,
quæ foret sine nouatione, vt sit nimirum actio noua
creditori aduersus eum, qui nouauit, siue is debitor
est, siue extraneus. si naturalis, totum amittitur credi-
tori. Vetus autem & prior actio ita tollitur, vt nulla
supersit aduersus veterem debitorem. qui ita libe-
ratur, vt si forte delegatio facta sit, nec soluēdo sit de-
bitor delegatus, nihilominus liberetur debitor, qui
delegauit, vt hic quoque pereat res creditori. bonum
enim nomen fecit creditor, qui admisit debitorem
delegatum. hoc *in l.inter.§.abesse.D.mand.*
9 Necessaria † nouatio est, quæ fit per litis contesta-
tionem tunc, cum iudicio agitur cum ipso debitore.
Nouationem hic fieri dicimus ex definitione: si qui-
dem hic omnia congruunt, quæ conueniunt nouati-
oni. In nouatione nouam obligationē quærimus, in q̄
deducatur prior. Et hæc noua iudicio contrahitur de
ea ipsa re, q̄ prius debebatur, q̄ & ipsa deducitur in iu-
diciū. *l.3.§.idē scribit.ff.de pecul.* Nouatione sic noua
cōstituitur obligatio, vt prior perimatur. Hoc & in li-
tis cōtestatione cū debitore interposita accidit. Fit aūt
& hoc a creditore animo nouādi, vt paulo post vtrū-
que ostēdemus. Nihil igitur hic deest ad nouationē.
Quod si hic nouatio est, nō pōt, qn sit necessaria: quo-
niā, vt ante dixi, iudiciū cū vero debitore institutū tale
est, quod reddatur in inuitū: proinde tale, ꝙ debitor
inuitus suscipere necesse habeat. *l.inter.§.1.ff.de verb.*
*oblig.* Recte igitur necessaria nouatio dicta, quæ ex ea
necessitate iudicii suscipiendi nascitur. Sed & volun-
tariæ quæ recte opponatur, nulla est, nisi necessaria. *l.*
10 *alienationes.ff.fam.erc.* Sed † prius est, vt constet ista li-
tis contestatione, seu iudicio accepto fieri nouationē:
de quo inter oēs non conuenit. Et vero magna caussa
est, cur hic negetur vlla inesse. quod & probat Accur-
sius *ad l.vlt.in prin.s̄.de vs.rei iud.* Nam *in l.aliam.Dig.*
*eodem*, vnde hæc diuisio potissimum sumitur, de ne-
cessaria ista nouatione nihil exprimitur. Sic enim
tantum verba sunt, aliam caussam esse nouationis vo-
luntariæ, aliam iudicii accepti multa exempla osten-
dunt: nec deinceps iudicium acceptum, seu litis con-
testatio dicitur esse, aut nominatur nouatio. Quod si
de re quæritur, deque veterum hac de re responsis,
omnia videntur hic nouationem repudiare. Agitur
hic de litis contestatione cum debitore interposita.
Constat neminem ita iudicio agere cum debitore, vt
quidquam amittat, sed vt ius suum retineat potius, &
si fieri potest, augeat. Absurdum igitur dici litis con-
testatione priorem obligationem tolli creditori.
quod tamen futurum est, si hic vllam nouationem
intelligimus: cum nulla sit nouatio, nisi noua obliga-
tione contracta simul etiam prior tollatur. Idque
ipsum regulæ iuris aperte confirmant, quibus decla-
ratur neminem persequendo, & litem contestando
deteriorem conditionem suam facere, sed plerum-
que meliorem. *l.non solet.l.nemo enim.Dig.de reg.iur.*
*dict.leg.aliam.Digest.de nouat.* Congruunt responsa
veterum, qui cum faterentur nouatione pignus tol-
li, iidem tamen iisdem in locis scribunt lite cum de-
bitore de debito contestata non item hac contesta-
tione pignus tolli, sed nihilominus, vt prius obligatū
manere, *vt l.solutum.in princ.ff.de pig.act.l.grege.§.et-*
*iam.Dig.de pign.* Sed verius est inesse quoque & in li-
tis contestatione suam nouationem, eamque neces-
sariam: non sane semper, sed quibus in rebus cōmo-
dum actoris id exigere videbitur. Primum ex verbis
*d.l.aliā.* satis hæc nouatio colligitur. Nominatur enim
nouatio quædam voluntaria. Ex quo intelligitur ali-
quam esse non voluntariam. Nam si nulla est nisi vo-
luntaria, sufficiebat ita dicere, aliam esse caussam no-
uationis, aliam iudicii accepti. Deinde iudicium acce-
ptum opponitur nouationi voluntariæ: quorsum, ni-
si vt intelligamus in iudicio inesse nouationem ne-
cessariam, cui soli voluntaria recte opponitur? Sed &
ibidem aliqua in re tantum distinguitur nouatio vo-
luntaria a iudicio accepto. Ex quo rursum colligitur
istas res aliqua in re esse similes: in eo autem similes,
quod vtraque nouationem habet, de qua illic disserit
Paulus; verum effectu dissimiles; quem effectū eo loco
idem Paulus ostendit. Sed & sublata est dubitatio ex
*l.vltim.§.& ideo.sup.de vsu rei iud.* vbi Iustiniani sentē-
tia est in hæc verba, actione iudicati priorem contra-
ctum nouari. Actione iudicati ille dixit, non litis con-
testatione; quia etsi dicimus per litis contestationem,
seu iudicio accepto nouationem fieri; sic tamen in-
telligimus, vt fiat sub conditione, si secundum acto-
rem iudicatū erit. & ideo effectu non fit nouatio, nisi
post rem iudicatam. Ne illa nos hic impediant, quæ
supra obiiciebamus. Non .n. dicimus litis contestati-
one passim fieri nouationem, dū ita inducitur noua
obligatio, vt tollatur prior: sed tātum pro commodo
creditoris, & vt eius persecutio id exigere videbitur.
Itaque quod dicitur litis contestatione non fieri de-
teriorem conditionem actoris, admittimus. neq; vo-
lumus hic nouationem inesse, nisi quæ prosit. Qua ra-
tione, & illud concedimus, lite contestata de sorte ni-
hilominus pignus manere: quia isto modo noceret
nouatio actori, non prodesset, ꝙ non recipimus. Sed
est, cū expediat actori sic induci iudicio accepto nouā
obligationem, vt prior in hanc transferatur. Qua-
tenus id fit, sciamus & hactenus nouationē fieri pro
commodo creditoris. Quam & ipsam veteres hic re-
ceperunt. Nam de animo nouandi cur tum dubitetur
in actore, nihil est: qui agendo nihil aliud spectat, quā
vt sibi quam optime consulat. In eo autem con-
sensum exigere eius, cum quo agitur, absurdum sit:
cum aduersus eum inuitum iudicium reddatur. Licet
† aūt hanc nouationem pro commodo creditoris in
his tribus agnoscere; in petitione vnius ex reis credē- 11
di; in vsuris rei iudicatæ, in pœnalib. actionibus iudi-
cio inclusis. Vnus ex reis stipulādi, si cum promissore
agat, traditur *in l.2.Dig.de duo.reis.* ēa petitione totam
solui obligationem. An iudicati? sed hæc potius peti-
tione & litis contestatione constituitur. *d.l.3.§.idem*
*scribit.D.de pec.* Tollitur ergo prior. Quo iure? non
pōt aliud hic intelligi, quam nouationis: dum ita cō-
stituitur noua iudicati obligatio, vt in hāc deducatur

prior, deducta perimatur. Atq; hinc nouatio, quod vnus ex reis stipulandi agendo hoc animo est, vt totam actionem propriam suam efficiat. quod non aliter fit, quam si alteri stipulandi reo actio adimatur. Et vero ei adimitur. Vnde placet amplius ei promissorem soluere non posse. *l. si ex duobus. 16. ff. de duo. reis.* In quo licet manifestius hanc nouationem animaduertere: quæ quia agenti expedit, ideo pro commodo eius æstimatur. Eandem istam nouationem in domino & procuratore litis tanquam duobus eiusdem pecuniæ creditæ reis euidenter agnoscas. Nam cum dominus procuratorem ad agendum dedit, incipiunt duo eiusdem rei nomine directam actionem habere: dominus propriam, procurator mandatam. Quod si procurator iudicio agere cœperit, ipse agendo sic priorē actionem transfert in actionem iudicati, vt hanc sibi acquirens simul & veterem perimat, atque hoc modo auferat priori domino: vt in vno ex duob. reis stipulandi agente fieri modo diximus. Vnde procurator post litem a se contestatam dominus litis fieri dicitur: prior autem qui dominus fuerat, dominus esse desinere ita, vt nec suo nomine litē possit persequi. *l. procuratoribus. C. de procur.* Quod certe nō alia de caussa fit, quā quod lite a procuratore contestata priori domino actio sublata est translata in procuratorem: neque est sublata, nisi ista, quam dicimus, litis contestationis nouatione. In vsuris rei iudicatę eandem nouationem prioris actionis necessariam esse creditori visum est, quo eas centesimas consequatur, vt explicatur *in d. l. vlt. in pr. sup. de vsur. rei iud.* In pœnalibus actionibus aduersus heredes transmittendis, hanc ipsam nouationē agnoscas. Lite contestata pœnæ persecutio transit aduersus heredes. *l. constitutionibus. l. sciendum. ff. de obl. & act.* An ita, vt vetus actio transferatur, an noua tantum iudicati, quæ litis contestatione contracta est? Noua omnino, non vetus, quæ morte delinquentis exstincta est. Ius certū est heredes pœnā non teneri, heredes in pœnā nō succedere. *l. pen. ff. de op. no. nunt. d. l. constitutionibus. de obl. & act.* Quod si ita est, nouationem prioris factam oportuit litis contestatione, dum priore sublata constituitur noua, quę in heredes transferatur. Et tamen quia prior deducta est in posteriorem; quasi adhuc insit in posteriore, ideo dicitur: prior per litis contestationem transmitti, & eadem perpetuari. *l. omnes. D. de obl. & act. l. vltima. in fin. D. de fid. tut.* Ex quibus iam intelligi potest, quid distent hæ nouationes inter se, voluntaria & necessaria: siue caussas & rationem vtriusq; inducendæ spectemus, siue vim & potestatem. Sed Iustiniani constitutio, quæ est de nouatione *l. vltim. inf. hoc tit.* exigit ad nouationem, vt nominatim dictum sit, secundam obligationem interponi nouationis caussa. An ergo & post eam constitutionem etiam isti nouationi necessariæ locus erit: vt scilicet sola litis cōtestatione superiora commoda actori tribuantur? Et cum sint illa commoda, atque illa nouatio ex iure vetere certo, etiam nunc manere oportet, si non sint sublata. Neque vero abrogantur Iustiniani constitutione: quæ de voluntaria nouatione scripta, sine dubio ad necessariam non pertinet. Exigit enim constitutio, vt contrahentes de animo nouandi exprimant; loquitur præterea de iis, quæ in secunda obligatione adiiciuntur ex cōsensu, quod apertius declaratur *in §. præterea. Inst. quibus mod. tol. obl.* omnia eorum tantum propria, qui ex consensu ad secundam obligationem veniunt. Nihil ad iudicium, quod redditur in inuitum debitorem, & nullam petitionē admittit, nisi eius quod ante debebatur, & vti debebatur. Et certe in qua nouatione nō exigimus consensum a reo, multo minus, vt apertè consentiat, ab eo exigere debemus.

### *L. I. & L. Si declaratio. III.*

#### Imp. Alexand. A. Timotheo.

*Delegatio debiti, nisi consentiente & stipulante promittente debitore, iure perfici non potest. Nominis autē venditio & ignorante, vel inuito eo aduersus quem actiones mandantur, contrahi solet. PP. 5. Id. Februa. Max. II. & Æliano Coss. 224.*

#### Idem A. Mutiano.

*Si delegatio nō est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt: quāuis creditori tuo aduersus eum solutionis caussa mandaueris actiones, tamen antequam hic contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiauerit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem nō vetaris, & eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta, iure nouationis tu liberatus es, frustra vereris ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate nouationis interposita, a debito liberatus sis. PP. 5. Id. Iun. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

#### SVMMARIVM.

1 *Neminem posse quemquam inuitum delegare creditori suo, ne debitorem quidem suum.*
2 *Neminem posse debitorem debitoris sui conuenire personali actione, non prius translatis actionibus; & cur.*
3 *Creditorem actiones suas aduersus debitorem etiam inuitum vtiliter in alium transferre posse, & quib. modis transferantur.*
4 *Mandatis translatisue actionibus semper directas retineri ab eo, qui mandauit; cur.*
5 *Mandare actiones, quid.*
6 *Mandatis cessisue actionibus semper vtiles actiones suo nomine habere eum, cui cessæ sunt.*
7 *Mandatas directas actiones exerceri ex persona mandantis: vtiles ex persona eius, cui cessæ sunt: & quid intersit, vtrum fiat.*
8 *Cessæ actionis effectus.*
9 *Cōcurrente eo qui cessit actiones, & eo cui cessæ sunt, hunc præferri.*
10 *Mandatum actionum reuocari non posse; & quare.*
11 *Denuntiatione eius cui cessæ sunt actiones, inhiberi debitorem, quominus creditori qui cessit, possit soluere: & qualem hic denuntiationem esse oporteat.*
12 *Debitorem scientem mandatas esse aduersus se actiones sine alia denuntiatione creditori mandanti soluendo non liberari.*
13 *Mandatis actionibus, quando directas vtiliter exercere possit, qui mandauit.*
14 *Lite ab eo, qui actiones mandarat contestata, debitorem nouationis quodam iure liberari vtilibus actionibus, quas habuit is, cui mandatæ erant.*

Circa † delegationē, de qua supra diximus, incidit ex re ipsa quæstio huiusmodi. Diximus neminem posse alium vice sua reum dare inuitum; & quod idem est, neminem posse inuitum quemquam delegare, quod & traditur *in leg. prim. hic.* Inde hæc quæsita sunt. *Quid si creditor creditori suo delegat debitorē* 1

*suum*; *an non hunc saltem potest inuitum delegare.* Et placet ne hoc quidem eum posse. *l. nec creditoris. inf. eodem.* Recte; non est enim delegatio, nisi delegato promittente: nemo autem promittit per stipulationem inuitus.

2 Sed † an non etiam sine vlla delegatione, & aliena opera potest creditor debitoris sui debitorem cōuenire? Hoc vero multo minus potest. *l. penul. hic.* Et generaliter ita ius constitutum est, neminem creditorē posse actione personali debitorem debitoris sui conuenire non translatis prius actionibus a debitore in creditorem. *l. vlt. & tot. tit. s̄. si fiscus, vel priu.* Hoc efficiunt regulæ iuris: nō enim est actio in personam, nisi aduersus eum, qui nobis obligatus est. *l. actionem. D. de obl. & act.* Debitores autem debitoris mei non sunt mihi obligati; quoniam nihil mecum gesserunt eorum, ex quibus obligatio nascitur.

3 Quid † ergo, an nullo modo sine delegatione creditor aduersus debitorem debitoris sui inuitum experiri potest? Imo potest, si ex iusta caussa debitor in creditorem actiones transtulerit: quod facere potest etiā inuito debitore suo. Et hæc est sententia *l. 1. hic.* Quomodo autem debitor actiones, quas habet aduersus debitorem suum, in creditorem suum transferre potest? His modis omnibus, quibus ceteræ res transferri solent: puta vendendo actiones, de quo modo in hac. *l. 1. l. postquam. l. emtor. sup. de hered. vel act. vend.* item legando, *l. ex legato. s̄. de leg.* item in solutum dando, & similibus. *l. vlt. s̄. si fiscus vel priu.*

Hoc posito quæsitum deinde est, quis sit huius vēditionis, & translationis effectus: de quo est *in l. 3. hoc tit.* Qui locus vt commode explicetur, sciendum est hic duo quæri. Primum, an *debitor venditis creditori suo actionibus aut ex alia caussa translatis, desinat veteres actiones habere, quas exercere possit.* Alterum, *quid ex ea translatione actionis in creditorem transferatur.*

4 De quib. sic breuiter habendum est. Qui † actionem vendidit, legauit, aut in solutum dedit, etiamsi creditori suo mandet actiones suas, nihilominus iure oēs veteres actiones retinet; quia eas non transfert, neque eas omnes patitur transferri, vt traditur *in l. 3. hic l. 3. in prin. ff. pro soc.* Sed cur actio non potest transferri, cū possint res omnes ceteræ? Id natura actionis facit. Sic enim lege omnis actio in personam constituta est, vt non sit nisi aduersus eum, cum quo contraximus, aut quasi contraximus, aut qui nobis nocuit. *l. actionum. Digest. de oblig. & act. §. 1. Instit. de act.* Nemo autem actiones suas nobis cedendo efficere potest, vt cū eius debitore contraxerimus, aut ab eo nobis nocitum sit, vbi reuera neque contraximus, neque ab eo nocitum est. Necesse est igitur, vt apud veterem creditorem actio maneat, quæ nō est translata. Nihilne igitur venditis, aut ex alia caussa datis actionibus, in emtorem, & eum cui dantur, transfertur? Imo transfertur. Nā is qui actiones vendidit, cogitur emtori in quem actiones translatas voluit, actiones suas mandare: quo

5 verbo vtitur *l. 3.* & est in hac re vsitatum. Est † autem mandare alicui actiones, committere ei actiones suas exercendas: quod fit eum procuratorem in rem suam faciendo, vt hoc verbum explicatur in *l. ex nominis. supra. de her. vel act. vend.* Quid si creditor, qui actiones vendidit, aut ex alia caussa datas voluit, actiones

6 suas non mandet emtori? Nihilominus † emtor, & quisquis est, cui actiones ex alia caussa datæ sunt, vtiles actiones habet suo nomine. *l. postquam. supra de her. vel act. vend. l. ex legato. sup. de leg. l. vlt. sup. si fisc. vel* *priuat.* Si hoc ita est, quid opus est creditori, cui actiones cedūtur, exspectare, vt sibi mandentur actiones a venditore actionum; cum ipse vtilibus actionib. experiundo, quas habet, non minus idem consecuturus sit, quam directis? nam vtramq; actionem eiusdē potestatis esse, eundemque habere effectum, scriptū est *in l. actio. ante p. ff. de neg. gest.* Et sane si vtraque idē petat, eandem vim habet ad id obtinendum. Sed non semper vtraque idem persequitur. Idq; † ex ea re accidit, quod emtor mandatas actiones exercet ex persona creditoris mandantis, dum procuratorio nomine experitur, vtiles autem vti suo nomine habet, ita & exercet suo nomine, vt est *in d. l. vlt. s̄. si fisc. vel priua.* 7
Vtrum autem fiat, multum refert. Nam qui mandatis actionibus experitur, quia experitur ex persona mandantis, etiam eius vice vti potest, & debet. *l. emtor. sup. de her. vel act. vend.* Et ideo priuilegio etiam ex persona mandantis vti potest. vt, si fingas pupillum debitorem meum mandasse mihi creditori suo actiones aduersus debitorem suum; in his actionibus exercendis vtar priuilegio pupilli, quo in bonis eius debitoris ego præferar omnibus aliis creditoribus chirographariis: scilicet quia ex persona eius experior tanquā eius procurator. Diuersum est, si non mandatis ab illo actionibus tantum experiar vtilibus aduersus eius debitorem. Hoc tamen ita, si cessio sit voluntaria. In necessaria cessione nihil amplius transferri placet, quā quod fuit proprium actionis, etiam si quis ipsis directis mandatis actionibus experiatur: qualis cessio est pupilli vni ex tutoribus mandantis actiones suas aduersus alios contutores. In qua specie responsum est illud, quod modo dixi, tutorem in his actionibus aduersus contutores priuilegio pupilli non vsurum. *l. ex plurib. ff. de adm. tut.* & hoc optima ratione, qa nemo in necessitatib. liberalis esse soleat. *l. rē legatā. ff. de ad. leg.*

Hæ † actiones in emtorē, eundemq; creditorem 8
creditoris translatæ id efficiūt, vt is qui mandatas, aut vtiles actiones habet, possit & ab inuito exigere, quod is debet, aduersus quem actiones cessæ sunt, *d. l. vltim. sup. si fisc. vel priua. l. 3. s̄. de her. vel act. vend.* & volens volentem a vetere creditore quouis modo liberare: puta solutum a debitore accipiendo, de quo in hac l. 3. aut cum eo transigendo, paciscendoue, ne ab eo petatur. *l. si cum emtore. ff. de pact.* At † quid, si cre- 9
ditor, qui actionem mandauit, aut aliter cessit, inhibeat petitionem? Puta, si is eodem tempore petat a debitore suo, & simul is cui mandatæ sunt actiones, atq; ita ambo concurrant? vter alteri præferetur? nā ambos actionem aduersus debitorē habere diximus. Placet eum veteri creditori præferri, qui suo nomine actiones habet. *l. procuratore in rem suam dato. Digest. de procurat.* Atqui constat mandatum reuocari posse, quandocumque mandator velit. *§. recte. Institu. mand.*

Sed † mandatū rei nostræ reuocare possumus, cū li- 10
ber. rei alienæ non possumus. Actiones aūt mandatæ subtilitate iuris sunt adhuc mādantis: reuera sunt mādatarii, id est eius, cui mandatæ sunt. Is .n. factus est quidē procurator, sed in rem suā, *vt supra diximus.* Tū autem vtiles actiones in eum translatæ sunt: quæ ideo vere illius sunt, quasque exercet suo nomine. Adeo † aūt verū est eū, cui mandatæ sunt actiones, aut q 11
actionib. venditis vtiles habet, veteri creditori pferri, vt si tm̄ denuntiauerit ei debitori, aduersus quē cessæ sunt actiones, vt sibi solueret, postea debitor soli ei teneatur, & si creditori suo soluat, frustra soluat, id q hac

l. 3. *in pr.* cóprehensum est. Illic. n. traditur, veterē creditorem posse actionem inhibere, quam mandauit, si experiatur aduersus debitorem suum, priusquam is cui actiones mandatæ sunt, denuntiauerit debitori, vt sibi solueret. Postquam ergo denuntiatum ei erit, si veteri creditori soluat, non inhibentur cessæ actiones. Denuntiatum tamen accipere debemus, cum effectu: vt scilicet ita denuntietur debitori, ne veteri creditori soluat, vt certior fiat denuntianti mandatas esse actiones, & hanc illi caussam esse ad inhibendam solutionem. *l. nomen. sup. quæ res pig. obl.* Fiet autē certior exhibito instrumento cessionis, aut vltro cófitente creditore, qui mandauit. Idque ita bene accepit Bartolus ad *l. 1. in prin. num. 20. D. de op. no. nunt.* Ego

12 † puto etsi ei denuntiatum nō sit ab eo, cui cessæ sunt actiones, sed aliter sciuerit actiones ei esse mandatas, non magis eum veteri creditori soluendo liberari. denique vt liberetur ei soluendo postea, solum ignorantia defendi, vt indicatur *in l. vlt. ff. de transact.* Nam quomodo actione vtili qua teneri cœpit, facto suo liberetur? *l. si seruum. §. nunc videamus. D. de verb. oblig.*

13 Ergo † dixerit aliquis, directæ actiones, quæ apud veterem creditorem manserunt, erunt illi inutiles, & ita frustra apud eum mansisse dixerimus. Et declaratur in ead. l. 3. non esse inutiles; sed tamen tunc solum vtiles fore, cum vetus creditor aduersus debitorem suum cessionis ignarum iudicio expertus, nec vlla exceptione a debitore summotus litem cum eo contestatus fuerit; quod eum pro veteris actionis iure facere posse constat. certe si veteres actiones apud eum manse-

14 runt, recte eas exercet. Quid † tamen, si lite a vetere creditore contestata exsistat is, cui mādatæ sunt actiones, & suo nomine aduersus eundem debitorem experiri velit vel mandatis actionibus, vel vtilibus? Hic satis significatur eum audiendum nō esse; cum ita dicatur creditorem veterem aduersus debitorem agēdo inhibere actionem mandatā. At hoc quam recte, cum dixerimus eum cui mandatæ sunt actiones, habere actiones vtiles suo nomine, & earum actionum eam vim esse, vt in illis debeat veteri creditori præferri? Efficitur id nouæ obligationis iure, non veteris. Nam vetus creditor iudicio agendo cū debitore suo nouam obligationem contraxit iudicati. *l. 3. §. idem scribit. D. de pec.* hanc nemo alius illi inuito pōt adimere. *l. vlt. Dig. de pact.* Itaque eadem hic nouatio animaduerti potest prioris obligationis, quā in duob. reis stipulandi fieri initio diximus, cum vnus iudicio agendo cum promissore, consequitur tanquam vetere actione sublatā, ne possit iam solui alteri, neue is possit amplius petere. *l. ex duobus. 16. D. de duo. reis.* Et certe mandatis actionibus incipiunt fieri duo rei credendi eiusdem pecuniæ: qui mandauit, dum is directas actiones adhuc retinet: & cui mandatæ sunt actiones, qui vtiles habet suo nomine.

## AD TIT. XLIII. DE SOLVTIONIBUS & liberationibus.

SVMMARIVM.

1. *Soluere, quid.*
2. *Solutionis verbum omnem liberationem continere, quo sensu dictum.*
3. *Satisfactio quid, & quid distet a solutione.*
4. *Creditores cur dicantur accipi, quibus etiam sine consensu quid debetur.*
5. *Solutionis verbo contineri solum pecuniæ numerationem, non ceteras liberationes, vbi solutionis & satisfactionis verba coniungnntur, vt in edicto de pignoratitia actione: & quare, & num. 6. in fin.*
6. *Sententia l. solutam. Digest. de solut. vbi & satisfactionis, pro satisdationis legendum esse probatur.*
7. *Inscriptionis de solutionibus & liberationibus sententia.*
8. *Solutio quid, & cur dicta naturalis præstatio.*
9. *Etiam facti præstationem solutionem esse.*
10. *De solutionibus duas esse quæstiones. in singulis quæ spectanda. tituli argumentum & summa.*

SOluere † aliquid cū dicimus, proprie intelligimus id præstare, quod solui dicimus. Et si apertius dicēdum est, soluta res seu pecunia ex significatione verbi non alia intelligitur, nisi quæ naturaliter soluta est, id est, numerata reuera & præstita creditori: vt etiam ex significatione verbi id rectissime dictum sit a Marciano *in l. solutam. Digest. de sol.* Id declarat regula iuris, Solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. vbi solutionis verbum non potest accipi, nisi pro pecuniæ præstatione. Nam acceptilatione, nouatione, contrario consensu, quibus modis etiam tolluntur obligationes, non omnis obligatio tollitur, sed certæ dumtaxat. Id etiam declaratur edicto de pignoratitia actione, in quo hæc verba sunt; *Si pecunia soluta erit, vel eo nomine satisfactum*; quibus verbis aperte satisfactio, id est, omnis alius modus debitoris liberandi ex voluntate & consensu creditoris, distinguitur a pecuniæ solutione, id est, præstatione. *l. si rem. §. omnis. Digest. de pig. act.* Et † tamen definitur in *l. solutionis. Digest. hoc tit.* solutionis verbum omnem liberationem continere, magisque ad substantiam obligationis referri, quam ad pecuniæ præstationē. Sensus est, magis solutionis verbo contineri eos modos, quibus substantia obligationis, id est, obligatio ipsa tollitur, quam pecuniæ naturalem numerationem, vel cuiuscunq; alterius rei præstationem. Recte hoc quoque scriptum est; verū non ex significatione verbi, de qua supra diximus, sed ex legis sententia, vbi lex pecuniæ solutionem exigit, neque quidquam addit amplius. Vt, exempli gratia, edicto de re iudicata, ita exigebat prætor, vt condemnatus pecuniam soluat. *l. 4. § ait prætor, sup. de re iud.* His verbis si proprietatem verbi sequimur, nihil aliud exigitur omnino, nisi vt debitor pecuniā numeret, in quam condemnatus est. Sed ex edicti sententia contineri intelligemus omnē liberationem; id est, intelligemus debitorem huic edicto satisfecisse, nō tantum, si ipse pecuniam numērauerit, sed etiam si acceptilatione liberatus erit, aut nouatione, aut alio quo modo, quo obligatio tollitur. non ex significatione verbi, *inquam*; sed ex sententia edicti, quia ceteræ liberationes eadem vim habeant, quam solutio pecuniæ. Effectus igitur hic spectatur, non verbi proprietas; vt solutionis verbo contineri intelligantur, non tantum, quæ vere solutiones sunt, sed etiam quæ solutionis vim habent. Et hoc est, quod alia regula dicitur, satisfactionem pro solutione esse. *l. satisfactio. D. de solut.* Satisfacere † est creditorem pro eo, quod ei debetur, cōtentū reddere, vt sic ille discedat ab obligatione, vel acceptum ferendo, vel nouando, vel paciscendo, ne petat. *l. 1. Digest. qui satisf. cog. d. leg. si rem. §. omnes. Dig. de pig. act.* Vtrum creditori pecunia numerata sit, vt sic reuera ei satisfieret, an vero

voluntate eius discessum sit ab omni obligatione, dum ei quouis alio modo satisfiat, ad voluntaté eius, & debitoris liberationem nihil interest. Ita recte dicitur, hanc satisfactionem pro solutione esse. Hoc autẽ pro solutione esse, valet effectu satisfactionem solutionem esse, &, quod supra diximus, omnem hanc liberationẽ aliã solutionis verbo cõtineri. Quod † in solutionis verbo cõsimiliter dictũ est, vti in verbo creditorũ, cũ dicimus creditores accipiendos esse oẽs, quibus ex quacumque caussa debetur; id est, quibus non tantum ex contractu debetur, sed etiam ex quasi contractu, aut ex maleficio. *l. creditores. ff. de ver. sig.* Atqui scimus creditores dictos esse a credendo: tunc aũt solum dici vnumquemq; credere, cũ contrahit cũ alio: quoniã tũ fidẽ ab illo accepit, & eã fidẽ sequitur: vt solum proprie creditores sint, quibus ex contractu debetur. *l. 1. ff. si cer. pet.* Sed & hoc ita est, cum verbi significationem spectamus. Ex sententia autem legis etiam creditores dicuntur, quibus debetur ex alia caussa; quoniam & hi omnes creditorum loco habentur. Vnde alibi dicuntur non creditores esse, sed creditorum loco haberi. *l. creditorum. ff. de ver. sig.* Hoc autem ideo ex legis sententia ita dicitur, quia in quibus eadẽ ratio est, in his idem ius statui oportet. *l. illud. D. ad leg. Aqui.* Porro tam iis debetur, quibus ex maleficio debetur aut ex aliis caussis, quam quibus debetur ex cõtractu. Hoc ipsum ergo fieri dicimus in verbo solutionis.

4

5 Sed † videtur Marcianus *l. solutam. ff. de solut.* nõ tãtum dicere solutam pecuniam intelligi, quæ numerata est; sed etiam negare, si debitor sit alio modo liberatus, pecuniam solutam videri, aut eam liberationem solutionis verbo contineri. Illic enim scriptum est in extremo his verbis: *Si debitori accepto latum sit, solutionis quidem verbum non proficiet; sed satisfactionis sufficit.* Dicendum est recte id dici a Marciano: sed in eo loco, quem interpretabatur. Obseruandum est enim Marcianum scripsisse ad formulam, id est actionem, hypothecariam, vt inscriptio capitis indicat. Illic interpretabatur eam partem edicti, qua cautum est, vt pignus vel hypotheca soluatur, seu quod idem est, vt pigneratitia agi possit, pecuniã solutam esse debere, vel eo nomine satisfactum, vt constat hæc verba edicti fuisse ex *l. si rem. §. omnis. ff. de pig. act. l. item. Dig. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* His verbis, quibus distinguitur nominatim satisfactio a solutione, non est obscurum solutionis verbo ceteras omnes liberationes non cõtineri, sed solum pecuniæ naturalem numerationem; propterea quod ceteræ liberationes a prætore com-
6 prehensæ sunt verbo proprio satisfactionis. Hoc † est igitur, quod Marcianus dicit: si debitori accepto latũ sit, non liberatur is in hypotheca ex edicto, quasi soluerit; quoniam reuera ex verbis & sententia edicti nõ soluit; sed liberatur ex eodẽ edicto verbo satisfactionis, quia is satisfecit, cui accepto latum est. Illud animaduertendum est, corrupte legi in Pandectis Florentinis. *in d. leg. solutam. in extremo, sed satisdationis sufficit.* satisfactionis legendum, vt & alias suo tempore legi Accursius monet. Nam verbum satisdationis nõ fuit in edicto de pignoribus, aut de pigneratitia actione, sed verbum satisfaciendi. *d. l. si rem. §. omnis. Dig. de pig. act. dicta. leg. item. Dig. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* Deinde aperte falsum est acceptilationem contineri verbo satisdationis. Acceptilatio est liberatio. Satisdatio est obligatio, qua qs qd promittit fideiussorib. datis. *l. 1. ff. qui satisd. cog.* Vt ad rem redeã, cum coniunguntur ista in lege aliqua, aut edicto, solutio & satisfactio, recte dicitur solutionis verbo non contineri eas liberationes, quæ satisfactionem habent, vbi apparet tã aperte satisfactionem a solutione separari. Quod si verbum soluendi solum in lege positũ erit, tenendũ est, quod supra diximus, ex sentẽtia legis solutionis verbo oẽm liberationem contineri; id est, quocumq; modo præter naturalem numerationem liberatus erit debitor, legi satisfactum esse.

Illud semper tenendum erit, ex sententia legis hoc dici. ceterum proprie solutionis verbo significari tãtum naturalem prestationem. Ex quo sensu regula illa concepta est, vt dixi, solutione tollitur omnis obligatio. Sic † hoc titulo verbum solutionis accipiendum est. Liquet enim ex proximis titulis solutionẽ hic positam esse pro specie liberationis, quę sit distincta a nouationibus, & acceptilationibus. Ita inscriptionis erit hæc sentẽtia: *De solutionibus*, id est, de rei debitæ pstationibus, & liberationibus, quæ inde nascuntur; vt solutio sit caussa, liberatio effectus solutionis, vt patet ex tot. tit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* 7

Ex † hoc sensu sic solutio definietur, vt sit naturalis rei debitæ præstatio. Naturalis dicitur *in l. solutam. D. eo.* id est vera. positum, vt distinguatur solutio ab acceptilatione, quæ & ipsa solutio dicitur, sed imaginaria, vbi quis dicit se accepisse, quod non accepit. *§. item per acceptilationem. Inst. quib. mo. tol. obl.* Præstationem dixi, non numerationem, etsi numeratio nominatur *in d. l. solutam. ff. eo.* vt complecterer omnes species rerum debitarum. Nam in obligatione aut res sunt, aut facta, vt est *in §. vlt. Inst. de obl.* id est, omnis obligatio aut in eo est, vt quid detur, aut in eo, vt quid fiat. *l. 2. in pr. ff. de ver. obl.* 8

Siue † fiat, quod fieri debet, siue detur, quod dari oportuit; quia præstatur id quod debetur, soluitur. Nã & qui facit, quod promisit, soluit. *l. qui res. 98. §. mihi. in fi. ff. de sol.* certe ea præstatione liberatur. *l. inter. D. eod.* proinde solutione, si non aliter quam solutione inulto creditore tollitur omnis obligatio. Qui autem rem quam dare debuit, præstat, idem soluit, si præstat, vt debetur, id est, si dat; quod valet, si dominium transfert. *§. sic itaque. Instit. de act.* Vnde toties legimus non liberari debitorem, qui ita rem præstat, vt non faciat omnimodo accipientis, quia nec soluat. *l. cum quis. §. 1. & §. qui hominem. ff. eo.* 9

De † solutionibus duæ sunt quæstiones, quibus hic titulus continetur. Prior est, quæ sit iusta solutio, qua obligatio aliqua tollatur, cum dicimus solutione omnem obligationem tolli. Altera, cum iustam solutionem esse constabit, quæ obligatio ea solutione tollatur. Huic quæstioni tunc locus est, cum quis ex pluribus caussis diuersas summas debet, & vnum debitum soluit ita, vt dubium relinquatur, in quam caussam solutum esse debeat. An sit iusta solutio, spectatur ex his rebus; ex personis soluentis, & accipientis; ex re quæ soluitur; ex soluendi modo; ex soluendi fine. In personis quæritur, vt is soluat, qui potest: de quo dicetur *in leg. 5. ꝯ.* & vt ei soluatur, cui solui potest; de quo *in l. 3. & 4. & l. inuito. ꝯ.* In re est, vt soluatur ea, quã oportuit: de quo in *l. manifesti. ꝯ.* In soluẽdi modo, vt opportuno loco, & tempore soluatur: de quo *in l. obsignatione* Finis soluendi est, quẽ definitione supra cõplexi sumus; vt creditor cõsequatur præstatione, q debetur, id est, vt si quid fieri promissum est, fiat; si qd dari debet, detur, id est, eius rei dominium perfecte transferatur. Posterior quæstio explicatur *in l. 1.* 10

L. In

L. In potestate I.

Imp. Antoninus A. Aristeneto.

*In potestate eius est, qui ex plurib. contractib. pecuniā debet, tempore solutionis exprimere, in quā caussam reddat. Quod si debitor id non fecit, conuertitur electio ad eum, qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit: prius in vsuras id, quod soluitur: deinde in sortem accepto feretur. PP. 2. Non. Nouemb. Duobus & Aspris Coss. 213.*

SVMMARIVM.

1 *Debitore in soluendo constituente, in quam caussam solutum velit, in eam caussam, quod soluitur, solutum haberi. & hoc quam conueniat cum l. 2. Dig. de sol.*

2 *Liberum creditori in eam caussam non accipere, quomodo intelligendum in l. 2. D. de sol. & quatenus verum sit.*

3 *Debitore in certam caussam nominatim non soluente, posse creditorem constituere in re præsenti, in quam caussam acceptum ferat, etiam leuiorem. & hoc rursum, quam conueniat cum leg. 2. Digest. de sol.*

4 *Lectio l. 1. D. de sol. emendata.*

5 *Creditore constituente in quam caussam solutum accipiat, posse debitorem in re gerenda obsistere, ne in eam caussam habeatur; id eum consequi non dando.*

6 *Quod ex pluribus caussis principalibus debitum simpliciter solutum est, non posse id postea creditorem constituere solutum, nisi in duriorem & grauiorem debitori caussam.*

7 *Caussa debitori grauior, quæ, & quo progressu deprehendatur.*

8 *Caussam non grauem debitori esse, ex qua debitum exigi non potest, aut nondum. in hanc solutum non imputari: & quæ sint huius generis.*

9 *In illis verbis l. 1. D. de sol.* aut illud in quod, aut *pro* non *accipiendum.*

10 *In quibus caussis dilatio periculum, aut molestiam allatura est, caussam famosam esse grauissimam; proximam pœnalem; tertio ordine eam, quæ sub pignore contracta est; quarto eam, ex qua quid debetur satisdato.*

11 *Extra periculum dilationis grauiorem esse caussam propriam, quam fideiussoriam: & cur.*

12 *Si superiora desint, grauiorem esse caussam, quæ est antiquior; & cur.*

13 *L. in liberto. 77. ff. de sol. exposita.*

14 *Ampliore summa soluta, quam quæ in vnam caussam grauiorem debeatur, superfluū reliquis caussis suo cuique ordine tribuendum.*

15 *In pari dierum & contractuum caussa, ex omnibus caussis pro portione solutum videri.*

16 *Cum ex pluribus caussis principalibus debetur, cur simpliciter solutum imputetur in caussam debitori onerosiorem: cum autem debentur sors & vsuræ, solutum imputetur prius in vsuras, id est, in caussam debitori leuiorem.*

17 *Creditorem quamuis cauentem se quod soluitur, accipere in sortem & vsuras, non tamen cogi solutum acceptum ferre, nisi prius in vsuras, deinde si quid superest, in sortem: & cur hoc præter ordinem verborum.*

18 *Solutum an possit prius imputari in vsuras pacto tantum debitas, quando, & quatenus.*

CVm † debitor ex pluribus caussis debet diuersas summas, & vnum debitum soluit, definit Antoninus esse in potestate debitoris tempore solutionis exprimere, in quam caussam soluat; vt intelligamus in eam caussam solutum futurum, quam dixit. idem *in l. 1. in prin. D. eodem.* Cui contraria videri potest *l. 2. Digest. eod.* vbi scriptum est liberum esse creditori, pecuniam quæ ita soluitur, non accipere, si alio nomine solutum velit. Recte, vt videtur, hæc contraria dixeris, cum si liceat creditori repudiare hanc solutionem, non sit in potestate debitoris ita soluere. Et essent contraria omnino, si quod dicitur, id quod solutum est, in eam caussam solutum videri, quam initio debitor dixit, simpliciter diceretur. Sed ita intelligēdum est, si creditor accipiat. tantum enim illi tribuitur hoc, vt possit non accipere *in dict. leg.* 2. Ex quo intelligitur, si acceperit, in eam tantum caussam solutum haberi debere, quam debitor expressit. Quid, si creditor pecuniam accipiat, & protestetur se in aliam caussam accipere, quam in quam debitor soluit? nihil agit, si pecuniam retinet. Nam *in d. l. 2.* non tribuitur ei, vt possit protestari in aliam caussam, sed vt possit non accipere in eam caussam, in quam soluitur. Rursum † hic dicet aliquis, isto modo falsum videri, 2 quod dicitur *in d. l. 2.* liberum esse creditori pecuniā, quæ in certam caussam a debitore soluitur, non accipere. Nam vt intelligatur non esse creditori liberum hoc facere, potest debitor pecuniam obsignare, & ea obsignatione liberabitur. *l. obsignatione. inf.* Præterea cum creditor sine iusta caussa recusat accipere, morā facit, & si ea pecunia postea pereat debitori sine culpa eius, detrimentum erit creditoris. *l. qui decem. in prin. ff. eod.* Sed quod dicitur *in d. l. 2.* liberum esse creditori pecuniam non accipere, si alio nomine exsolutum velit, ex quæstione proposita intelligendum est; nēpe hactenus, vt ea pecunia intelligatur non esse soluta, quā creditor non accepit. Et reuera soluta nō est. Sed hoc non facit, quin creditor non iure eā pecuniā recuset. Quamobrē & pecunia illi obsignari potest; & quamuis non sit obsignata, tamen moram facit, & periculo eius pecuniæ alligatur. Interim si neq; ea pecunia perierit, neq; obsignata erit, semper verū est, eam non esse solutam, quam ipse non accepit. Et semper hoc modo in eius potestate est non accipere.

Subiicit Antoninus: *Quod si debitor id non fecit, cōuertitur electio ad eum, qui accepit.* Id est, si debitor initio non dixerit, in quam caussam solutum vellet, conuertitur electio ad creditorē qui accepit, vt sit in eius potestate, tum cum pecunia soluitur, constituere, in quam caussam acceptam ferat, & in eam caussam pro soluta habebitur.

Et † diligenter verba huius loci expendenda sunt: 3 dicitur enim electio hoc casu esse creditoris. quo verbo aperte significatur licere creditori cōstituere pro suo arbitratu, in quam caussam pecuniam acceptā velit, etiam leuiorem, ac non tantum grauiorem, id est, etiam in eam caussam, quæ sit illi commodior, etsi leuior sit debitori. Nam si cogeretur constituere tantū in grauiorem caussam, nulla hic eius electio esset. Nihil enim tam pugnat cū electione, quam necessitas alicuius caussæ suscipiendæ. Sed hic contrarium scriptum videtur *in d. l. 1. vers. quoties. Dig. eod.* Verba hæc sunt: *quoties vero non dicimus, id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus.* Quæ verba significant, dummo-

do constituat in grauiorem & duriorem caussam, vt & explicatur *in l. 3. Dig. eo.* Male vero vulgo hæc Vlpiani verba accepta sunt de eo creditore, qui in re præsenti id est tempore solutionis diceret, in quam caussam acceptum ferret, quod soluitur. Loquitur Vlpianus de eo, qui post perfectam solutionem id cõstituit. Quod colligitur aperte & ex verbis superioribus, & ex verbis postremis eius *leg. primæ.* Sed omnium euidentissime ex *leg. tertia*, quæ est eiusdem auctoris Vlpiani. *eodem titul. de solutio.* Ex verbis superioribus ideo, quod Vlpianus non dicit, quoties vero debitor non dicit; sed, quoties vero non dicimus. quod valet, quoties ambo, id est, debitor & ego creditor, non dicimus. Sed & in extremis verbis *dicta leg. 1.* Vlpianus nominatim & distincte de eo creditore loquitur, q in re præsenti cõstituit, qd velit. Ex quo intelligitur Vlpianũ de eo prius locutũ nõ esse. Alioq stulta & inepta esset inculcatio; præsertim eius rei, quã prius diligẽtissime exposuisset. Sed oẽm dubitationẽ tollit *d. l. 3. ff. eo.* Ibi. n. subiicit Vlpianus, post perfectã solutionẽ nõ permitti creditori cõstituere, in quã caussam acceptum ferat, nisi in grauiorem, & duriorem. Quo aperte declaratur ante ei licere, in quam velit caussam, etiã leuiorem constituere, dum in re præsenti id faciat. Et
4 † obiter hoc loco animaduertenda est lectio. *dict. l. 1. in fi.* quæ manifeste vitiosa est. In Pand. Florentinis, & fere in omnibus aliis exemplaribus ita legitur: *permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutũ; dummodo sic constituat, vt in re sua constitueret.* hactenus recte. illud vitiose, quod sequitur. subiicitur enim continenter: *sed cõstituere in re præsenti, hoc est, statim atque solutum est.* neque quidquam additur præterea. Sed verbum deesse perspicuum est. Itaque veteres quidam addiderunt debet; non recte. Nam creditor constituere potest, in quam caussam acceptum ferat; sed potest, si velit: non cogitur. Non est difficile intelligere, ꝑ illis verbis, hoc est, legendũ esse, potest, aspiratione in *p* mutata, & *c* in *t.* quarũ literarũ tantam affinitatẽ esse constat, vt sæpius quam frequenter aliæ in alias mutentur. Verbo autem, *potest*, restituto optime constat sententia. Summa hæc erit: *vbi debitor in re præsenti non dixit, in quam caussam solueret, est in arbitrio creditoris in re præsenti constituere, in quam caussam acceptum ferat, etiam leuiorem.* Quod † tamen rursum sic accipiendum est ex *leg. 2. Digestis. eodem.* si debitor aut non contradicat, aut contradicens pecuniam apud creditorem manere patiatur. Cæterum si alio nomine pecuniam ei solutam velit, est in eius potestate id consequi; sed pecuniam non dando, non præstando.

Ait deinde Antoninus: *Si neuter voluntatem suam expressit, prius in vsuras id quod soluitur: deinde in sortẽ accepto feretur.* His verbis multa desunt ad quæstionem propositam. Quid enim, si de pluribus diuersis contractibus agatur? denique si de pluribus summis principalibus, de quibus propositio huius rescripti concepta est? Deinde etiam hæc sententia de vsuris potissimis locis de hac imputatione scriptis aduersari videtur. Nam in *l. 3. & l. 5. D. eo.* constanter definitur, creditorem post perfectam solutionem non posse id quod soluitur acceptum ferre, nisi in grauiorem caussam. quod contra fit, si pecuniam solutam acceptam ferat prius in vsuras, deinde in sortem. Nam aperte grauius est debitori debitum sortis, quam vsurarum. de quo postea. Quare vt hic locus pateat, de re tota semel dicendũ videtur: quæ ita partes inter se cõiunctas habet, vt vna sine altera intelligi non possit. Ergo cum neuter ex reis voluntatem expressit (intellige tempore solutionis, quæ verba initio posita, ad reliquas partes distinctionis propositæ referenda sunt) cum ergo neuter ex reis voluntatem expressit tempore solutionis, & quæritur, in quam caussam id quod ex multis debitis solutum est, acceptum ferre possit creditor; multum refert, vtrum de pluribus summis principalibus agatur, an vero de sorte & vsuris. Si † de 6
pluribus summis principalibus, siue de pluribus sortibus; hæc definitio certi iuris tenenda est, non posse creditorem postea constituere, in quam summam acceptum ferat, quod solutum est, nisi in duriorem & grauiorem. *d. l. 3. & l. 5. ff. eo.* Grauiorem intelligere debemus, quæ debitori grauior est, id est, quæ magis eũ onerat, ac proinde qua verisimile est eum ante omnia se exoneraturum fuisse; vt aperte colligitur ex *l. 1. illic. quoque debito. ff. eo.*

Hinc † quæsitum, *quænam esset caussa debitori grauior.* 7
In quo hic rectus est & naturalis ꝑgressus, vt ante omnia constituamus caussam aliquam, quæ sit grauis, sic deinde graui inuenta quæramus, inter plures graues quæ sit grauior, & vt quæque erit grauissima, ita primo loco amoueatur debitori. quẽ & progressum reperiemus veteres reipsa seruasse magis, quam verbis expressisse. Illud ergo primum in hac re, vt constituamus in his caussis pluribus, quænam sit grauis caussa, quæ non grauis. Et † recte definiemus eam de- 8
bitori caussam & obligationem grauem esse, ex qua agi potest ad soluendum, quod debetur: illam autem non grauem, ex qua quod debetur, exigi non potest. Propemodũ enim pro non debito est, quod dare nisi velis, cogi non possis. *leg. sub hac. Digestis. de obl. & act.* Hinc nata illa definitio Iuliani, quæ ex hoc progressu primum locum obtinet; cum ex pluribus caussis debitor pecuniam soluit, ex ea caussa eum soluisse videri debere, ex qua tũc cum soluebat, compelli poterat ad soluendum, *l. cum ex pluribus. 103. ff. eo.* nempe qa hæc sola grauis debitori, quam nũc quærimus; ceteræ aũt non graues. Caussæ ex quibus debitor cogi ad soluendum nõ potest, sunt tres: obligatio naturalis, obligatio ciuilis, sed in diem aut sub conditione; obligatio ciuilis pura, sed quæ sit in controuersia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoque nulla necessitas præstandi. *leg. naturales. Dig. de obl. & act.* Quod in diem aut sub conditione debetur, interim peti non potest. *l. cedere. Digest. de verb. sig.* Sed & quod controuersum est, non prius constat ex eo petitionem esse, quam reus eo nomine iudicio victus & condemnatus fuerit. Hinc totidem caussæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutũ acceptum feratur. quod & de singulis alibi nominatim traditum legimus a veteribus. Et si quid naturaliter debetur vt vsuræ pacto, exstat etiam de his constitutio Antonini, ne quod solutum est, in eam caussam acceptum feratur: vt quamuis vsuræ ex pacti conuentione nominatim solutæ retineri a creditore possint, tamen proprio titulo non numeratæ pro solutis ex arbitrio percipiẽtis nõ habeantur: id est, quod simpliciter solutũ est, nõ possit retineri a creditore in eas vsuras, tanquam in eas pro æstimatione percipientis solutum esset. exstat *in l. 5. §. Imperator. in fi. ff. eo.* Similiter & si quid in diẽ aut sub conditione debetur, diserte scribit Vlpianus in *leg. 3. eo.* id videri solutũ, cuius dies venit. Atenim ex eodẽ Vlpiano prius scriptum legimus *in leg. 1. D. eo.* in hæc verba: *creditorem in id constituere posse solutum, in quod ipse si deberet,*

*deberet, esset soluturus*; id est, in id debitum quod non est in controuersia, aut in illud, in quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat. quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro *vel* accipimus. Erit enim hęc sententia; creditorem id quod soluitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in controuersia, vel in illud in quod pro alio fideiusserat, vel in id cuius dies nondum venerat. quorum posterius Vlpianus idem diserte negat *in d. l.*
9 3. prius autem diserte Pomponius *in l. 4. eo.* Et † vero ex ea definitione quam supra posuimus, prior illa sententia aperte falsa est: vt dubitandum non sit, quin aut superior locus *leg.* 1. mendosus sit, & pro priore particula, *aut*, legendum sit *haud*, quod valet *non*; aut eadē particula retēta interpretandū *aut*, ꝑ *non*. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: *vel dic haud pro non.* Idem & se legisse in vno vetere exemplari testatur Russardus. Sed & posteriore & vulgari scriptura retenta; tamen nihil prohibet, quominus hoc idem, aut, pro haud, id est non, positum accipiamus. Non enim nouum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, vbi ex vsu communi addi solet. *vt in l. illud. circa finem. Digest. de per. & com. rei ven.* legitur *occasu*, pro *hoc casu*: & in *l. 5. §. vlt. D. de res. vend.* legitur *omo pereat*, pro *homo pereat*: item *in leg. 4. in fi. princip. Digestis. de in diem. add.* anc speciem, pro *hanc speciem*. Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur. nam plerique non infimæ notæ Grammatici auctores sunt *haud* pro *non* scribendum per *t*, non per *d*, vt sit *haut*, non *haud*. Quod cum ita sit, postquam accedit certi iuris ratio ex aliis locis cognita, quæ sententiam negatiuam exigat, non hærebimus in hac re, quin alteratro modo ex his locum aut emendemus, aut interpretemur. In eadem caussa cum superioribus est ea, quæ est in controuersia, vt ante ostendi. In quam idcirco ex superiore interpretatione *l. 1.* placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

Hoc intellecto, q̄ sit grauis debitori caussa, in quā primo loco solutum constitui oporteat: proximum est, vt si quæ plures huius generis occurrent, ex quibus debitor diuersas summas debeat, queratur, quę sit ex duabus grauior, ex multis quæ grauissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animaduerto tres a veteribus obseruatos esse summos & principales gradus, & in his seruatū hunc ordinem, vt a grauissimis caussis progressus fieret ad
10 minus graues. Primus † ergo gradꝰ est in eo, si qua sit caussa eiusmodi, in qua dilatio damnum aliquod aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ a pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in iis actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis: vt furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi. *l. 1. D. de his qui not. inf.* Periculum pecuniæ est in iis, quę si quid non prętetur, aut pœnam vel pecuniæ vsuram continent, aut inficiatione crescunt, aut hypothecā adiūctā habēt: vbi scilicet pecunia nō soluta debitor pignoris distractionē patitur, in qua sæpe magnū debitoris damnū est. Atque hoc ex genere maxime est actio iudicati; ex qua bona debitoris capiuntur pignori, & distrahuntur vnde iudicatis satisfiat. Accedunt ēt vsuræ centesimæ, quibus ex caussa iudicati subiicitur condemnatus Iustiniani constitutione. *l. vlt. Cod. de vsur. rei iud.* Periculū molestiæ a pluribus creditoribus imminet, cū debitor aliqd debet satisdato, id est, fideiussoribus datis. *l. 1. D. qui sat. cog.* Hic enim habet duorū generum creditores; creditorem principalem, & fideiussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec soluat. Placet igitur, vt quæque harum caussarum primo occurrerit, ita in eam caussam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia aliis sunt grauiora, ideo etiam in hoc genere hic ordo seruatus est a veterib., vt primo loco potior habeatur ea caussa, quę famosa est, vt in qua de ęstimatione agatur, re omnium grauissima. *l. cū ex pluribus. 97. l. si quid. 7. ff. eo.* Secundo loco ea, quæ pœnam cōtinet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut vsurarum adiunctam; qualis, quę crescit per inficiationem; qualis obligatio & actio iudicati. *d. l. cum ex pluribus. 97. l. 4. l. 7. ff. eod.* Tertio ea caussa, quæ sub hypotheca vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum. *d. l. cum ex pluribus. 97.* Postremo ea, ex qua quid debetur satisdato. *d. l. 4. eo.*

Si † in caussis, ex quibus debitor ad soluendum cōpelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus; proximus grauitatis gradus est in eo, si qua sit caussa propria debitoris, non aliena: seu si quid is suo, non pro alio fideiussorio nomine debeat. Ideo & post superiorem ordinem placet potiorē haberi caussam propriam, quam fideiussoriam. *d leg. cum ex pluribus. 97. l. 4. eo.* Quę sententia apud veteres iustam dubitationem habere potuit: cum iure vetere tam teneretur quiuis ex caussa fideiussoria, quam ex sua. nam eo iure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fideiussores. *l. 5. C. de fid.* Vnde & Papinianus *in d. l. cum ex pluribus. 97.* huius sententiæ rationem reddere studuit præter ceteras; & ait id veteres ideo definiisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturū fuisse. Ratio sumta ex more & ingenio hominum; qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad vtilitatem, sed etiam ad officium suum pertinere putant, sua potius curare, quam aliena. ex quo & illud tritum sermone prouerbium apud Terentium in Andria, *Proximus sum egomet mihi.* Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Iustiniani fideiussor propemodum in diem debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis absit, aut præsens non sit soluendo. *auth. præsente. C. de fid.* 11

Si † nihil eorum interueniet, sed omnia nomina erunt & in commodo, & proprietate similia: etiam hic tertius grauitatis gradus admissus est a veteribus, vt ex omnibus habeatur caussa grauior, quæ est antiquior. Ideo placet, cū cetera cōcurrent, quod indistincte soluitur, in antiquiorē & vetustiorē caussam solutum videri. *d. l. cum ex pluribus. 97. l. 5. in pr. l. vbi. 24. l. creditor. 102. §. Valerius. ff. eo.* Quod tamen prima fronte videtur a veteribus contra statui debuisse. Nam quo quęque caussa recentior est, eo est & debitori grauior: vt quæ lōgius distans a pręscriptione lōgi tēporis tollatur difficilius, eoque & magis debitorem oneret. Illa contra leuior debitori, quæ est antiquior, propter hanc ipsam præscriptionę tēporis: a qua quo minus distat obligatio, eo ꝓprior est liberationi, eoq; & minus debitorē onerat. Et ita res habet. si vtilitatem spectamus debitoris, leuior illi caussa est, quæ est antiquior: in qua nō soluendo citius perueniat ad lōgi tēporis præscriptionē. Sed hāc exspectare, atq; ideo nō soluere nō est honestū. Turpe est diu debere aliquid, & in eo frustratorē videri. Turpius exceptionē tēporis q̄rere, vt creditorē fraudes. Inde q̄situm interdū, quis sit antiquior 12

13 contractus. Vt † in liberto de contractu operarũ dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata *in l. in liberto. 77. ff. eo.* Finge libertum debere patrono operas. eumdem post manumissionem pleraq; contraxisse cum patrono, aut ex aliis caussis ei debere cœpisse ita, vt extra caussam tẽporis nulla ex his caussis alia esset grauior. deinde summam aliquam patrono soluere sine designatione eius summæ, in quam solutum vellet. Quia hoc casu dicimus id, quod soluitur, in antiquiorem caussam cedere, quæsitum est, an operarum contractus ceteris esset antiquior, an ceteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante ceteros cõtractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse, quia cũ postea operæ indictæ essent, eas non præstitisset? Et res definita est *in dict. leg. in liberto eo.* his verbis; *in liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset.* Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem ceteris, quos libertus cum patrono constitutos habet; & ideo ceteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc; contractum vllum antiquiorem esse non posse operarum contractu; vt hic verbum *contractu* repetamus ex proximo, significeturque, cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare, vt sit antiquior ceteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subiecta efficit, quod cum dicitur, sine cõtractu operarum futurum fuisse, vt nec libertas data esset; significatur hunc contractum iam a principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum. quod & verum est. non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. *l. 1. ff. de oper. lib. l. vlt. ff de statul.* Quod si ita est, perspicuum est hoc colligi, quicumque contractus post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu. eoque & hunc contractum ceteris esse antiquiorem. Hoc & Accursius recte intelligens eodem modo locum accepit. nisi quod ante verbum *operarum* putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset; *in liberto antiquior contractus quam operarum esse non potest.* Hoc quidem ad contextum orationis parum tolerabile, cum nusquam prius sit hoc, *quam*, vnde in reliqua oratione id repetatur, sed tamẽ ad sententiam idem efficit.

14 Sunt † ergo hæ caussæ ordine, in quas quod solutũ est, ante alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationem habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in vnam aliquam queat imputari. Quid fiet, si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis caussis suo cuique ordine tribuetur. quod his verbis expressit Papinianus *in d. l. cum ex plurib. 97. eo.* nihilominus primo contractu, inquit, soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum.

15 Quod † si par dierũ, & contractuũ caussa sit; dierũ, vt nulla caussa alia aliis sit antiquior: contractuũ, vt alii aliis non sint debitori onerosiores: hic Pomponii recepta definitio est, ex omnibus summis pro portione videri solutum. *l. illud. 8. ff. eod.* Recte ex omnibus, non ex vna aliqua præter ceteras; cum omnes caussæ pares sint. Recte pro portione, non æqualiter; vt in paribus caussis tantum vni tribuatur, quantum alii pro portione, quod proportio arithmetica exigit.

Hæc † dicta sunt de pluribus summis principalib⁹, 16 ex quibus itidem diuersæ summę debentur. In quibus de solutione vnius summæ hoc placere in summa animaduertimus; quod sine demonstratione debitoris creditorisue initio solutum est, in grauiorem debitori caussam solutum videri. proinde in eam, quam tolli debitori expediat. Diuersa caussa est, vt proposui, cum agitur de sorte & vsuris; ex quibus sortis obligatio principalis est, vsurarum accessoria. Hic si quid solutũ sit, quod ad vtramque caussam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente seruatur id, quod scriptum est in hac *l. 1.* vt prius in vsuras id quod soluitur, deinde in sortem accepto feratur. Ergo in eã caussam, in quam accepto ferri creditori expedit, non debitori. Est enim, vt initio dixi, creditori vtilius ante acceptum ferri in vsuras, quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in vsuras. Nam sublata obligatione vsurarum præteritarum, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, & simul obligatio futurarum vsurarum. cum si sors prius soluatur, vna cum sorte etiam tollatur obligatio vsurarum accessoria. *l. eos. in prin. ff. de vsur.* quod creditori incommodum est; vtile debitori. Cur ergo non hic quoque sequimur id, quod debitori vtilius cõmodiusque est, vti & in pluribus caussis principalibus? Quia in principalib. id fieri licet sine creditoris dãno & iniuria: in sorte & vsuris non licet. Nã cũ in principalibus caussis quod soluitur, acceptũ fertur in caussã debitori grauiorem pro commodo eius; quamcunque eam caussam esse placet, semper ea vna obligatio creditori tollitur, ceteræ vt æque principales integræ ei manent. Est æquissimum, quod debitori prodest, & creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuiuis in rebus aliis denegaretur. *leg. 2. §. quamquam. Digestis. de aq. plu. ar.* Et hactenus verum est, quod Vlpianus in hac specie *in leg. 1. Digest. eodem.* æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, vt suam ageret. nempe in his caussis principalibus, in quibus id constituit solutum, quod debitori expedit: quia nihil propterea ei in ceteris caussis decedit. Id contra fit in sorte & vsuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim eueniet, quod iam dixi, vt vna cum sorte soluta tollatur etiam obligatio vsurarum, quę tanquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno & iniuria creditoris. Ideo recte placuit non esse admittendum.

Quod dicitur, in proposito id quod soluitur, prius in vsuras accepto ferri; sic accipiendum est, si creditor ita constituat. Potest enim in vsuras acceptum ferre, si velit: potest & si velit, in sortem. Sed hoc posterius facere non cogitur. Totum enim hoc pro commodo eius constitutum est. Quid † tamen, si creditor 17 dum pecuniam accipit, ita cauerit debitori, vt diceret se in sortem & vsuras accipere? An prius in sortem acceptum ferre debebit; deinde quod superest in vsuras, vt est ordo verborum superioris cautionis; an quia coniunctim dictum est, in sortem & vsuras, debet quod solutum est, simul sorti & vsuris decedere pro rata? Nam superior ratio vtramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed ius superius in hac quoque cautione seruandum, vt solutum prius acceptum feratur in vsuras; tum deinde si quid superfuerit, in sortem cedat. hoc *in l. 5. §. vlt. D. eo.* Atenim in re dubia a verbis cautionis discedendũ non est. *l. non aliter. Digestis. de leg. 3. l. 1. §. licet. ver. in re* igitur

igitur dubia. *Digest. de exerc.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quę dixi? Immo illis verbis intelligi potest & istud tertium, vt quod solutum est, imputetur prius in vsuras, tum si quid superest, in sortem. Nam & cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortē & vsuras, etsi verborū ordine ista conuertuntur. Esto, contineatur superioribus verbis & hoc tertium. At certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertium potius sumitur? Et huius obiectionis occupandæ caussa ratio redditur *in leg. 6. seq. Dig. eod.* nec enim, inquit Paulus, ordo scripturæ spectatur; sed potius ex iure sumitur id, quod agi videtur. Recte Paulus. significat enim, vt sunt superiores sententiæ, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. In ambigua oratione ex perpetuis præceptis iuris sequendum esse id, quod actum est. *l. vbi. ff. de reb. dub. l. semper in stipulationibus. D. de reg. iur.* Id quod si in hac cautione quæritur, recte id sumi ex constituto iure. Verisimile est enim contrahentes id quod agunt, attemperare velle ad id, quod in more est, & iure publico, & id sequi, nisi quid appareat aliter eos sibi cauisse.

18 Vsuras † hic quas accipere debeamus, videndum est. Nam quædam per stipulationem ciuiliter deberi possunt: quædam pacto tantum naturaliter. De iis quę debentur ciuiliter, quas easdē debitor cogitur exsoluere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quæ pacto naturaliter tantum debentur, vt possit creditor quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere; id vero est, ꝙ in hac parte dubitationem recipit. Nam & hæ vsuræ sunt, eædemque creditori debitæ. Rursum iure ciuili ita indebitæ, vt ab inuito exigi non possint. Et, ꝙ alia constitutione effectum est, placuit ad eas vsuras constitutionem superiorem non pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datū solutumue sit. *d. l. 5. §. pen. illic, quod generaliter, eo.* Plane si in eas quoque pignus datum erit, quēadmodum per retentionem pignoris vsuræ seruari possunt: *l. per retentionem. l. pignoribus. š. de vsur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretiū acceptū referre in eandē quantitatē, etsi natura tantum debeatur. *l. Paulus. 101. ff. eo.* Nam quod manentibus adhuc pignoribus tribuitur creditori ad pecuniam debitam seruandam, multo magis pignoribus pro cōmodo eius distractis illi tribui debet in ea pecunia, quę inde redacta est. Quod tamē sic seruari placuit, si vsuræ debeātur solū naturaliter, vt pacto. Quod si quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debeantur; constitutum hic est, cum creditor pignore distracto pecuniam redigit, non posse eum quod soluitur in vsuras, id est, quod sic accipit, vt imputet in vsuras, non posse, *inquam*, eum id retinere pro arbitrio in eas vsuras, quæ naturaliter debeantur, sed ad vtramque caussam vsurarum, tam debitarum, quam indebitarum pertinere; & quidē æqualiter, etsi summa vtrarumque non sit eadem, *d. l. 5. §. penultim. Digest. eodem.* vt, si proponas vsuras ciuiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, & viginti a debitore soluta, detrahentur de singulis vsuris decem ex æquo, non autem pro rata cuiusque vsuræ portione, *dicta. leg. quinta. §. penultimo.*

## L. Liberari. II.

### Imp. Alexander. A. Bassæ.

*Liberari fideiussores, quoties fiscus tam debitori quam creditori (licet diuersis stationibus) succedit, ius certum est. Quod & in tua persona procuratores mei custodient. PP. Cal. Iul. Lupo & Maximo Coss. 233.*

### Summaria.

1 *Confusione fideiussores liberari, etiam cum fiscus debitori simul & creditori succedit, licet non vna, sed diuersis rationibus.*

2 *Vna ratione, aut diuersis fiscum succedere debitori & creditori quid sit.*

3 *Vtro modo ex his fiscus succedat, fideiussores liberari: & cur.*

4 *Diuersis rationibus hic legendum, vt vulgo, non diuersis stationibus: & cur hoc posterius conuenire non possit.*

5 *De confusione cur sub titulo de solutionibus.*

Quoties † creditor debitori suo succedit, vel cōtra, toties confusione tollitur obligatio. *l. debitori. sup. de pact.* Obligatione sublata hoc euenit, vt & fideiussores liberentur. *leg. in omnibus speciebus. Dig. eodem.* Hoc ius in priuatis certum est. Idem in persona fisci, qui debitori simul & creditori successerit, seruandum esse hoc rescripto declaratur. Sed additur, quod nonnullam difficultatem habet; nempe euenire hic quoque, vt fisci fideiussores liberentur, licet debitori & creditori successerit fiscus, non vna ratione, sed diuersis. His verbis quid significetur, ambigitur. Et † dicitur fiscus succedere ambobus vna ratione, cum succedit ex vna caussa ambobus. Diuersis autē rationibus tunc, cum ambobus succedit ex diuersis caussis, vt hic ratio significet caussam. Vtrumque autem contingit hoc modo. Fiscus ambobus succedit vna ratione, cum creditor priuatus prius heres institutus a debitore suo ei heres exstitit, vel tanquam proximus agnatus intestato successit, ac deinde creditore damnato ex publico crimine, bona eius ea damnatione ad fiscum peruenerunt. Hoc modo primum fiscus creditori damnato succedere intelligitur. His. n. fiscus successor est, quorum ille bona occupat. *leg. cum tabulis. in fin. Dig. de his quæ vt ind. l. 2. infra. ad leg. Iul. de vi.* Post deinde idem fiscus per hunc creditorem heres fit etiam debitori, cui creditor prius heres exstiterat. *l. 3. Digest. de pet. her. l. vlt. š. de her. inst.* Sic autem dicitur fiscus succedere vtrique vna tantum ratione, quia succedit ex vna tantū caussa, nempe ex vno delicto creditoris. Contra fiscus vtrique succedit diuersis rationibus, cum primum damnato debitore fiscus eius bona ex ea damnatione occupat; deinde etiam damnatur creditor ex alio crimine. sic enim fit, vt ambobus succedat separatim, & ex diuersis causis, id est, diuersis criminibus, & diuersis damnationibus.

Ergo † cum fiscus priore modo succedit vtrique & 3 creditori & debitori ex solius creditoris damnatione, pro confesso hic sumitur fideiussores liberatos fisco non teneri. Et recte. nam viuo adhuc creditore suo liberati erant, cū is debitori successisset. Semel liberati nō reuocantur amplius in obligationem. in perpetuū enim exstincta obligatio non resuscitatur. *leg. qui res. §. aream. Digest. eodem.* Huc accedit, quod fiscus creditoris successor est. Quoties autē fiscus priuato succedit, toties iure priuati vtitur pro anterioribus suæ suc-

cessionis debitis & creditis. *l.fiscus.6.ff.de iur.fisci.* At cum fiscus succedit vtrique diuersis rationibus, puta debitori damnato primum, post deinde & creditori ex alio crimine; iusta dubitatio est, num fideiussores liberentur. Et vero non liberari quis dixerit. Cũ enim primum fiscus succedit debitori, manet adhuc obligatio principalis, qua tenetur fiscus creditori, cui ob id & fideiussores adhuc obligantur. *leg.1.supra.de fidei.* Ita cum postea idem fiscus creditori huic succedit, nẽpe ei succedit, cui fideiussores adhuc tenebantur: vt consentaneum videri possit, fiscum qui in eius locum succedit, eodem iure vti posse aduersus fideiussores. Huc accedit priuilegium, & fauor fisci, de quo *tot.tit. supra.de priuileg.fisci. & dict.leg.6. Digestis. de iur. fisci.* Et ad mi[illegible]uendam hanc dubitationem hoc rescriptũ relatum est; quo declaratur etiam hoc casu, cum fiscus succedit creditori, cui fideiussores tenebantur, nihilominus fideiussores liberari, si prius idem fiscus debitori successisset, quamuis separatim & diuersa ratione. Hoc ideo, quia hic quoque confunditur obligatio non minus, quam priore casu. Nihil ad rem pertinet priuilegium, & fauor fisci. Vtrumque enim in fisco seruatur, quoad potest. Nunc autem natura non patitur, vt idem creditor sit & debitor. Eademque natura efficit, vt principali obligatione sublata, non sit accessionibus locus. *l.cum principalis. D.de regul.iuris. l.in omnibus specieb. D. de sol.* Fideiussores porro accessio sunt principalis obligationis. *§.fideiussores. Inst.de fideius.*

4 Accursius † legit *diuersis stationibus.* quam lectionem etiam quidam retinendam putant, interpretanturque *stationes*, officinas seu tabernas & mẽsas varias fisci; vt sit sensus, aliquem accepisse pecuniam ex vna taberna a fisco, eumdem in alia taberna pecuniã fisco credidisse, & ita eumdem esse debitorem & creditorẽ fisci ex diuersis stationibus, id est, officinis & tabernis. Quod nullo modo huic loco cõuenire potest. Primũ sententiæ orationis aduersatur. Hæc enim oratio, *licet diuersis siue stationibus, siue rationibus*, quocumque modo ex his legamus, aduersatiua est, posita augendæ dubitationis caussa; quam tamen remouet. At si legimus *diuersis stationibus*, vt efficiatur ea sententia, quã dixi, nullam habet ea oratio probabilem caussam dubitationis, cur fideiussores tunc non liberentur, cum fiscus idem creditori & debitori suo succedit, fitque idem debitor & creditor. Immo vero tantum abest, vt faciat ad augendam dubitationem, vt magis dubitationem tollat. Nam hoc modo bis confunditur obligatio in persona fisci. Tum autem verbis conuenire non potest vllo modo. Ex hac enim interpretatione fingitur fiscus esse debitor primus, & creditor. Nunc autem hic agitur de fisco, qui tã debitori quã creditori successit. Deinde ex hac interpretatione verba hæc, *licet diuersis stationibus*, necesse erit referri ad verba *debitoris & creditoris*, vt intelligamus eum, qui sit debitor & creditor ex diuersis stationibus. quod contextus non patitur: in quo illa adiectio non potest referri, nisi ad verbum *succedit*, quod solum est in vniuersa facti propositione. Est enim adiectio motum, eiusque ꝓgressum a caussis obligationis indicans. Motus autem tantum cadit in verbum: non cadit in nomen, quod neque actionem, neque passionem significat. Vnde necesse erit hunc sensum esse, vt dicatur fiscus succedere debitori, & creditori ex diuersis officinis. quod apparet non tantum falso, sed etiam ineptissime dici. Vt enim debitor ex vna officina debere cœperit, creditor ex alia officina crediderit fisco: non põt tamen fiscus his succedẽs dici succedere ex his officinis. succedit enim ex crimine & damnatione, non ex loco, aut caussis contractuum præcedentium. Nõ † 5 omnino autem abs re est, quod hic locus de confusione in hunc titulum relatus est. Nam confusio interdũ pro solutione est. *l.Stychum. §. additio.ff.eo.*

*L.Si cum.III. L.Nihil.IIII.*
*L.Cum Maritum.XI. L.Inuito.XII.*

Imp. Gordianus A. Apollonio.

*Si cum seruus liberam peculii administrationem haberet, mutuã ab eo accepisti pecuniã, eiusq; ante ademtũ peculium, vel priusquam ademtum cognosceres eam exsoluisti: ea solutione liberatus es. PP. S. Cal. Octob. Pio & Ponciano. Coss.239.*

SVMMARIA.

1 *Creditori maiori & sanæ mentis recte solui.*
2 *Alii quam creditori recte solui voluntate creditoris.*
3 *Voluntate creditoris solui, siue mandet, siue ratum habeat.*
4 *Procuratori recte solui.*
5 *Seruo qui peculium habet, recte solui; quando.*
6 *Mandato reuocato non recte solui procuratori: & peculio ademto non recte solui seruo, si debitor hac facta sciat: diuersum, si ignoret.*
7 *Minoribus quomodo recte soluatur.*

His rescriptis quatuor exponitur ille locus, cui re- 1 ctè soluatur ad liberationem debitoris. De eo ita statuẽdum. Alia in eo caussa est creditoris minoris, & eius qui auxilio tutoris aut curatoris regitur; alia maioris viginti quinque annis, qui curatorem non habet. Creditori † ipsi, dum maiori & sanæ mentis, citra controuersiam recte soluitur. *l.4.in pr.leg.inuito.in fi. hic.* Est enim is, cui debetur, id est, is, cui ex obligatione præstandum est: vt dum ei soluitur, plane eo modo satisfiat obligationi. Vnde & liberationem exsistere necesse est.

Contraria † de caussa alii frustra soluitur inuito aut 2 ignorante creditore. *d.l.inuito.in pr.* Quippe hoc modo nõ fit, quod debuit ex obligatione. Sed hoc, *inquã*, ita, si inuito aut ignorante creditore soluitur. Voluntate eius qui alii soluit, non minus liberatur, quam si ipsi creditori soluisset. *dict.leg.inuito. dict.l.4.hic.* Voluntate † creditoris alii solui intelligitur, siue mandet 3 creditor debitori, vt alii soluat; siue cum ignorante eo solutum esset, postea ratum habeat. *dicta. leg. inuito.* Idem est, etsi debitori creditor nihil mandauit; sed mandauit alii, vt pecuniam a debitore acciperet. *leg.3. hic.* De mandante creditore nulla dubitatio est. De eo qui ratã habet, desiit dubitari, postquã obtinuit ratihabitionem mandato comparari. *l.vero.in fi. Digestis. eodem.* Quod autem diximus idem esse, etsi creditor non debitori, sed alii mandauit, vt pecuniam vel exigeret, vel oblatã acciperet; declaratur ea re maxime, quod etsi tacitum mandatum creditoris interuenerit de pecunia exigenda, recipiendaue, tamen ei cui ita mandatum sit, placet recte solui. Argumento sunt procurator vniuersorum bonorum, & seruus cui dominus liberam peculii administrationem dedit. Vero † procuratori recte solui placet, non tantum si ei 4 mandatum est specialiter, vt pecuniã exigeret, vel acciperet oblatam: sed etiam si ei omnium negotiorum administratio mandata sit. *l.vero.in pr.ff.eo.* Nempe qa administrationis verbo tacite etiam exactio huius

pecuniæ

5 pecuniæ concessa est. † Hac de caussa & ei seruo recte soluitur, qui liberam peculii administrationẽ habet, si ei soluatur, priusquam debitor ademtũ ei peculium cognosceret, *vt est in l. 3. hic.* Imo adeo & si seruo dominus peculium habere permisit, hoc ipso & eum peculiares nummos recte mutuo dare, & cum dederit, recte ei solui placuit. *l. 2. §. vlt. D. si cer. pet. l. si seruus. l. quod seruus. D. eo.* Non alia de caussa, quam quod peculium est, quod seruus habet permissu domini separatum a rationibus dominicis, *l. quam Tuberonis. D. de pecul.* Hoc autem permittere, est permittere, vt id omne seruus habeat tanquam proprium patrimoniũ: sic enim *peculium* definitur, quasi pusillum patrimonium seruorum filiorumq; familias. *§. actiones autem, Inst. de act.* Hactenus ergo seruo saltem hoc concessum, vt peculium tanquam patrimonium suum exercere, si non per omnia vt dominus, at saltem vt tanquã bonus paterfamilias possit peculiares nummos recte collocare, & cum deberi cœperit, recte accipere, ne nummi apud eum vacent, *vt scripsi ad l. 2. §. vlt. si cer. per.* Quid est igitur, quod hic *in l. 3.* adiicitur, liberari debitorem, si pecuniam mutuam a seruo, qui liberam peculii administrationem habet, acceperit, eique ante ademtum peculium, vel priusquam ademtum cognosceret, eam exsoluerit? Non sane, quia pecunia a seruo qui peculium habet, mutuo dari non possit, aut ab eo data non possit ei solui, nisi liberam peculii administrationem habeat; sed vt significetur, quamuis libera ista administratio ei concessa sit, tamẽ ne sic quidem ei recte solui, si soluatur post ademtum peculium, quod debitor ademtum non ignoraret, atque hoc modo declaretur, quod seruo recte soluitur, totum id neq; ex peculii iure, neq; ex liberæ administrationis concessione, sed ex voluntate domini eiusdemq; creditoris pendere.

6 Mandante † & volente creditore pecunia alicui solui intelligitur, si mandatum & volũtas perseueret. Ceterum mandatum reuocatum, mandatum esse desinit. Quo fit, vt reuocato mandato si debitor quamuis illi ipsi, cui prius mandatum erat, soluat, non liberetur, si tamen sciat reuocatum mandatum. Si ignoret, vtilitatis caussa receptum est, vt nihilominus liberetur. *l. vero. D. eo §. recte. Inst. de mand.* Inde & peculio finito, & libera peculii administratione reuocata, potestatem seruo soluendi finiri placet *d. l. 3. hic.* Sed hic monendi sumus tunc solum creditorem posse volũtatem suam de pecunia alii soluenda reuocare, cum potestas alii soluendi ex stipulatione aut conuentione debitori tributa non est. Diuersum est, si debitor ab initio in re contrahenda hanc potestatem acceperit voluntate creditoris, vtputa, promisit quis cẽtum tibi, aut Titio. Huic Titio recte soluet, quandocumque volet, etiam inuito & prohibente creditore; quia stipulatio ab initio certam conditionem accepit, quã debitori inuito creditor auferre non potest. *d. l. vero. D. eodem.*

7 Hæc de maioribus creditoribus dicta sunt. In minoribus autem contra euenit, vt his solui non possit sine tutorum aut curatorum auctoritate. *l. cum maritum. hic. §. at ex contrario. Inst. quib. al. lic. vel nõ, l. pupillo. D. eod.* Ex horum autem auctoritate minoribus recte soluitur. *d. §. at ex contrario.* Quinimmo & tutoribus & curatoribus *l. quod si forte. § 1 D. eo.* quia scilicet tutores & curatores dominorum loco sunt, cum tutelam administrant. *l. tutor qui tutelam. D. de admin. tut.* Sed quam non sit tuta hæc liberatio in omnibus caussis, & quid ad plenam cautionem debitoris in ea solutione requiratur, alibi admonemur, petendum ex constitutione Iustiniani, quæ de hac re scripta est, *l. sancimus. C. de admi. tut.* & refertur *in d. §. at ex contrario.*

*L. Nulla. V.*

Idem A Celso.

*Nulla tibi aduersus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras; cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris, euanescere soleat obligatio. PP. 15. Cal. Nou. Pio & Pontiano Coss. 239.*

SVMMARIA.

1 *Extraneum solutionem offerentem frustra petere ab inuito creditore, vt sibi cedat actiones aduersus debitorem, & hoc quam recte.*

2 *Soluendo quemque pro debitore eum inuitum & ignorantem liberare: & quam recte hic liberatio inuito acquiratur.*

3 *Soluere quemque posse non solum pro debitore inuito, sed etiam inuito creditori; vt nisi pecuniam accipiat, liceat oblatam resignare, & ea obsignatione debitorem liberare.*

QVia ita ius erat, vt liceret vnicuique pro debitore soluere, de quo paulo post: quærebatur, an extraneus, qui pro debitore soluere paratus esset, posset etiam iure petere a creditore, vt sibi cederet aduersus debitorem actiones suas; quasi hoc priori illi iuri consequẽs foret. Mouet exemplum fideiussoris; qui cum pro debitore soluit, potest desiderare a debitore, vt sibi cedat actiones aduersus debitorem, itemque actiones hypothecarias. *l. 2. l. cum alter. l. mãdati. 5. de fideiuss. l. Modestinus. D. eo.* Huc accedit, quod ea res soluenti prodest, creditori nihil nocet, vt videatur non iniquum id a creditore petere. *argum. in l. 2. §. quamquam. D. de aq. & aq. plu. arc.* † Rescriptum est hoc loco, frustra extraneũ id ab inuito creditore petere, quamuis solutionem pro debitore offerat: hac ratione, quod nulla ei ad eam rem superest actio. Cõpositum pro simplici positum. Nulla superest actio, pro nulla est actio. Nam nec ante vlla tibi soluturo competebat. Nihil ad rem pertinet exemplum fideiussoris. Nam hic soluit creditori suo, non alieno, & de alieno hic agitur. Mandator, itemque fideiussor aduersus creditorem actionem habere possunt. *d. leg. Modestinus.* Atque vt nullam actionem haberent: tamen exceptionem habent, qua se aduersus creditorẽ tueãtur, nisi paratus sit actiones cedere, vt docuimus *ad l. 2. 5. de fidei.* Nihil horum est in solutore extraneo, qui creditori alieno soluit. Nã nulla potest exceptio ei esse aduersus creditorem, qui nihil petit. *tot. tit. de excep.* Nullam ei actionem esse constat: quia cum alieno creditore non contraxit. Et quod dicitur hanc cessionem non nocere creditori, vere dicitur. Sed & illud verum est, eam solutori nihil prodesse, quia is soluere non cogitur, & melius est, eum ab initio non soluere, quam pecunia soluta ad eam repetendam remedium quærere. 1

Quod † reliquum est, statuitur hoc loco ad extremum generalis sententia illa, vnde superior quæstio nascebatur, solutione ab alio facta nomine debitoris, euanescere obligationem. Quod sic interpretandum est, vt liceat cuiuis extraneo pro debitore soluere nõ 2

solum ita, vt ea solutione debitorem volentem liberet, sed etiam vt liberet ignorantem & inuitum. *l. solutione. l. si pro me. l. soluere. D. eo. Inst. quib. mo. tol. ob. in prin.* Ne quem moueant ea, quæ contra disseri solent. Pro inuito creditore pecuniam alii exigere non licet, vt debitor eo facto liberetur. *l. inuito.* ℨ. Cur igitur magis pro inuito debitore liceat soluere? In promtu ratio est, quæ compluribus locis est tradita. Pro creditore quis exigens creditori nocet, si debitorem liberat. At pro inuito si soluit, debitori prodest simul & creditori. Est autem secundum naturæ & omnis iuris regulam, licere vnicuique alterius conditionem meliorem facere, non licere autem facere deteriorem. hoc *in l. soluendo D. de neg. gest. & l. soluere. D. eo.* Est præterea regula iuris, Inuito beneficium non dari, seu non acquiri. *l. inuito. D. de reg. iur. l. hoc iure. §. non potest. D. de don.* An non igitur eadem opera negatur inuito acquiri liberationem, in qua est beneficium? Non negatur. Illud enim, *inuito beneficium non adquiri*, sic accipiendum est, vt inuito principaliter & recta nunquam adquiratur. per consequentiam autem quominus possit acquiri, nihil prohibet, si prius acquisitio in re aliqua aut in aliqua persona constiterit, ex qua re aut persona necessario beneficium ad nos deriuetur, vt in specie proposita accidit. Nam cũ extraneus soluit creditori, quod debetur, facit, vt non sit res amplius, quæ debeatur. Re debita sublata, consistit in ea re obligationis solutio. Nam sine re, quæ debetur, nulla obligatio esse potest. Vnde etiam debitores omnes interitu rei debitæ liberantur. *leg. si ex legati. D. de verb. oblig.* Porro obligatione rei quouis modo sublata, necessaria consequentia efficitur, vt debitor qui prius fuerat, liberetur, qui sine obligatione teneri non potuit. Idem dicendum est de personis aliis, in quibus prius acquisitio constitit, a quibus deinde ad nos necessaria consequentia iuris ea acquisitio transfertur, vt, cum ii, qui sunt in potestate nostra, aut aliquid acquirunt, aut in re aliqua liberãtur. Quia enim acquisitio primum in eorum persona consistit, & iuris ratio facit, vt quidquid per eos acquiritur, statim nobis acquiratur. *l. placet. D. de acq. her. §. item vobis. Inst. per quas pers. nob. acq.* fit hic quoque per consequentiam, vt beneficium ad nos transeat, quod prius in aliis constitit, quam in nobis. Huc pertinet *lex seruus vetante. D. de ver. obl.*

3 Non † tantum autem cuiuis extraneo licet soluere pro inuito debitore, sed etiã licet soluere inuito creditori, tametsi hoc loco nihil aliud dicatur, quam solutione facta, id est, a creditore admissa, debitorem liberari: vt scilicet quemadmodum debitor ipse, si pecuniam offerat creditori, & illo recusante pecuniam obsignatam solemniter deponat, se omni obligatione liberat. *l. obsignatione.* ℨ. ita & quiuis, qui creditori nihil debeat, eadẽ obsignatione debitori idem præstet. *l. Paulus. §. 1. D. quib. mo. pig. vel hy. sol. l. 1. ℨ. qui pot. in pig. hab.* Merito. nihil enim interest ad liberationẽ debitoris, vtrum ipse soluat, an vero alius pro eo. *Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.*

L. Si inter. VI.

Idem A. Alexandro.

*Si inter patrem tuum, eosq́, quos debitores esse dicebas non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantũmodo recuperata, vniuersum se recepisse cauit, nec de superfluo eos, quos verbis obligauit, per acceptilationem liberauit, nec donationis caussa id factum est, ex superantis debiti integra ei repetitio competit. P P. Id Feb. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIVM.

1 *Falsa confessio debiti accepti quatenus non noceat creditori.*

FAlsa confessio & professio omnis, vt substantiam rei non mutat, ita veritati nõ nocet. *l. Imperatores, D. de prob. l. non nudis. supr. de prob. l. 2. supr. de non num. pec.* Proinde si quis in instrumento confessus sit, se pecuniam a debitore accepisse, quam non accepit, non nocebit confessio creditori, quo minus illi integra maneat actio: nisi de eo quod non accepit, debitorẽ liberarit, aut per acceptilationẽ, aut pacto transactionis, donationisue caussa interposito, *vt hic traditur, & l. interest. l. si literarum.* ℨ. *eo.* Sed diligenter animaduertendum est, his rescriptis hoc solum constanter dici, post hanc confessionem integram actionem manere. Non dicitur simpliciter, hanc confessionem non nocere creditori, & recte. Reuera enim nocet in re dubia, in qua oportet vnũquemque confessioni suæ stare, quamdiu nihil contra probetur. *leg. generaliter. supr. de non num. pec. l. cum de indebito. in fin. D. de prob.* Sed si creditor, qui confessus est, paratus sit probare, se confessum esse accepisse, quod non accepisset, veritati, vt dixi, locus supererit, & recte debitum repeter, vt hic dicitur. Id autem ita probare potest confessus, si doceat, se confessum esse deceptum errore falsæ caussæ præteritæ, aut futuræ, quæ secuta nõ est. Præteritæ, vt si sibi persuaserit eam pecuniam, de qua cõfitebatur, recte solutam esse, cum debitor diceret, se eam soluisse eius institori, aut procuratori, aut filio peregre agenti. Errore falsæ caussæ futuræ, si quis spe futuræ numerationis confessus sit in præsentia se accepisse. *d. l. interest. & l si literarum.* ℨ. *eo.*

L. Eius. VII.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Antiocho.

*Eius quantitatis, cuius petitionem ratio compensationis excludit, vsuras non posse reposci manifestum est. PP. V. Cal. Aug. Perechrino & Aemyliano Coss. 245.*

SVMMARIA.

1 *Compensationem pro solutione esse, eamdemque vim habere.*

COmpensatio pro solutione est. *l. si constat. supr. de comp.* Proinde & eosdẽ habet effectus: inter quos est liberatio vsurarum. Vt pecunia soluta, aut creditore non accipiente obsignata & deposita, debitor periculo omni vsurarum & aliarum rerum liberatur. *l. acceptam. supr. de vsur.* ita admissa compensatione, cuius ratio ipso iure habetur, nõ ex eo tempore, quo debitor iudicio conueniri cœpit, & exceptione compensationis vsus est, liberatur, sed ex quo a debitore & creditore eadem summa vtrique deberi cœpit. quod eleganter comprehensum est *in d. l. si constat. & l. seq. supr. de compens.* idem hoc loco.

L. Vsuras. VIII.

Idem A & C. Rufino.

*Vsuras, quæ quotannis in vrbe numerandæ sunt, premittere alio loco depẽdi, nisi ex iusta caussa, exempli ratio minime sinit. PP. V. Idus Maii. Philippo A & Titiano Coss. 246.*

SVMMARIA.

1 *Permittere, & dependi, hic legendum, & loci sententiam eamdem esse, quæ expressa est in l. pen. D. de eo quod cer. lo.*

Exempli

2 *Exempli rationem non sinere hoc loco, quid sit.*
3 *Certo loco promissum alio loco etiam inuito creditore solui posse ex caussa: & quæ hic caussa.*

Lectio huius loci variat, a qua quoniam pēdet sententia huius rescripti, ideo initio nobis animaduertēda est. In quibusdam exemplaribus legitur, *promittere alio loco*: in aliis, *permittere, alio loco*, quā varietatem Accursius agnouit, & cum eo vulgo interpretes vtramq; lectionem retinent, parum intelligenter.
1 †Aperte enim legendum est, *permittere*, non *promittere*. Nam quod certo loco dari promissum est, licet debitori alio quouis loco promittere: quoniam non promittit nisi volenti, non enim perficitur stipulatio, nisi ex duorum consensu. *l. inter. §. 1. l. continuus. §. 1. D. de verb. obl.* Licet autem cuiuis citra controuersiam volenti alio loco promittere, quemadmodum & volenti soluere licet. *arg. l. pen. D. de eo, quod cer. loc.* Permittere autem alio loco solui, quam quo loco ex stipulatione dari debuit, hoc est, quod iuris ratio non finit; idem, quod hoc rescripto permitti prohibetur. Itaque rescripti ea sententia est, quæ expressa est *in l. pen. D. de eo quod cer. loc.* id quod quis certo loco promisit, alio loco inuito creditore solui non posse. Quo eodem ex loco intelligimus, in hoc rescripto non deferri legendum esse, sed dependi, vt est in veteribus exemplaribus. Dependere præstare est, & soluere. *l. 3. §. 1. D. de vsur.* Adiicitur hoc loco caussa, cur id non permittatur.
2 Ratio exempli, aiunt Imperatores, id non sinit, id est, quia id, nempe permittere alio loco solui pecuniam, si non per se iniquum est, at iniquum est propter exemplum, &, vt alibi dicitur, exemplo perniciosum est. *l. exemplo. C. de prob.* Id hanc sententiam habet: fieri potest, vt in ea caussa, quæ nunc proponitur, debitor sic alio loco pecuniam offerat creditori suo, vt reuera nullum sit incōmodum creditori eo loco accipere, eoque in ea caussa non sit iniquum per se eum cogere. Sed si in hac caussa admiserimus, in omnibus aliis caussis & debitoribus admittendum erit propter exemplum; iura enim non in singulas personas, sed generaliter constituuntur *l. iura. D. de legib.* Hoc autē exemplum admittere, iniuriosum, &, vt supra diximus perniciosum, id est, tale, quod aliis in re pari perniciē publice adferat. multis enim modis accidere potest,
3 vt non expediat creditori pecuniā accipere.† Adiicitur hoc rescripto exceptio, nisi ex caussa iusta, quam exceptionem intelligimus adiiciendam esse. *d. l. pen. D. de eo quod cer. loc.* Duplex autem iusta caussa est, cur alio loco pecunia offerri possit: vel quod solui pecunia constituto loco non possit, puta sublato loco chasmate, aut occupato a mari, vel ab hostibus, aut itineribus vi externa interclusis. Vel quod alio loco soluere euidenter expediat & creditori & debitori. Veluti, si creditor eo loco pecuniam debeat alii, quam & necesse habeat soluere, debitor autem eam pecuniam offerat pro creditore, vbi is aliam non habeat. Hic manifestum est, si creditor hanc solutionem recuset, non ob aliam caussam recusare, quam vt molestiam exhibeat debitori suo nullum aliud commodum inde laturus. malitiis non est indulgendum. *l. in fundo. D. de rei vind. l. si cui simplici. D. de seruit.* de quo plura scripsi *ad d. l. pen. D. de eo quod cer. loco.*

*L. Obsignatione. IX.*

Impp. Diocle. & Max. AA. Cassio.

*Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata. PP. V. Id. Maii, Maximo 2. & Aquilino Coss. 286.*

SVMMARIA

1 *Obsignatione pecuniæ debitorem liberari: & quali.*
2 *Obsignatio solemnis, quæ.*
3 *Oblatio pecuniæ ad obsignationem solemnem, qualis esse debeat.*
4 *Testatio in oblatione quid, & cur adhibenda.*
5 *Obsignare quid.*
6 *Obsignationis finis.*
7 *Depositio pecuniæ ad solemnem obsignationem qualis, & cur requiratur.*
8 *Totam pecuniam offerri debere: partem oblatam iuste creditorem recusare, siue debitor totum se debere fateatur, siue partem tantum.*
9 *Opportunus locus dandi & offerendi quis.*
10 *Opportunum soluendi & offerendi tempus.*
11 *Obsignationis effectus ad liberationem.*
12 *Debitorem si pecuniam obsignatam ad se receperit, incipere vtili actione ex vetere caussa teneri.*
13 *L. debitor. D. de vsuris explicatur.*
14 *Oblatione sola neminem a principio liberari vel per exceptionem, nisi ex caussa publicarum pensitationum.*
15 *Oblationis effectus quatuor.*
16 *Oblata pecunia amissa sine culpa debitoris liberari debitorem, in strictis iudiciis per exceptionem, in bonæ fidei ipso iure, cur, & quid intersit.*
17 *Pecunia ad solutionem destinata amissa non liberari debitorem, nisi prius pecunia oblata sit: specie debita amissa sine culpa debitoris continuo nasci liberationem, & differentiæ ratio.*

Obsignatione pecuniæ debitor liberatur; sed iis conditionibus, quæ hoc rescripto præstituuntur; 1 si solēniter obsignatio fiat; & si iusta sit oblatio. Solemnis† obsignatio est, in qua hæc tria ordine cō- 2 currunt, oblatio pecuniæ debitæ, obsignatio oblatæ, & oblatæ in locum publicum depositio, quæ comprehensa sunt maxime *in l. acceptam. supr. de vsur.* sed & aliis locis similibus prope innumeris, *vt l. si creditrici. eo. tit. l. creditor. supr. de pig. l. vlt. supr. deb. vend. pig. imp. non pos. l. vlt. supr. de luit. pig. l. tutor pro pupillo. in fi. D. de adm. tut.* † Oblatio id continet, vt pecunia offeratur creditori. 3 Hac oblatione non præcedente nihil prodest debitori ad solutiónem, pecuniam obsignatam apud se habere. *l. 2. supr. de vsur.* In† oblatione pecuniæ ius exigit testationem siue contestationem. 4 *d. l. acceptam. supr. de vsur.* Id significat, pecuniam offerri debere testibus præsentibus, vt explicatur *in l. si creditrici. supr. de vsur.* Vsus testationis hic est, vt si neget creditor pecuniam totam sibi offerri, aut neget esse probam, debitor vtrumq; possit ostendere testibus præsentibus. Item si creditor recuset omnem numerationem, testari possunt testes, pecuniam illi recte oblatam, ipsum autem recusasse accipere. Oblationē sequi debet obsignatio. Hoc autem continet, vt creditore oblatam pecuniam recusante debitor obsignet. *d. l. si creditrici. & l. acceptam.* Obtulisse non est satis, nisi obsignetur. *l. tutor pro pupillo. in fin. D. de adm. tut.* Obsignare † pecuniam est in sacculum aut aliam materiam immissam includere, & sacculo ita sigillum 5 imponere, vt nisi amoto sigillo sacculus aperiri non possit. *l. 1. §. si pecunia. D. depos.* Obsignationis † finis 6 hic est, partim vt debitoris existimationi consulatur, partim vt creditoris vtilitati. Nam si pecunia a credi-

tore recipietur manente sigillo, intelligetur ex eo, debitorem rem ab initio bona fide gessisse, dum apparebit, congruere summam, quam ille dixit, cũ postea in sacculum nihil adiectum sit, vt integrum sigillum declarat. Quod si sacculus resignatus erit, quod ex signo amoto facile apparebit, caussa erit creditori, cur aduersus depositarium agat, & quo probet, sacculum
7 dolo resignatum esse. Ne† hoc quidem satis, pecuniã obsignasse, nisi debitor obsignatam deponat in tuto loco, vt est *in d.l. tutor pro pupillo. in fin. D. de admi. tut.* Tutus autem locus is habetur, qui est publicus*, vt hoc explicatur *in d. l. acceptam. supr. de vsur.* Sed ne quemuis publicum hic tutum & idoneum putemus, adiicitur ibidẽ, in hoc casu publicum intelligi oportere vel ædem sacram, vt olim, cum pecuniæ apud ædituos deponebantur, vel vt nunc & olim, eum locũ, vbi competens iudex super ea re aditus deponi constituerit. Hanc depositionem perspicuum est, creditoris caussa exigi, ne pecunia in medio relicta ab obuiis quibusque auferatur. Sed & debitoris: vt scilicet cum superiora tria præcesserint, si pecunia postea pereat, habeat creditor, quod de se solum queratur, non de debitore. Sciendum est tria ista exigi, cum creditor præsens est, cui pecunia offerri possit. Quod si creditor aberit, magistratus interpellandus est. *l. si creditrici. supr. de vsur.* Nempe vt eo præsente pecunia offeratur. deinde obsignata eius auctoritate deponatur. tum id pro iusta oblatione cedet.

Non est satis obsignationem solemniter fieri, oblationem præterea iustam esse oportet, vt nulla sit creditori recusandi caussa. Vt oblatio iusta sit, in eo
8 tres sunt conditiones, quas sigillatim exsequar. Prima† est, vt tota pecunia debita offeratur, vt hic cõstitutum est, *& d.l. acceptam. s. de vsur.* vbi hoc amplius additur, pecuniam cum vsuris offerendam esse. Idem *in l. vlt. s. deb. vend. pig. imp.* Hinc intelligimus esse verissimum, quod communi sententia interpretum cõstituitur, solutionem partium iuste creditorem recusare. Et hic locus diligenter in eam sententiam notandus est aduersus cauillationes Alciati, qui in omnibus locis, in quibus legitur, particulatim pecuniam creditori offerri non licere, ait ideo fieri, quia in illis de conditione implenda agitur: conditio autẽ pro parte impleri non potest. *l. cui fundus. D. de cond. & dem.* Etsi hoc nonnullam probabilitatis speciem habet in aliis locis; tamen cauillatio hoc vno loco aperte retunditur, vbi de pecunia principali debita agitur, & nihilominus exigitur, vt obsignetur tota. Adeoque verum est, non cogi creditorem per partes accipere, vt putem, ne tunc quidem cogendum esse partem accipere, cum debitor partem tãtum fatetur, & partem negat. Nam si creditori ab initio ius constitutum est, partem oblatam recusandi, hoc ius vlla confessione aut negatione debitoris illi extorqueri non potest. *arg. in l. vlt. D. de pact. l. habere. in fin. D. de euict.* nec ad rẽ pertinet *l. quidã. D. si cer. pet.* cuius argumento vulgo in contrariam sententiã vtuntur. Nã quod illic dicitur, cum debitor fatetur, partem se debere, creditorem cogendum esse partem accipere, non absolute dicitur, sed cum conditione, si creditor, id quod petit, velit consequi. Prius enim responsum erat, creditorem eam partem, quam debitor fatetur, iudicio consequi non posse. Vnde subiici intelligendum est, si quidem eam consequi velit, cogi eum accipere extra iudicium. Sed hac conditione, *inquam*, si velit partem oblatam cõsequi. Quod si eam oblatam accipere neque in iudicio neq; extra iudicium volet, is accipere vtiq; non cogitur. Optima ratione, quæ & vulgo redditur, quia non est cogendus creditor eam solutionem accipere, ex qua aliquod damnũ metuat. *l. debitorem. 99. D. eo.* Partium autem solutio non minima incommoda habet. *l. 3. D. fam. hercis.* Sed de hac quæstione scripsi pluribus & ex professo ad *d. l. quidã.*

Altera† conditio est, vt pecunia idoneo loco offe- 9
ratur; quæ hic traditur *& l. qui Romæ. in prin. D. de ver. obl.* Proinde quod nõ offertur opportuno loco, iuste a creditore recusatur. Quod sine loci adiectione dari promissum est, si quidem species certa, ibi recte offertur, vbi est: nisi inde vbi erat tempore contractæ obligationis, alio translata sit a debitore dolo malo. Si genus, puta decem, ibi dari debet, vbi & recte petitur. Exstat hæc distinctio *in l. quod legatur. D. de iud.* de re legata quidem, quæ vt debita petitur: sed quæ ob eã caussam ad res alias debitas transferenda est. Duobus autem locis pecunia debita peti potest; vel vbi reus domicilium habet, vel vbi obligatio contracta est. Quare & totidem locis agenti actori dari debet; totidem & recte offertur: alibi oblatam recte creditor recusabit. Sane in pecunia mutuo data, quoniam id agitur, vt reddatur sine incommodo creditoris, *l. 3. D. si cer. pet. l. creditorem. 99. D. de sol.* id quoq; agi videtur, vt reddatur ibi, vbi accepta est, quia sine incommodo creditoris aliter non fit. Ideo placuit desiderãte creditore etiam ibi pecuniã reddi debere, quamuis alibi de pecunia actum sit, & reus ibi condemnatus. *l. argentarium. §. 1. D. de iudic.* Vnde intelligimus nec inuito creditore eam pecuniam alibi solui, aut recte offerri posse. Quod si quid aperte certo loco dari promissum est, id demum certo constat alio loco dari aut offerri non posse, vtpote aperte non opportuno. *l. vsuras. supr. eo. l. pen. D. de eo quod cer. loc.*

Tertia† conditio est superiori proxima, vt offera- 10
tur pecunia opportuno tempore. *l. si soluturus. D. eo.* Opportunum soluendi tempus debitori regulariter est omne tempus, si quid pure, aut in diem debeatur. Nam & quod in diem debetur, ante diem recte solui potest *l. quod certa. D. eo. l. eum qui Calendis. §. vlt. D. de verb. obl.* Sed hoc regulariter, inquam, vt proposui. non enim est perpetuum. Tunc ante diem pecunia inuito offerri non potest, cũ apparet diem creditoris caussa adiectum esse. *l. 3. § pen. D. de vsur.* Sed & in iis, quæ præsenti die debentur, dici potest non esse idoneum soluendi tempus, si quis offerat ei, qui vxorem ducit, eiue quæ nubit, aut ei qui funus familiare ducit, quoniã in his occupationes sunt iustissimæ, & ad officium cuiusque propemodum necessarium pertinentes. *arg. in l. 2. in fin. & l. 3. D. de in ius voc.* Hæc strictim, ac velut obiter de hac parte. quã ideo non persequor hoc loco pluribus, quia a me copiose tractata est alibi ad *l. eum qui Calendis. §. vlt. de ver. obl.* vnde licet petere certiorem eius cum cognitionem, tum confirmationem.

His in oblatione & obsignatione pecuniæ consti- 11
tutis, vis hæc est obsignationis, vt debitor liberetur, vt hic scriptum est. Hoc modo debitorem liberari cum dicimus, intelligimus id, quod verbum significat liberari ipso iure, ac non per exceptionem tantum. Id autem magis intelligitur ex eo, quod dicitur debitor post obsignationem solemnem omni actione etiam vtili liberari. *l. acceptam. in fin. supr. de vsur. l. 1. §. si pecunia. in fi. D. depos.* Hinc huius obsignationis eadem effecta, quæ & ceterarum liberationum. In quibus hæc sunt:

ſunt: periculi omnis amotio, interpellatio vſurarum, & acceſſionum liberatio, comprehenſa & ipſa ſimul omnia *in d. l. acceptam. ſupr. de vſur.* Et hoc eſt, obſignata & depoſita rite pecunia, debitor omni periculo amiſſæ poſtea pecuniæ deinceps liberatur, vt eſt *in d. l. acceptam.* Idem ex eo tempore præſtare vſuras nō debet. *l. ſi creditrici. ſupra de vſur. l. tutor. §. 1. D. de vſur. l. tutor pro pupillo. §. vlt. D. de adm. tut.* Exinde & liberantur pignora, quæ ſola oblatione non liberantur. *l. creditor. ſupra de pig. l. vlt. ſupra debit. vend. pig. imp. non poſ. l. vlt. ſupr. de luit. pig.* Nam quod dicitur *in l. ită. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* eum pignus liberare, qui ſoluere paratus eſt: ſic accipiendum eſt, qui ſoluere paratus eſt cum effectu, id eſt ita ſoluere, vt creditor accipiat, aut creditore recuſante pecuniam obſignet, & deponat. Sic enim obſignatio pro ſolutione erit, non oblatio ſola. Quod de pignoribus dicitur, idem intelligendum eſt de fideiuſſoribus, vt & hi poſt obſignationem pecuniæ liberentur. *l. in omnibus ſpeciebus. D. eo.*

Sed quod dicimus obſignatione pecuniæ debitorem ad iſtum modum ipſo iure liberari, hic duo loci aduerſari videntur. Primum eadem ipſa *l. acceptam. in fin ſupra de vſur.* vbi traditur poſt obſignationem pecuniæ, ſi debitor pecuniam ad ſe receperit, eum vtili actione creditori teneri. Quo effici videtur, eū prius liberatum non fuiſſe. qui ſi eſſet liberatus, nunquam poſſet teneri poſtea. ſemel enim exſtincta actio, poſtea reuocari non poteſt. *leg. Meuius. §. duorum. D. de*
12 *leg. 2. l. qui res. §. aream. D. de ſolut.* Dicendum † eſt debitorem, qui pecuniam obſignauit, ſtatim ipſo iure omni actione vetere eſſe liberatum & directa & vtili. idque ius perpetuum eſſe, quamdiu pecuniam ad ſe non recipit. Quod ſi obſignatam ad ſe recipere cœperit, ne ſic quidem reſtituetur vetus actio, quæ ſemel exſtincta ſuſcitari non poteſt. Sed hoc de directa quæ prius fuit, accipiendum eſt. ceterum reſtituetur vtilis ex ea cauſſa ipſa, ex qua prius reus tenebatur. Hæc enim liberationis ſuperioris cauſſa fuit, quod reus pecuniam recte obſignatam a ſe remouiſſet: qua cauſſa facto eius ſublata, ratio non patitur, vt locus ſit liberationi. *arg. in l. in omnibus cauſſis id. D. de reg. iur.* At pecunia a debitore recepta, eo res redit, vt nec videatur obſignata, atque hoc modo deficiat cauſſa liberationis. Æquum igitur debitorem tum eadem actione qua prius, teneri. Non poteſt teneri directa, quia ius ſuperius prohibet. Reſtat, vt teneatur vtili: quæ tamen priorem illam obſignationis liberationē non tollit, quam dicimus.

13 Obſtat † præterea *l. debitor. D. de vſur.* vbi ſcriptum eſt, ſi poſt obſignationem rite factam debitor conuētus moram faciat, nummos ex eo tempore ſteriles non futuros, id eſt, debitorem ex eo vſuras debiturū. Non potuit debitor moram facere, niſi pecuniā obſignatam debuit. Nulla eſt enim mora aduerſus eum, a quo peti non poteſt. *l. nulla D. de reg. iur.* Sed nec vſuræ deberi poſſunt, niſi eius ſortis, quam quis debeat. *l. eius ſupra hoc tit.* Quæ omnia aperte euincunt etiam poſt obſignationem pecuniæ, debitorem pecuniam obſignatam debere poſſe. Quod & ipſum verum eſt, & fatemur. Sed quæritur, quādo, qua ex cauſſa, quave actione debere poſſit. Et cum de eo cōprehenſum ſit in *d. l. acceptam. ſupra de vſur.* inde ſumendum eſt, quod hic ſequamur. Qui ergo debitam a ſe pecuniam obſignauit, eamdem & poſt obſignationē debere poteſt: ſed tum, cum reperitur eam ad ſe recepiſſe, atq; hoc modo pro obſignata & depoſita habere deſiiſſe. Non quidē vt teneatur vetere actione directa: ſed vt teneatur tamen, nempe vtili. Poſt quod tempus vt eamdem pecuniā cœpit debere, qui prius debebat, ita & moram eum facere poſſe verum eſt & faciet tum, cum exinde interpellatus non ſoluerit.

Hæc † de obſignatione dicta ſunt, quæ cum non 14
fruſtra exigatur ad liberationem debitoris, ex eo intelligimus id, quod de oblatione ſola quæſitum eſt, nunquam oblationem rei debitæ debitorem liberare vel ipſo iure, vel per exceptionem: præterquam in vna ſpecie, de qua poſtea. De quo ne dubitetur, argumenta hæc ſunto. Primum, quod creditor poſt oblationem rei debitæ poteſt adhuc eamdem rem ſuo iure a debitore petere, & quidem ita, vt ſi debitor non præſtet, moram faciat: quæ illi nocet nō aliter, quam ſi prius rem nunquam obtuliſſet. *l. illud. D. de per. & com. rei vend. leg. ſed ſi poſtea. 24. D. de rec. arb.* Deinde quod poſt eamdem oblationem placet non eo minus vſuras deberi. *d. l. acceptam. ſupr. de vſur. l. tutor pro pupillo. §. vlt. D. de adminiſt. tut.* Hoc amplius nec pignora liberari ſola oblatione. *l. vlt. ſupr. deb. vend. pig. imp. non poſſe. l. creditor. ſupr. de pig.* Et quod dicitur *in l. ită. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* eum pignus videri liberaſſe, qui paratus eſt ſoluere: quomodo accipiendum ſit, paulo ante oſtendi. Nec dubium eſt, quin idē probandum ſit in fideiuſſoribus: qui & ipſi acceſſio ſunt principalis obligationis, vti & pignora. *l. in omnibus ſpeciebus. D. eo.* Vna tamen in ſpecie conſtitutum eſt, vt ſola oblatio pecuniæ pro ſolutione cedat, cum ſcilicet pecunia tributorum & publicarum penſitationum nomine debita ſuſceptoribus oblata eſt, quam illi accipere recuſant. *l. 1. J. de ſuſcep. lib. 10.*

Sed quamuis ſola oblatio pecuniæ debitores non 15
liberet, non tamen per omnia debitori eſt inutilis. Habet autem hæc fere commoda quatuor. Oblatio cuſtodiæ periculo liberat debitorem, cum prius ex poteſtate obligationis cuſtodiam rei præſtare deberet. *l. illud. D. de peric. & com. rei vend.* Oblatio facit, ne aduerſus debitorem vſuræ, aut pœnæ ſtipulatio committatur, cum vtrumque deberetur ea cōditione, ſi pecunia ſoluta non eſſet, & ea pecunia non ſoluta quidem, ſed tamen a debitore creditori oblata eſt. *l. ſi pro te ſupr. de vſur. l. Celſus. §. 1. D. de recep.* Ita oblatio debitorem quidem obligatione contracta non liberat, at ne in obligationem incidat, facit. Differentiæ ratio eſt, quod obligationes contractæ certis tantum modis ſoluuntur, inter quos non eſt oblatio ſola. ſub conditione vero contractæ non prius vere contrahuntur, quam conditio impleta ſit. Talis eſt autem omnis vſurarum aut pœnæ promiſſio: quorum vtrumque promittitur ſub conditione, ſi ſors ſoluta non ſit. Vnde hoc quoque ſub contraria conditione dici intelligitur, ne quid horum debeatur, ſi ſors ſoluta erit. *l. quibus. §. 2. D. de cond. & dem.* Hæc autem conditio exſiſtere intelligitur, pecunia oblata. Etſi enim oblata non ideo ſoluta eſt: tamen quia per creditorem ſtat, quo minus ſoluatur, atque ita quominus impleatur conditio, iure pecunia pro ſoluta, & conditio pro impleta habetur. *l. iure. D. de cond. & dem.* Demus hanc conditionem, ſi pecunia ſoluta ſit, exſtitiſſe. conſequens eſt contrariam defeciſſe, ſi pecunia ſoluta non ſit. Qua conditione nō impleta, apparet pœnæ & vſurarum ſtipulationem nō poſſe committi. Eadem oblatio facit, vt ſi creditor poſtea fructus percipiat ex rebus ſibi pignori obligatis, eos fructus non poſſit im-

putare in vsuras, quæ ipsi debentur, sed cogatur imputare in sortem: quæ sententia est *l. ex prædiis. supr. de vsur.* Quæ res vt eatenus debitorem a sorte, sic a præstatione vsurarum futurarũ in posterum liberat. Sed si quæ vsuræ antea debebantur, non desinent deberi, & præterea ea summa sortis, in quam fructus nõ sufficiunt, ita debebitur, vt simul eiusdem summæ vsuræ currant. Ita non minus verum erit, quod supra diximus, nunquam contracta & manente sortis obligatione oblationem solam liberare debitorem a præstatione vsurarum vel præteritarum vel futurarũ. Po-
16 stremo † oblatio debitorem non liberat, quamdiu summa oblata salua est. At ea amissa, si sine culpa debitoris amissa sit, debitor liberatur, ne frustratio creditoris debitori noceat. hoc *in l. qui decem. in prin. D. de solut.* Videtur tamen is locus contraria de hac specie constituere. Nam initio responsi dicitur debitor in hac specie liberari per exceptionem, in extremo liberari ipso iure. Sed nihil hic contrarium. Obseruãdum est enim in fine eius responsi agi de marito, qui pecuniam ex caussa dotis deberet, quam vxori aut heredibus obtulit. Hoc iudicium bonæ fidei est. *§. actiones autem. Inst. de act.* Vnde sub hac specie generaliter hoc dici intelligitur, eum, qui ex iudicio bonæ fidei pecuniam debet, si obtulit eam creditori, ea deinde amissa ipso iure liberari. Quod ergo dicitur in principio debitorem pecunia oblata ac postea amissa liberari per exceptionem, de eo debitore dictum intelligendum est, qui ex alio genere actionum, id est, stricti iuris, pecuniam debeat, veluti ex stipulatu, aut ex testamento. *l. altas D. de in lit. iur.* Ex his caussis, inquam, si debitor pecuniam debitam obtulerit creditori, quæ deinde illo recusante sine culpa debitoris perierit, recte dicitur debitor liberari, sed per exceptionem. Hoc ideo dissimiliter in his iudiciis, quod cum ex oblatione pecuniæ quæ postea amissa est, nascatur pariter in omnibus iudiciis exceptio debitori; tamen inter ista iudicia in exceptione vsurpanda hoc interest, vt pluribus supra suis locis ostendimus, & maxime ad. *§. actionum. Inst. de act.* quod in strictis iudiciis exceptio initio contestanda, atque ita in iudicium deducenda est. *l. præscriptionem. l. si quidem. supr. de excep.* bonæ fidei autem iudiciis exceptiones quãuis non contestatæ ipso iure insunt, vt possint sine vlla contestatione quandoque ante sententiam allegari. *l. 3. D. de resc. vend. l. huiusmodi. §. qui seruum. D. de*
17 *leg. 1.* Illud † monendi sumus, quod de debitore post oblationem per exceptionem aut ipso iure liberando dictum est, consulto dictum esse de eo, qui pecuniam debuit, & obtulit. Nam si species debeatur, & ea sine culpa debitoris perierit, debitor statim & sine vlla eius speciei oblatione liberatur. *l. si ex legati. D. de verb. oblig.* Vtrumque recte, & ei regulæ, quæ est de interitu rei debitæ, conuenienter. Placet enim si prius quam per debitorem factum sit, quominus daret, perierit quod debebatur, eo interitu debitorem liberari. *d. l. si ex legati. de verb. obl. l. quod te. D. si cer. pet.* Iam vero specie certa in obligationem deducta, si ea perierit, verum est periisse, quod debebatur, itaque & hic interitus ad regulam pertinet. Non idem dici potest, si quis pecuniam debuit in genere, deinde certã offerat. Vt enim maxime hæc oblata postea pereat: tamen semper constabit non periisse eam, quæ debebatur, quoniam debitor neque illam quam obtulit, neq; vllam aliam certam debuit. *l. in ratione. §. incertæ. D. ad leg. Fal.* Ita fit eadem ista constitutione iuris, vt summo iure debitor liberari non possit, cum semper pecunia maneat in rerum natura, quam is possit præstare. Sed nihilominus eum liberari æquum est. Non enim æquum est teneri eum pecunia oblata amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. ratio Marcelli, atq; hinc doli exceptio *in d. l. qui decem D. eo.* quæ exceptio est, qua in proposito debitorem liberari supra diximus.

*L. Successores. X.*

Idem AA. & CC. Ambrosio.

*Successores eius, qui maior viginti quinq; annis in solutum pro debito iure mancipia dedit, hæc reuocare non posse constat. S. V. Id. April. Bizantii, AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Aliud volenti solutum parere liberationem, nec posse reuocari ab eo, qui soluit, si maior est, aut ab eius heredibus.*

2 *Minoribus aliud pro alio soluentibus, quamuis tutorum curatorumue auctoritate, aut decreto magistratus, paratam esse in integrum restitutionem ad repetendum solutum si læsi sint, inde & eius heredibus.*

PRo † pecunia quæ debetur, volẽti creditori recte aliud soluitur, vt fundus, mancipia, & res ceteræ. *l. manifesti. infra.* Semel recte solutum debitor reuocare non potest. Quippe datum est creditori ob caussam, vt debitor liberaretur. Hæc caussa post solutionem secuta est. quo fit, vt cesset repetitio. *l. 1. D de con. cau. dat. cau no. se.* Quod debitor ipse reuocare nõ potuit, si viueret, multo minus reuocare poterunt eius heredes, de quo hoc rescripto cautum est. Hi enim succedunt in ius defuncti, & per omnia eodem iure tenentur. *l. qui in ius. D. de reg. iur. §. vlt. Inst. de locat.* Adeoq; id verum est, vt quamuis debitor soluisset rẽ heredis sui; tamen heres factum decessoris sui infirmare non posset. *l. si a matre. supra de rei vind. l. venditrici. supra de reb al. non al.* Sed hæc ad eos pertinent, qui sunt maiores viginti quinque annis, & ad eorum successores, quod est temperamentum huius rescripti. Quod † si debitor minor aliud pro debito soluerit, aut nihil alienat, si res immobilis soluta est: *toto tit. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* aut si quid ex decreto magistratus, vel auctoritate tutorum curatorũue soluit: nihilominus si læsus est, potest consequi in integrum restitutionem beneficio ætatis. *l. non omnia D. de min.* & quæ restitutio ipsi debitori viuo competeret, eadem competit eius heredibus. *l. non solum. D. de in int. rest. l. minor autem. 18. §. vlt. D. de minor.* 1 2

*L. Cum Maritum. XI.*

Exemplum hic est legis sequentis.

*L. Inuito. XII.*

Exposui hunc locum ad l. 3. & l. 4. supr.

*L. Si Obligatum. XIII.*

SPecies prope eadem, certe eadem plane sententia, quæ *l. si inter. supra hoc tit.* In verbis mendose legitur, *post acceptilationem liberasti.* legendum, *post acceptilatione liberasti.* Agitur enim hic de eo, qui falso scripsit se accepisse, quod non accepit, neq; debitorem nouatione interposita, neque post nouationem interposita acceptilatione liberauit.

*L. Pecuniæ. XIV.*

*L. Quod debitori. XV.*

Iidem AA. & CC. Cohortæ.

*Pecuniæ solutæ professio collata instrumento, maiorem*

*rem rei gestæ probationem continet, quam si chirographũ acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum. S. V. Id. Iul. A. A. Coss.*

Idem AA. & CC. Quartino.

*Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseueras, nihil de iure tuo deminutum est. Quibuscunq; itaq; argumentis iure proditis hãc obligationem tibi probanti, eum pro huiusmodi facto liberationem minime consecutum, iudex ad solutionem debiti iure compellet. S. V. Cal. Sept. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Chirographum quamuis debitori non redditum fieri soluta pecunia inane, vt iam nec creditori prosit, nec debitori noceat.*

2 *Chirographum quamuis inane soluta pecunia recipere cur vtile, & quæ in eam rem actio.*

3 *Quæ solutionis probationes. Apocha quid.*

4 *Confessum creditorem sibi pecuniam esse solutam quamuis sine scripto, confessioni suæ stare debere.*

5 *Sed post triginta dies ex constitutione Iustiniani.*

6 *Chirographum debitori redditum liberationis fidem facit, si modo redditum sit a creditore, non aliter: debitoris in eo esse probationem.*

HAEc regula certi iuris initio huius tituli posita est, solutione eius quod debetur, tolli obliga-
1 tionem. *Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.* Et si quidem de solutione constat, tollitur controuersia. Adeoque † verum est debitorem liberari, vt liberetur, etiamsi chirographum suum a creditore non receperit, planeque id chirographũ fit inane, vt amplius nec creditori prosit, nec debitori noceat *l. 4. supra hoc tit. l. si actore. infra eo. l. qui tabulas. D. de fur.* Recte inane: quandoquidem chirographum nihil amplius continebat, quam obligationem debitoris. Hanc autem constat sublatam esse solutione. Quo fit, vt obligatione sublata, nihil relinquatur in chirographo propriũ chirographi. Quod si chirographum, quamuis apud creditorem integrum manens, debitori qui soluit, nihil nocet, multo minus nocebit, si erit inductum. Vnde recte dicitur *in leg. in ductum. ĵ. eo.* debitoribus solutionem probantibus nihil eorum interesse, v-
2 trum chirographum inductum fuerit, an non fuerit. Quia † tamen vtile est chirographum a debitore recipi, ne postea aut ipse, aut heredes eius ignari ex eo chirographo conueniri possint, consultum est, vt debitor chirographum repetat. in quam rem est condictio sine caussa. *l. 2. supra de cond. ex lege. l. vltim. infra eo* Hæc, vt dixi, si constet de solutione. Quod si de eo ipso erit controuersia, an debitor soluerit, quia debitor dicat se soluisse, creditor neget, hic de probatione quæritur. Ac primum vtri incumbat probatio, debitorine, vt probet se soluisse, an creditori, vt probet sibi solutum non esse. Et placet debitorem, qui se soluisse dicit, solutionem probare debere. *l. vlt. hic, leg. 1. supra de probat.* Quod regulis iuris de onere probandi conuenit. quibus efficitur & ei qui dicit, incumbere probationem, non ei qui negat. *leg. 2. D. de probat.* & factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem. *leg. actor. supra de prob.* Hoc posito quæritur, quomodo recte & facile debitor solutionem probet. de quo sunt hæc rescripta duo.
3 Et † extra testes, quibus maxime res probari solent, *leg. vltim. supra. de probat.* duo pecuniæ solutæ probationem continent, professio acceptæ pecuniæ instrumento collata, quæ vno verbo a nostris auctoribus dicitur apocha, *leg. qui tabulas. §. vltim. supra de furt.* & præterea chirographum a creditore debitori redditum. Professio creditoris aduersus ipsum probationem habet; quia æquissimum putatur vnumquemque confessioni suæ stare, & quod idem est, fidem vnicuique aduersus se haberi debere. *leg. generaliter. supra de non num. pec. leg. de ætate. §. 1. D. de interrog. in iur. fa.*

Sed † cur additur hoc loco collata instrumento? 4
Non sane quia creditori sine scripto extra iudicium profitenti sibi pecuniam solutam esse, ea confessio aduersus eum fidem non faciat. Nam si debitor extra iudicium se debere verbis professus, confessioni suæ stare cogitur. *l. generaliter. in fin. supra de non num. pec. authen. rogati. supra de testi.* vbi tamen confessio spectat ad eum obligandum: quanto magis creditor extra iudicium sibi solutum esse verbis professus, confessioni suæ stare cogendus est, vbi professio confertur ad reũ liberandum? Scimus enim proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus. D. de oblig. & act. l. fauorabiliores. D. de reg. iur.* Cur additum igitur de instrumento? Non ad excludendam professionem verbis tantum testatam; sed ad discrimen indicandum, quod esset inter apocham creditoris debitori datam, & chirographum ipsius debitoris illi redditum: de quo discrimine debitrix laborabat. Constabat debitorem liberari tacito pacto, si creditor ei chirographum suum reddidisset. *l. 2. D. de pact.* Forte id non fecerat creditor, sed instrumento liberationis, id est apocha, professus erat sibi pecuniam esse solutam. Huic instrumento non satis fidens debitrix laborabat, vt etiam chirographum suum sibi redderetur. quærebatque, num satis superiore instrumento esset sibi cautum ad liberationem. Et rescriptum est non modo id eamdem probationem habere, atque chirographum redditum, sed etiam maiorem, vt hoc instrumento accepto de probatione liberationis suæ laborare non debeat.
Hactenus † tamẽ professio pecuniæ solutæ quamuis 5
instrumento testata fidem facit ex constitutione Iustiniani, dum triginta dies excesserint. Alioqui intra eos dies datur creditori exceptio non numeratæ pecuniæ. *l. in contractibus. §. super. supra de non num. pec.*
Quod † attinet ad chirographum a debitore rece- 6
ptum, id eamdem fidem liberationis facit: sed hac cõditione, si a creditore sit redditum. *d. leg. 2. D. de pact.* Quod si ab alio redditum erit, aut aliter receptum, quam voluntate creditoris, nihil possessio chirographi prodest debitori ad liberationem, aut soluti probationem, vt significatur *in l. quod debitori. sequen.* Sed vter probare debebit? Intelligimus ex eodem rescripto debitorem probare debere chirographum sibi a creditore redditum. Alioqui satis esse creditori ad vincendum, si dicat sua voluntate redditum non esse; quoniam illic scribitur creditorem vincere debere, si obligationem probauerit: & præterea debitorem pro huiusmodi facto (intellige redditi chirographi) liberationem minime consecutum.

*L. Eum a Quo. XVI. Auth Hoc nisi, &c.*

*L. Manifesti. XVII.*

Idem AA. & CC. Charidemo.

*Eum, a quo mutuam sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui cōpelli iuris ratio non permittit.*

Auth. Hoc nisi.

*Hoc, nisi debitor in pecunia vel alia re mobili soluere nequeat. tunc enim res immobilis, quam debitor habet meliorem, solui potest. facta per iudicem subtili eius caussa æstimatione: vt rem prædictam & debitori soluere, & creditori liceat petere, præstanda creditori cautela de euictione quæ debitori possibilis sit. quod est in omni actione. At si creditor paratus sit emtorem rei præstare, oportet debitorem cautela iudicis arbitrio creditori præbita, rem tunc distrahere, vt satisfiat creditori.*

Idem AA. & CC. Cassio.

*Manifesti iuris est, tam alio pro debitore soluente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. S. Calend. Dec. Sirmii AA. Coss.*

SVMMARIA

1 *Aliud volenti solutum ita debitorem liberare, vt creditor nec quod accepit possit reddere, nec si plus debebatur, quod amplius est, possit petere.*
2 *Aliud pro alio semel solutum, amplius reuocari non posse.*
3 *Lucrum ex ea re factum multo minus creditori auocari.*
4 *Aliud pro alio inuito creditore solui posse, si quod debetur, solui a debitore non potest; & quibus in caussis non posse existimetur.*
5 *Aliud pro alio solui posse, si debitor huius rei potestatem vnde oportet, acceperit, & vnde hæc potestas.*
6 *A lege hæc potestas, quando.*
7 *A testatore, quando.*
8 *A conuentione, quando.*

His locis explicatur locus ille, quid soluendo debitor liberetur. Statuuntur autem hic sententiæ
1 duæ. † Vna est, aliud pro alio volente creditore recte solui. *l. manifesti.* Cui hæc sunt cōsequentia. Primum illud, liberari debitorem non secus, quam si id quod debetur, solutum esset. *l. si quis aliam. D. eo.* Quæ res facit, vt quamuis postea creditorem pœniteat, quamuis res pereat; aut exstet quidem, sed minoris sit quam debeatur: tamen nec creditor id quod accepit, reddere possit, nec si quid amplius est, a debitore possit petere. Id enim fieret, si debitor nihil debuisset, cœpit autem nihil debere, posteaquam liberatus est.
2 Deinde † & hoc consequens in creditore, sic ea solutione dominium rei solutæ in eum transferri, vt nunquam possit debitor postea ex pœnitentia eam rem auocare. *l. successores. supra hoc tit.* scilicet quia quod nostrum esse cœpit, id nobis inuitis ad alium trans-
3 ferri non potest. *l. id quod nostrum. D. de reg. iur.* Efficitur † & illud, si creditor rē multo meliorem fecerit, siue etiam vendiderit multo pluris, quam illi debebatur, hanc industriam atq; hunc euentum ipsi prodesse debere, nō debitori. *l. pen. hic.* Optima ratione: quia si res soluta periret, creditori eidemque domino suo periret. *l. pignus. supra de pig. act.* Hoc autem secundū naturam est, commoda cuiusq; rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l. secundum D. de reg. iur.*

Altera sententia est superiori contraria, aliud pro alio inuito creditori solui non posse, *l. eum a quo. hic.* Sententia diserte expressa *in l. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Sed hæc duas has exceptiones habet summas, vnam, nisi id quod debetur, in ea caussa sit, vt a debitore præstari non possit. alteram, nisi debitor potestatem aliud soluendi aliunde acceperit, de quibus videamus. Si † 4
quod debetur, solui non potest, necessitas eo rem deducit, vt aliud solui debeat, si creditori satisfactū volumus. Sed an non possit debitor præstare, varie æstimatur. variæ enim caussæ sunt, cur præstare nō possit, ex quibus omnibus placet eum audiendum esse, si aliud offerat. Interdum res debita periit. Hic nulla dubitatio est, quin aut nihil a debitore præstari debeat, aut si quid debet, debeat æstimationem. Id vero ita fieri traditur *in leg. in re furtiua D. de cond. fur. & l. qui restituere. D. de rei vind.* Interdum res debita per rerū naturam præstari potest; sed non potest debitor præstare propter inopiam, quia soluendo nō est. Hic permissum est inopi debitori speciem vnam aliquam ex rebus suis creditori pro debito offerre, dummodo offerat optimam. hoc in auth. *hoc nisi.* quæ sequitur. Interdum res a debitore præstari potest, quoniam & exstat, & est in potestate debitoris, sed eam debitor honeste præstare non potest, vt accidit, si ab herede legatus sit eius pater, aut mater, aut filii naturales. Hos heres si in potestate habet, potius pro officio manumittere debeat. si non manumittat, aut etiam si det in alterius potestatem, non tam inhumane, quam contra officium pietatis faciat. proinde nec facere id posse existimandus est. *l. si filius. D. de cond. inst.* Merito igitur placuit in hac specie audiendum esse heredem debitorem, si pro his æstimationem legatario offerat. *l. si domus. §. qui confitetur. D. de leg. 1.* Interdū etiam honeste res a debitore potest præstari; sed non sine magno eius incōmodo, veluti si res aliena debeatur, quam dominus aut non vendat, aut magno vendat. Hic quoque visum est iustam esse caussam, cur audiatur debitor æstimationem offerendo: quasi nec possit præstare, quod sine magno incommodo & iniuria sua non potest, vbi ex ea re nihil commodi ad creditorem redeat. Et hoc quoque scriptum est *in d. l. si domus. §. qui confitetur.* Quod si res erit in potestate debitoris, quam & ipse præstare possit non inhoneste, nunquam audiēdus est, si aliud pro alio, quod debet, offerat. Sed † & hic altera exceptio est, nisi huius rei potestatem inde accipiat, vnde ei potestas hæc tribui 5
potest. Tribuitur autem potestas aliud soluēdi interdum lege, interdum a testatore in re legata, nonnunquam etiam contrahentium conuentione. A lege † 6
hæc potestas tribuitur in noxali actione, quæ aduersus dominos competit ex maleficio seruorum. Nam ex hac caussa nihil amplius a dominis debetur, quam damni & maleficii æstimatio. & tamē dominus seruū noxæ dedendo, si velit, liberatur. *l. si seruus. 7. D. de nox. act. Inst. eo. tit.* Sed ideo, quia hæc potestas a lege accipitur, vt scriptum est *in l. miles. §. 1. D. de re iud.* Quod eo pertinet, vt intelligatur definitionem superiorem iuris nihil obesse, cum dicimus aliud pro alio solui nō posse inuito creditore. A † testatore hæc eadē pote- 7
stas accipitur in huiusmodi legatis. Heres meus penū dato; si penum non dederit, decē dato. Placet in hac specie, simul atq; heres penum dare potuit, neq; dedit, sola decē incipere deberi, non penum: & tamen in eadem specie placet, quamuis heres penum non debeat, penum in solutione esse, id est heredem si penū offerat, liberari. *l. 1. D. de penu. leg. lib. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falcid. leg. cum sine. Dig. quand. di. legat. ced.*

Ex

Ex quo apparet hic pro eo, quod debetur, recte aliud solui, quod non debebatur, idque etiam inuito creditori. Sed hoc eo fit, quia hanc potestatem heres a testatore accepit. Cum enim penus ab initio legata est, simul potestas data est heredi penum dandi: hæc potestas semel data heredi ante litem cõtestatam nõ
8 adimitur, quamuis penũ debere desinat. Idem † existimandum est fieri contrahentium conuentione, cũ similiter penus promissa est, & nisi promissor penum daret, promisit decem ita, vt hæc sola deberentur. *l. ita stipulatus. in fin. D. de ver. obl.* Idem etiam probandum est in faciendi obligationibus: veluti, si quis promiserit se insulam ædificaturum, vbi receptum est, posteaquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuit, non iam factum deberi, sed pecuniam, id est, quanti stipulatoris interest insulam suo tempore ædificatam esse. *l. stipulationes non diuiduntur. vbr. Celsus. D. de verbor. obligat.* Et tamen in hoc genere placet promissorem ante litem contestatam insulam ædificantem liberari. *l. si insulam D. de verbor. obligat.* Ergo liberari placet præstantem aliud, quam debebat, pecuniam enim debere cœperat. Quomodo igitur, quæret aliquis, liberatur aliud pro alio inuito creditori soluens contra aut certe præter superiorem regulam iuris? Intelligemus hanc esse caussam, quod promissor insulæ ædificandæ potestatem ab initio ex conditione stipulationis acceperit. licuit enim ei ab initio insulam ædificare. Hanc potestatem nulla cessatione sua amittit. Simile est, quod dicitur, alii quam creditori inuito creditore solui non posse. *leg. inuito. supra.* Nam & hoc nihilominus sic accipimus, nisi debitor potestatem alii soluendi ex conditione stipulationis ab initio acceperit: vt fit, cum promisit se stipulator, aut Titio daturum. Nam Titio reuera nihil debetur, & tamen Titio inuito stipulatore recte soluit, nimirum ex conditione stipulationis. *leg. vero. D. hoc titul.*

## *L. Inquisitio. XVIII.*

### Iidem AA. & CC. Domitio.

*Inquisitio veritatis tolli non potuit, quod chirographa, quæ fecerat procurator tuus, recepta, tibique restituta ab ipsius herede proponas cum subscriptione procuratoris significante, quod nihil creditoribus debeatur: cum nihil prohibeat, & creditoribus satisfactum esse, & non vestræ pecuniæ, sed ipsius, cui negotium gerendum mandaueras, processisse solutionem. S. Id. Feb. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Chirographum a creditore redditum procuratori, & rursum a procuratore debitori, nihil aliud arguere, quam liberatum debitorem a creditore, non a procuratore.*

2 *Subscriptum a procuratore chirographo reddito, creditoribus nihil deberi, ad procuratorem ipsum non pertinere, si soluerit de suo, & ita creditor debitoris, pro quo soluit, esse cœperit, & cur.*

3 *Falsum esse vulgare illud, oratione generali instrumenti non contineri eum qui scribit.*

HOc dicit: *cum procurator debitoris soluit creditoribus, & ab his chirographa recepit, receptis subscripsit creditoribus nihil deberi; deinde aut ipse aut heres eius ea debitori restituit, non idcirco hæc argumento sunt, satisfactum esse creditori de pecunia procuratoris. Quapropter si heres procuratoris pecuniam a debitore repetet tanquam a procuratore eodemque decesso- re suo solutam, non ideo tolletur veritatis inquisitio, vt hic scriptum est.* Quæ verba hanc significationem habent, in re dubia non statim fides habebitur heredi procuratoris dicenti procuratorem de sua pecunia soluisse creditori. Sed tamen si paratus sit id probare, audiendus est, & veritati locus supererit. Duo hic faciebant, cur videretur a debitore hæc pecunia repeti non posse, vnde controuersia. Primum quod illi chirographa reddita essent, chirographum autem a creditore redditum debitori probationem continet debitoris liberati. *leg. pecunia. supra leg. 2. D. de pact.* deinde quod procurator ipse de liberato debitore vltro professus esset. Quibus moueri non oportet. Chirographũ † debitori redditum debitorem liberatum arguere verum est; sed liberatum a creditore, cui pecuniam chirographo comprehensam debuit, non item a procuratore, qui chirographum reddidit. 1
Videndum est enim, qua mente isti chirographum reddant: quorum propositum liberationem distinguit. Creditor reddit, vt declaret debitorem a se liberatum, alioqui inutiliter redditurus. Procurator a creditore acceptum reddit debitori hac ipsa de caussa, vt declaret a creditore liberatum, non etiam a se; cum eo chirographo nihil tanquam procuratori debitum caueretur, quod chirographi redditione remitti ab illo oporteret. Quare nihil inde pro procuratore colligi potest, quasi eo facto debitorem a se vlla ex caussa priuata liberarit: cum nihil prohibeat eum reddere hoc chirographum, vt debitori consultum sit aduersus creditorem, & nihilominus suas actiones proprias manere velle. *leg. neque. supra de probat.* Neque vero factum cuiusquam, præterquam quod ei propositum fuit, debet alio produci, & vt vulgo dicitur, actus agentium non debent vltra eorum intentionem operari. *leg. non omnis. D. si cert. pet.* Quod † 2
autem procurator chirographo subscripsit nihil creditoribus deberi; probabilius dici potest, hanc subscriptionem procuratori nocere debere. Nam aut inter creditores debitoris hic procurator erat, aut non erat. Si non erat, nihil est, quod a debitore repetat. Si erat, verba confessionis eius eam excludunt. Professus est enim creditoribus nihil deberi, & ipse creditor est: ac ius facit, vt quisque confessioni stare debeat. *leg. generaliter, supra de non num. pec.* Sed negandum est his verbis, creditoribus nihil deberi, contineri procuratorem. Esto enim, generalis sit hæc oratio, creditoribus nihil deberi: nunquam tamen generalis oratio intelligitur ad alia pertinere, quam ad ea, de quibus prius specialiter actum est. *leg. si de certa. supra de transact.* In chirographis autem, in quibus erat hæc subscriptio, non agebatur de procuratore, sed de iis creditoribus, ad quos chirographa pertinebant. Proinde & cum creditores illic nominantur, eius loci creditores intelligendi sunt. Est † 3
autem ineptum, quod ad explicandam huius loci difficultatem vulgo hic affertur, in quam sententiã etiam vulgo hic locus allegari solet, nempe oratione generali non contineri eum, qui scribit. Cur quæso, si verbis orationis scriptor continetur, & nihil aliunde adfertur de scribentis sententia? Et certe contra probatur *in l. fideiussor. §. 1. D. de pig.*

## *L. Si Actore. XIX.*

Eadem sententia, quæ *l. 4. supra.*

*L. Si Operas. XX.*

Idem AA. & CC. Eucrati.

*Si operas certi serui pro pecunia sumta sibi in debitum compensare placuit creditori: his secundum conuentionis fidê præstitis de mancipio restituendo pacti tenor seruari debet. S.V. Cal. Nou. Hadrianop. CC. Coss.*

DEbitor pro eo quod debebat, creditori seruum dedit, vt eius operis vteretur, quoad tãtum percepisset operarum, quantum sufficeret ad id efficiendum, quod debebatur: conuenitque, vt eo percepto seruus restitueretur. Placet, vbi tantum perceperit creditor, quãtum debebatur, primum liberatum esse debitorem, *iuxta l. manifesti, sup.* deinde seruum ex pacto repeti posse. Nam id pactum esse seruandum. *l. legem. supr. de pact.* Est autem in eam rem actio in factum, seu præscriptis verbis; quoniam pactio nuda non est, sed debitor fecit, vt creditor faceret; dedit seruum fruendum, vt cum creditor fructum percepisset certi temporis, seruum redderet. *d. l. legem. l. solent. D. de præs. ver.*

*L. Interest. XXI.*

Vide, quæ diximus ad *l. si inter. 6. supr.*

*L. Inductum. XXII.*

Vide *l. pecuniæ. 14. supra.*

*L. Si Literarum. XXIII.*

Et hic locus expositus est ad *l. si inter 6. supr.*

*L. Penult. & Vlt.*

Hi loci expositi sunt *ad l. eum. 16. supr.*

## AD TIT. XLIV. C. DE ACCEPTILATIONIBUS.

SVMMARIA.

1 *Acceptilatio quid.*
2 *Acceptilatione tolli obligationes ipso iure, sed solum verbis contractas.*
3 *Aquiliana stipulatio quid, & eius vsus ad acceptilationem.*
4 *Acceptilationem inutilem pactum habere, nisi aliud actum probetur.*

1 ACceptilatio † est verborum conceptio, quibus creditor a debitore interrogatus, an quod promissum est, acceptum habeat, acceptum ferat: respondet, se habere acceptum, acceptum ferre, hæc illa sunt solemnia verba, quæ nominantur *in leg. 1. hic.* Definitio declaratur *in §. item per acceptilationem.*
2 *Institut. quib. mo. tol. obligat.* Acceptilatione † liberatur debitor, & quidem ipso iure, ita vt nulla amplius agendi via supersit creditori, vt declaratur *l. pen. & vlt. hic.* Sed hoc modo tolluntur dumtaxat obligationes verbis contractæ: ceteræ nullo modo. *d. §. item. vers. quod genus.* Quod conueniens est regulæ iuris, qua efficitur, quibus quidque modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolui. *l. nihil tam. & l. fere. D. de reg. iur.* Enimuero † quod recta non possumus in ce-
3 teris obligationibus, id obliqua via consequimur. Nã inuenta est stipulatio, in quã deducantur veteres obligationes & actiones ceteræ, tam in rem, quã in personam: quæ stipulatio dicitur ab auctore Aquiliana. Exstat formula *in d. §. item.* Hæc autem stipulatio interponitur nouandi animo: vt scilicet nouatione priores obligationes tollantur, & sola maneat noua obligatio stipulatione Aquiliana contracta, quæ deinde acceptilatione secuta perimatur. Hinc est, quod nouationis fit mentio in hac stipulatione interponenda *in l. 2. hic.* Hinc etiam, quod cum de acceptilatione agitur, tam multis locis coniunguntur hæc, Aquiliana stipulatio, & acceptilatio secuta. *l. vlt. hic. l. vt responsum. l. vbi. 5. de transact. l. 2. l. cũ Aquiliana. D. de trãsact.*

Ex his apparet duas res acceptilationi obstare, si desint; solemnitatem verborum, & obligationẽ præcedentẽ, si ea aliter cõtracta sit, quam verbis ad quam dissoluendam subiecta sit acceptilatio. Sed † quæcũq; 4
acceptilatio ex his caussis iure summo est inutilis, eam hactenus vtilem esse placet, vt debitor pacto liberetur, quia inutilis stipulatio pactum habeat. *l. si vnus. § vlt. D. de pact. l. an inutilis. D. hoc tit.* Sed & hoc ita, nisi aperte constet non fuisse creditorem hoc animo, vt pacisceretur, *vt est in d. l. an inutilis.* Vtrum debitor acceptilatione liberetur, an pacto, hoc interest, quod acceptilatione vetus obligatio & actio penitus tollitur: pacto non tollitur, sed infirmatur per acceptilationem. *§. præterea. Inst. de excep.* Quem id effectum habeat, & quam conueniat ista distingui, refragante, vt videtur, regula iuris, *l. nihil interest. D. de reg. iur.* require ex *l. creditori. 5. supr. de pact.* vbi pluribus quale hoc ius esset, exposui.

*L. 1.*

Imp. Antoninus A. Apronio.

*Iam tibi scripsi posse apud iudicem quæri, an solemnibus verbis tutoris auctoritate interueniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberauit, quare si in repetẽda pecunia quam exsoluit, diuersa pars perseuerauerit, vteris defensionibus competentibus. P.P. 3. Id. Feb. Duobus & Aspris Coss. 213.*

PVpilla a debitore suo pecuniam accepit ea lege, vt debitorem per acceptilationem liberaret: quẽ deinde liberauit auctoritate tutoris interposita. Ea decessit fratre herede relicto, qui nunc consulit Imperatorem. Ab eo fratre debitor pecuniam a se solutam repetebat tanquam ob caussam datam caussa nõ secuta, quod diceret se dedisse, vt liberaretur per acceptilationem: se autem liberatum nõ esse, cum minor possit in integrum restitui: nemo autem videatur vetere actione exclusus, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *l. nemo. D. de in integ. restitu.* Consultus Antoninus rescripsit, debitorẽ pecuniam repetere non posse, si modo sit liberatus solemnibus verbis, & accesserit auctoritas tutoris. Et recte. hæc n. sufficiũt ad debitorem liberandũ. Nec debet in proposito metuere debitor restitutionem; quia, vt minor aut heres eius restituatur, non est satis minorem esse, sed etiam læsum esse oportet. Hic autem minor læsa non est, quæ pecuniam debitã accepit. Atq; hæ sunt defensiones competentes, quæ hic commemorantur, & quibus dicitur fratrẽ pupillæ heredẽ vsurũ esse.

*L. 2. L. Vlt.*

Exposui initio huius tituli.

## AD TIT. XLV. DE EVICTIONIBVS.

SVMMARIA.

1 *Venditorem ob euictionem rei venditæ teneri iudicio emti.*
2 *Euincere quid.*
*Non euinci rem, quæ emtori non aufertur, quamuis constet alienam aut pignori obligatam.* *ibidem*
3 *Non euinci rem, nisi quæ aufertur iudicio.*
4 *Non euinci rem, quæ aufertur iudicio emtoris culpa, aut iniuria iudicis.*
5 *Euictio in summa quibus rebus contineatur.*
6 *Euictionis nomine quæ actio, cui, in quẽ, cuius rei gratia.*

Quæ-

1 QVæstio de euictionibus hinc nascitur. † Sic ius est de obligatione venditoris, venditorem rem venditam tradere debere, & insuper euictionis nomine obligari, id est, si res vendita euicta erit, teneri eum emtori, vt euictionem, id est, euictionis periculum & damnum præstet. Hoc ius traditur in *l. ex emto. in prin. D. de act. emt. item in l. 6. j. hic.* Vt vel hinc liquido appareat hanc obligationem partem esse obligationis emti & venditi, & ad eam partem iuris debere referri. Hoc iure posito quæritur de euictione, ac primum quando res euicta intelligatur. Quæstio in eo est, quid sit euincere, & quibus rebus euictio contineatur.

2 Euincere † est rem iure iudicioq; possessori auferre. Est auferre, vt intelligamus, quantumuis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, idque constet: tamen emtorem aduersus venditorem regressum non habere rei venditæ nomine, quamdiu res illi ablata non erit, seu quamdiu illi rem venditam habere licebit sine cuiusquam interpellatione, scilicet quia non est euicta, quæ ablata non est. *l. habere. D. eo. leg. 3. hic.* Hoc autem indicat particula e in verbo *euincere.* Hæc enim particula motum significat, vt sit euincere ita vincere, vt ea victoria aliquid a victo in aduersarium
3 transferatur. † Est auferre iudicio, vt intelligamus, si quo modo res perierit emtori, aut etiam ablata sit aliter quam iudicio, euictam non videri: ac proinde eius rei periculū a venditore non præstari. *l. si seruus. 21. in princ. illic quamuis. D. eo. l. atqui. §. omne. D. de neg. gest.* Hæc quoque sententia verbo vincendi efficitur. Nā victoria certamen præcedens significat. Duplex autē certatio est inter aliquos, vna, quæ fit vi, altera quæ iudicio. Prior omni iure prohibita: posterior iusta & legitima. *l. exstat. D. quod met. caus.* Iure autem vincere cum dicimus, verbo iuris legitimam certationem
4 & legitimam victoriam intelligimus. † Est auferre iudicio & iure: quod & ipsum vincendi verbum significat. Is enim vincit, qui ratione vincit. Hoc eo pertinet, vt intelligatur re vendita iudicio euicta, sic euictionē præstari a venditore; si ob id res euicta sit, quia esset actoris, aut esset ei pignori obligata: ceterum si res aut culpa emtoris euicta sit, aut euicta iniuria iudicis, his rebus effici, vt venditor euictionis nomine non teneatur. De culpa emtoris est *in l. emtor. j.* de iniuria iudicis est *in l. si non iniuria. j. & d. l. emtor. in fi. eo.*
5 † Quæ si ita sunt, apparet euictionem tribus his rebus contineri. Primum vt res vendita emtori ablata sit. Tum vt iudicio ablata, & controuersia mota. Postremo vt ablata neque culpa emtoris, neque iudicis iniuria, sed tantum ob id, quod res esset petitoris, aut illi pignori obligata. Quorum aliquid si deest, emtor aduersus venditorem de euictione regressum nō habet.
6 omnibus his concurrentibus habet. † Quo constituto, quæritur deinceps, quæ in eā rem sit emtori actio, cui detur, in quem, & cuius rei gratia, de quo multis rescriptis hoc titulo agitur: sed summa indicatur *in l. si tibi. 26. j.*

*L. 1.*

Impp. Seuerus & Antoninus, AA. Munitio.

*Emtor hereditatis rem a possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet. Euictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes conuenit. PP. 6. Cal. Martii. Seuero A. 3. & Victorino Coss. 201.*

SVMMARIA.

1 *Venditorem hereditatis res hereditarias, quæ ab aliis possidentur, nec persequi debere, & multo minus suo sumtu: & cur.*
2 *Solum in hoc teneri, vt cedat actiones suas periculo emtoris.*
3 *Rebus hereditariis singulis euictis venditorem ob euictionem non teneri, & cur.*
4 *Probandum idem, etsi res omnes hereditariæ sint euictæ.*
5 *Vniuersitate qualibet vendita, vt grege, armento, peculio, idem ius esse rebus singulis ex ea vniuersitate euictis.*
6 *Qui affirmauit res aliquas esse hereditarias, eum de euictione earum rerum teneri, quasi ita cōuenisset.*

VEnditor hereditatis res hereditarias, quæ ab aliis possessoribus tenentur, suo sumtu persequi non debet, siue eas nōdū tradiderit, siue tradiderit, & excíderit emtor earum possessione, & quidem sine culpa sua. 1
Quod hic satis aperte significatur initio, dum statuitur, emtorem hereditatis id ipsum sumtu & periculo suo facere debere. Hic statim occurritur ex eo iure, quod de rebus venditis constitutum est, quo efficitur venditorem rem venditam tradere debere, ac nisi tradat, in id quod interest emtoris teneri. *l. 1. in pr. l. ex emto. in prin. D. de act. emt.* Dicendum est, vendita hereditate id ius ad res hereditarias non pertinere. Nam res hereditariæ non sunt hereditas. *Inst. de reb. corp. & incorp.* idq; est, quod pro ratione subiicitur in rescripto, cum hereditatem iure venisse constet. Hereditatem dictum, vt ex conditione rei incorporalis intelligeremus, hereditatem venditam esse, non res singulas, *vt dixi.* proinde & hereditatem præstari necesse esse, non etiam oportere res singulas. Imo & res singulas hereditarias tradere venditorem debere diserte scriptum est *in l. qui filiifam. D. de her. vel act. ven.* Quod si debet, etiam debet persequi suo sumtu. Nam nisi prius eas consecutus erit, tradere emtori nō potest. Sed quod illic dicitur, sic interpretandum est, si modo venditor res hereditarias habeat in sua potestate, aut dolo fecerit, quominus haberet. Nam is locus, & similes referri debent ad eam definitionem, quæ est *in l. 2. §. non tantum. D. de her. vel act. vend.* ex qua etiam pendet huius rescripti ratio, nempe venditorē hereditatis emtori præstare debere id, quod ad ipsum peruenit ex hereditate, aut dolo fecit, quo minus perueniret. Cui congruit, vt si ipse habeat res hereditarias, eas & tradere debeat.

Sin † neq; habeat, neq; habere potuerit, nihil amplius debeat præstare emtori, quam actiones suas, vt significatur *in d. l. qui filiifamilias. in pr. de her. vel act. vend.* Quod si verū est, venditor actionibus suis emtori cessis liberatur. sic enim præstat, quod debuit. *l. 51 D. de pec.* Et quia liberatur, idcirco res amplius persequi non debet. quod si non debet simpliciter persequi, multo minus debet suo sumtu. Ita fit, quod hic dicitur initio, vt emtor hereditatis res singulas a possessoribus sumtu suo persequi debeat, si quidem velit eas habere. Additur eum persequi debere, & periculo suo. Quod hanc significationem habet, quamuis eas res non cōsequatur a possessoribus; tamen eo nomine aduersus venditorem hereditatis actionē non habeat, neq; de pretio earum rerum, neq; de sumtibus in litem factis. 2

Vt † autem venditor hereditatis res singulas here- 3

ditarias emtori tradere non debet: ita non dissimili ratione efficitur, quod subiicitur, vt euictio quoque non præstetur ab eo in rebus singulis, id est, vt rebus emtori traditis, quæ erant aut putabātur hereditariæ, si hæ emtori euincantur, venditor euictionis periculum nō præstet. Sic enim ius esse diximus de euictione, vt venditor teneatur ob euictionem; sed his conditionibus, si euicta sit res vendita, & euicta non iniuria iudicis. Atqui res singulæ hereditariæ non sunt venditæ, sed hereditas, quæ ratio hoc quoque loco in hanc partem redditur: cum constet, ait rescriptum, hereditatem iure venisse. Sed finge venisse res singulas. Tamen illud constabit non venisse nisi hereditarias. Atque hac ratione nunquam præstabit venditor euictionem rei euictæ. Vis enim non esse hereditariam? non debetur eius euictio, quia non est vendita. Vis hereditariam esse? tamē ideo non debebitur, quia necesse est hoc modo euictā esse iniuria iudicis, quo casu negamus euictionem præstari. Hic autem emtorem iniuriam a iudice passum esse sic facile intelligetur. Nam si hereditaria fuit, heres eius rei dominus factus est. *l. cum heredes. D. de acq. poss.* Si dominus, re emtori tradita simul in eum dominium transtulit. §. *per traditionem. Instit. de rer. diuis.* Emtori domino res sine iniuria auocari non potest. *leg. id quod nostrum.*
4 *D. de reg. iur.* † Adeoque verum est, euictionem rerum singularum a venditore hereditatis non præstari, vt probandum sit, quod Ioannes vetus interpres putauit, ne sic quidem ab eo præstari debere, quāuis res omnes hereditariæ, aut quæ hereditariæ putabātur, sint euictæ. Nam & singulis rebus hereditariis omnibus euictis, nihilominus manet hereditas, quæ & vendita est, & præstatur: hereditas enim sine vllo corpore iuris intellectum habet. *leg. hereditas. D. de petit. her.* id est, intelligitur ius esse etiam sine vllo corpore. Porro hereditas solum vendita est, non res singulæ.

5 Hæc † sententia generalis est, pertinens ad omnes vniuersitates venditas. Veluti, si peculium venditum sit, si grex, si armentum, & quid ex rebus singulis, quæ eius vniuersitatis esse putabantur, euictū fuerit, quod declaratur exemplo peculii *in l. 5. D. eo. tit.*

In his semper conuentio excipienda est, vt hic fit. Si conuenit, vt venditor rerum singularum euictionem præstaret, conuentio præstanda est, idque vel maxime ex iudicii emti & venditi natura, quod cum sit bonæ fidei, maxime conuentorum veritatem de-
6 siderat. *l. ex emto. D. de act. emt.* † Conuentionis species est, si venditor de substantia hereditatis affirmauit. *l. nisi D. heredit. vel act. vendit.* id est, si venditor dixit nominatim has & illas res esse hereditarias. Quare si postea hæ res euincantur, euictionem præstabit; quia ita affirmauit, vt præstaret, quippe propter eam affirmationem pluris vendidit. *leg. sciendum §. 1. D. de ædilit. ed. l. ea quæ. in prin. D. de cont. emtio. & vendit.*

L. Quoniam. 11.

Idem AA. Quartæ.

*Quoniam auus tuus, cum prædia tibi donaret, de euictione eorū cauit, potes aduersus coheredes tuos ex caussa stipulationis consistere ob euictionem prædiorum, pro portione sc. hereditaria. Nudo autē pacto interueniente, minime donatorem hac actione teneri certum est. PP. 2. Calend. Mart. Antonino A. 2. & Geta. II. Coss. 206.*

SVMMARIA

1 *Donata re euicta donatorem euictionis nomine non teneri & generaliter, quæ de præstationibus emti & venditi constituta sunt, ad res donatas non pertinere, & hoc quam recte.*

2 *Donatorem qui sciens rem alienam donauit, re euicta teneri de dolo, sed solum de sumtibus, quos donatarius in eam rem fecerit.*

3 *Actio de dolo quæ aduersus donatorem fraudulentum competit, quantum distet ab actione, quæ competit ob eius rei euictionem.*

4 *Donatorem euictionem rei donatæ præstare, si stipulatione cauerit, se præstiturum, non si nudo pacto tantum conuenerit.*

5 *Cum sine stipulatione paciscitur donator, se euictionem præstaturum, quamuis in donando id fecerit, nihilominus nudum pactum esse, quo non tenetur.*

6 *Non mutari hanc sententiam in l. si quis argentum §. penult. Cod. de donat. quia nec simile pactum sit de re pacto donata tradenda, nec si simile esset, lex ius vetus emendans producenda sit ad consequentias.*

Constitutio iuris certi est diserte confirmata hoc 1
loco: re donata donatario euicta, quod aliena donata esset, donatorem ei extra conuentionem euictionis nomine non teneri. Ex quo intelligimus, quod de euictione præstanda constitutum est in venditione, id ad res donatas non pertinere, vti placet nec cetera, quæ a venditore exiguntur. *l. ad res donatas. D. de æd. ed.* Ius æquissime constitutum. Nam aut donatarius rei euictæ pretium repetere volet a donatore, aut sumtus a se in eam rem factos, quos facturus non esset, si sciuisset rem esse alienam. Pretium repetere non potest: quandoquidem hoc ei non abest, qui propter rem nihil in donatorem contulit, quod secus est in emtore, qui pro re vendita dedit pretium. Sumtus a se factos iustius videbatur repetere posse; quia alia caussa est damni, alia aduentitii lucri. *l. non debet actori. §. 1. D. de reg. iur.* Sed & hos a donatore, qui nihil dolo fecit, repeti iniquum est. Neque enim donator liberalitatis suæ pœnam pati debet, vt est *in d. l. ad res donatas.* ductum ex hac æquitate naturæ, qua placet nulli officium suum debere esse damnosum. *l. sed si quis. D. testam. quem. ap. l. si seruus. §. quod vero. in fin. D. de fur.* Nihil tale dici potest de venditore, qui in re vendita præstanda non confert beneficium in emtorem, sed id præstat, quod iure obligationis præstare necesse habuit.

Sane † si quis sciens, rem alienam esse ignoranti 2
donauerit, & sic res euincatur, habet deceptus de dolo actionem aduersus donatorem, si quos sumtus in eam rem fecerit. *l. Aristo. §. vltim. D. de donat.* Sed ne sic quidē efficitur, vt vel hoc casu donatario præstetur euictio. Quia enim de dolo actio est, non potest ei competere, nisi quatenus deceptus est a donatore. At non est deceptus in pretio & æstimatione rei donatæ. Non enim propter dolum æstimationem rei amisit; sed ideo, quia res aliena erat; idem passurus, etsi donator ignorans rem alienam donasset. Quare 3
ne hoc quidem casu re euicta donatarius de æstimatione rei recte aget, cui in eam rem ne actio quidem de dolo competit. In eo fraudatur donatarius, si quos sumtus fecit in rem donatam, quos si rem alienam esse sciisset, non esset facturus. Et hactenus erit ei de dolo actio, vt hos sumtus, & quidquid eo nomine illi abest, a donatore recuperet. *dict. leg. Aristo. §. vlt.*

*D. de*

3 *D. de don.* Sed † & hic vide, quantum distet hæc actio ad sumtus recipiẽdos ab ea actione, quæ ob euictionem competit in id, quod actoris interest. Quia hic de dolo actio est, hinc intelligimus, si donatarius dum res ab eo vindicatur, eos sumtus a petitore retinere potuit doli mali exceptione opposita, de his postea aduersus donatorem agere non posse. Potest autem eos sumtus, si vtiles fuerint, & si rem possidebat, seruare a petitore, *l. sumtus, D. de rei vind.* Id si non fecit, doli actionem aduersus donatorem non habebit. Quisquis enim rem saluã habere potest vllo alio remedio, quam actione de dolo, placet eum actionem de dolo non habere, quamuis ad rem seruandam exceptionem tantum habuerit, *l. 1. §. ait prætor. D. de dol.* Nec interest, vtrum donatarius exceptionem adhuc habeat ad sumtus seruandos, quos fecit, an vero eam amiserit sua culpa, vt hic contigit, *dict. leg. 1. §. pen. D. de dol.*

4 Vna est ergo † conuentio, quæ donatario re donata euicta actionem ob euictionem possit præstare. Sed hoc præstat non omnis. qua in re est distinctio huius rescripti, vt si quidẽ donator de euictione cauit donatario, teneatur eo nomine. Si tãtum conuenit, vt præstaret, idque nudo pacto, non teneatur. Si cauit, sic interpretandum est ex significatione verbi vsitata, si per stipulationem cauit, siue si stipulanti promisit se euictionem præstaturũ. *l. sancimus, supr. de verb. sign.* Distinctio ex iure certo sumta. Nam ex stipulatione iure ciuili actio nascitur, *§. de constituta, Inst. de act.* Ex pacto autem nudo non nascitur, *leg. iurisgentium, §. sed cum nulla. §. quinimo, l. diuisionis, D. de pact. l. legem. supr. de pact.* Tale est autẽ pactum, cum citra stipulationem donatarius pactus est sibi a donatore euictionem præstari. Id enim pactum non nudum dicitur, cum quis dedit, aut fecit quid ea lege & pacto interposito, vt vicissim sibi quid daretur, aut fieret. Contra vbi pactus est sibi quid dari aut fieri, neque prius quidquam dedit, aut fecit ea lege, vt illud, de quo pactus est, sibi præstaretur, id pactum nudum dicitur, *d. l. legem, supr. de pact.* nudum, id est, solum, quod nihil habet ad obligationem cõtrahen-
5 dam præter conuentionem. Huiusmodi, † inquam, pactum est, cũ donatarius paciscitur sibi euictionem præstari, quamuis id paciscatur tunc, cum res ei donatur. Nam is nihil prius donauit aut fecit donatori ea lege, vt sibi ea euictio præstaretur, sed contra a donatore accepit. Pactum igitur nudum est ex superiore definitione: ex quo genere iure ciuili non nasci-
6 tur actio. Hoc loco † quæsitum est, num hoc ius mutatum sit constitutione Iustiniani, *l. si quis argentum, §. pen. j. de don.* quoniam illic constitutum est noue a Iustiniano, vt ex solo pacto de donãdo obligetur donator in hoc, vt rem tradat, quam se donare dixit, idque ad exemplum venditionis. Vulgo placet ea constitutione ab hoc rescripto recessum esse, & ex pacto solo vel de donãdo, vel de euictione rei donatæ præstanda donatorem æque teneri, atque si stipulatione cauisset. Mihi falsum videtur. Et constat huius sententiæ ratio. Necesse est enim, quod hic cõstitutum est, ex iure publico manere, nisi aperte & specialiter sublatum sit. *l. præcipimus. in fi. supr. de appel.* Non mutatur autem hoc ius superiore cõstitutione Iustiniani. Nam sic ille vult ex pacto de donãdo obligari donatorem, vt vbiq; nominatim adiiciat se velle ad hoc, vt donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem tradere oporteret. Ex quo colligitur, si donator rem de qua donanda pactus est, tradiderit donatario, legi Iustiniani satisfactum esse, eoque & donatorẽ liberari. Cui rursus consequens est, si postea res tradita euincatur, euictionem a donatore non debere præstari, quia nihil de eo cautum sit lege Iustiniani, & quia prius donator liberatus sit tradendo, vt diximus. Sed & hoc euidenter efficitur ex sententia eius constitutionis. Apparet enim Iustinianũ voluisse, eum qui pactus est de donando, ex hoc pacto teneri, vt ita rem tradat, vti traderet, si vltro donasset. Denique non vult ex hoc pacto donatorem amplius teneri, quam vt faciat, quod faceret, si sua sponte rem tradidisset. At omnib. interpretibus consentientib. si donator vltro sine pacto rẽ donauerit, & tradiderit, ea euicta non tenetur. Quare nec tũc tenebitur, cum ex pacto tradiderit. Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus voluit hoc pactum actionem parere, atque hoc modo pactum stipulationi cõparari. Sane enim hic comparat: sed videndum est, quatenus, ne vltra quam voluit, eius cõstitutionem producamus ad ius vetus emendandum. Dedit ex hoc pacto actionem tantum, vt res traderetur, non etiã vt ea re euicta præstaretur euictio. Quapropter & intra hos fines cõsistere debemus: nec de re euicta ex pacto actionẽ dabimus, de quo ille nihil cauit. At enim vtrumque pactum alteri simile est, est enim vtrumque de re donata: prius de tradenda; posterius de retinenda, & perpetuo habenda. Proinde & in hoc posteriore, dicet aliquis, ius idem statuendum, *l. illud, D. ad leg. Aquil.* Sed non est in vtroque par ratio eius tuendi. Vt rem tradat donator ex pacto, nulla eius iniuria est, certe nulla pœna, siue res eius est, siue est aliena, cum tradere possit, quam apud se habet. At re aliena forte donata si euicta sit, id agi pacto, vt id periculum donator præstet: hic vero eius damnum & pœna versatur. & iniquum est eo casu quemquam liberalitatis suæ pœnam pati. hoc ita Modestinus de huiusmodi præstatione scribit *in dict. leg. ad res donatas. D. de æd. ed.* Sed demus & pacti de re donata tradenda, & pacti de eius euictione præstanda eandem rationem & æquitatem esse. Non tamen istis concedendum est, quod de priore constitutum est, vt valeat, idem quoque admittendum in posteriore. Prius enim admissum est a Iustiniano contra iuris communis de pactis rationem. Proinde certo iure vtimur, vt non sit producendum ad consequentias, etiam in quibus videatur eadem ratio, *l. quod vero. D. de leg.* Postremo illud tenendum est, quod supra dixi, cum quid immutatur ex priore iure, si quid specialiter immutatum non sit, id veterum legum & constitutionum regulis relinqui oportere, vt diserte cautum est in *d. l. præcipimus. in fin. supr. de app.*

*Ad L. 3. Qui rem.*

Idem AA. Aureliano.

*Qui rem emit, & post possidet: quamdiu euicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, conuenire non potest. PP. 8. Cal. Aug. Faustino & Rufino. Coss. 211.*

SVMMARIA.

1 *Quamdiu res vendita tradita emtori euicta non est, tamdiu cum venditore nullam actionẽ esse, quamuis constet rem alienam aut pignore obligatam esse, idque esse perpetuum.*

2 *Quam varie consistere possit emtor aduersus vendi-*

*torem etiam re nondum euicta: sed quam hoc nihil superiori sententiæ, quæ huius loci est, aduersetur.*

3 *Venditorem rem venditam tradendo quamuis alienam liberari: ceteros debitores, qui rem debuerunt, nullo modo, & differentiæ ratio.*

1 CErti iuris est, re vendita emtori euicta emtorem aduersus venditorem euictionis nomine actionem habere, *l. 6. infr.* Quid, si res nondum euicta sit, constet tamen aut alienam esse, aut pignori obligatam, aut hominem qui venditus est, liberum esse, & in libertatem proclamare posse? denique rem venditam in ea caussa esse, vt emtori auocari possit? An emtor venditorem suum possit eo nomine conuenire vel in id quod sua interest rem perfecte suam factam esse, vel vt sibi pretium restituatur, quæritur. Constituitur hoc loco, non posse, idque est quod in *l. ex emto, in prin. D. de actio. emt.* traditur, venditorem rem solũ tradere debere. si tradiderit quamuis alienam, ita liberari, vt tantum euictionis nomine obligetur. Nihil est hac sententia verius, neque rotundius. Multa colligit Accursius in glossa, quæ ipse pro contrariis citat. ad quæ explicanda hac ratione vtitur, vt dicat ea certam rationem diuersitatis habere. Non recte, non quod emtor aduersus venditorem suum non possit multis de caussis consistere etiam re nondum euicta, sed quod nihil eæ caussæ aduersentur huic loco, vtpote quæ omnes verbis huius rescripti satis remoueantur. Nam in eo nihil otiose scriptum est. Id vt intelligatur, sic habendum est.
2 Emtor † venditorem suum etiam re nondum euicta cõuenire potest, sed ob alias caussas, quam ꝙ res aliena, aut pignori obligata sit. Rursum ob hãc ipsam caussam, quod res aliena est, aut pignori obligata, potest emtor consistere aduersus venditorem suum: sed non vt petat sibi ab illo aliquid dari, vel restitui, sed ne ipse cogatur postea quid dare ei, aut ab eo accipere: quod excipiendo consequitur, non conueniendo. Conuenire debitorem suum potest, sed re non tradita, vt sibi tradatur, *l. 1. in pr. D. de act. emt.* Quod si venditor alienam offerat, aut pignore obligatam, est in potestate emtoris non accipere; quod fit recusando, non venditorẽ conueniendo. *l. 5. l. si post perfectam. infra eo.* Nunc autem hoc rescriptum vetat, ne emtor conueniat venditorem. Item re tradita potest emtor petere a venditore, vt repromittat sibi rem habere licere. *l. ex emto in pr. & §. venditorem etiam. D. de act. emt.* Hoc amplius potest petere, vt venditor eo nomine duplã aut simplã repromittat pro ea distinctione, quæ legitur *in l. emtori. D. de euict.* Sed nihil hæc ad hunc locum. Non enim petitur hæc repromissio, quod res aliena sit, sed quod sine his non videatur tradita. Nam etsi res esset venditoris, tamen promittere cogeretur. Præterea si venditor sciens rem alienam ignoranti emtori vendidit, & tradidit, placet statim emtorem agere posse aduersus venditorem in id, quod sua interest. l. 4. *in pr. l. seruus quem. §. vlt. D. de act. emt.* Sed hoc non eo fit tantum, quia res aliena vendita est; sed quia emtor deceptus est: non acturus alioquin si deceptus non esset, quantumuis res aliena esset vendita. Nihil est igitur verius, quam quod hic dicitur, re vendita tradita emtorem non posse agere aduersus venditorem suum, nõ simpliciter, sed ob eam caussam, ꝙ res aliena est, aut pignori obligata. In quo cum lex inhibeat tantum actionem aduersus venditorem, & eam ex superiore caussa, apparet, si emtori licet consistere aduersus venditorem alio modo, quam agendo, & ob aliam caussam, quam supra scriptam, nihil his contrarium dici in hoc rescripto. Sane si conuenerit inter emtorem & venditorem, & simulatque controuersia mota erit de re vendita, liceat emtori aduersus venditorem eo nomine agere, conuentio seruanda est, *l. siue in libertate 12. hic* Sed ne hoc quidem huic loco aduersatur, in quo respondetur de iis, quæ secundum naturam emti & venditi præstanda sunt, aut non sunt. Ea autem natura conuentione mutari potest. nam contractus ex conuentione legem accipiunt, *l. 1. §. si conuenit, D. depo. l. contractus. D. de reg. iur.*

Illud † animaduertendũ est, quod placet, re quamuis aliena, aut pignori obligata tradita, non eo magis venditorem ab emtore conueniri posse, in venditore recte dici, ad ceteros debitores, qui rem aliquam præstare debeant, non pertinere. Liberatur venditor, quamuis rem alienam dando, propterea quod in hoc solum obligatur emtori, vt ei rem tradat, & ei habere licere præstet. quod fieri intelligitur, quamdiu res vere emtori euicta non sit. *dict. leg. ex emto in prin. & l. seruus quem. 30. §. vltim. D. de actio. emt.* Ceteri debitores, qui rem aliquam debuerunt, id est, qui debuerunt dare creditori suo vel ex stipulatu, vel ex legati caussa, vel dotis, & similibus, in ea caussa sunt, vt si rem alienam aut pignori obligatam creditori suo soluerint, denique eam quæ perfecte non fiat accipientis, placeat nullo modo eos liberari, sed creditori pristinam actionem manere, qua statim agere possit, vt sibi ea res quæ debebatur, præstetur, *l. cum quis. §. qui hominem. D. de solut.* nimirum quia & hoc conditio obligationis facit. Nam dare est dominium transferre. *§. si itaque. Instit. de act.* Vnde qui promisit se fundum daturum, dicitur in id obligari, vt omnimodo rem faciat accipientis, *l. vbi autem, §. vlt. D. de verb. oblig.* Non dat autem rem, aut dominium eius transfert, qui eam rem dat, quæ iure potest creditori auocari. Proinde debitor ita dãdo non præstat, quod debuit. ex quo etiam efficitur, vt non liberetur: quoniam tollitur quidem solutione obligatio, sed solutione eius quod debetur. *Instit. quibus mod. tol. obl. in prin.*

*Ad L. 4. Si prædium.*

Imper. Antoninus A. Georgio.

*Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: caussa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit euictum, vtilis tibi actio contra debitorem competit. Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. PP. 11. Cal. August. Duobus & Aspris Coss. 213.*

SVMMARIA.

1 *Extra emtionem, aut si qui sunt contractus emtioni similes, actionem ob euictionem non esse.*

2 *Pignore in solutum dato cur non videatur contrahi emtio.*

3 *Re in solutum data emtionem cõtrahi videri, & vnde hinc ea re euicta creditori esse actionem vtilem ex emto ob euictionem.*

4 *Emtor ab eo, qui in solutum accepit, cur distinguatur.*

5 *Re in solutum data euicta veterem actionem creditori manere: sed nihilominus ei actionem vtilem ex emto competere: & quid intersit, hac an illa creditor experiatur.*

Qui

QVi centum debebat, prædium volenti creditori in solutum dedit. Id prædium cum aliis creditoribus obligatum esset, ab iis postea ei creditori, cui datum erat, iudicio euictum est. Quæsitum est, *an is creditor prædio euicto actionem habeat aduersus debitorem ob euictionem in id quod sua interest?* Sed hanc quæstionem præcedit illa necessario, *an cum debitor prædium creditori in solutum dedit, sublatum sit eo prædio pignus aliorum creditorum, an vero manserit?* Nam si mansit, iure ab illis euinci potest, & ita locus fieri actioni ob euictionem. Quod si sublatum est pignus ea alienatione, nō potuerunt creditores, quibus obligatum erat, id prædium iure euincere. Quo fiet, vt si euincant, id contingat iniuria iudicis, nō actorum iure. Iniuriam autem iudicis actor non prȩstat ei, cui rem tradidit, etiamsi tradiderit ex caussa emtionis. *l. si per imprudentiam. D. eod. l. emtor. infr. hic.* Quamobrem & de eo respōdetur hic primo loco, vt sic deinde recto ordine perueniatur ad quæstionem de euictione. Placet ergo prædio in solutum dato, nihilominus caussam pignoris aliis creditoribus constituti integram manere, quod rescriptum est ex iure certo, quod est in *l. debitorē, l. distractis, supr. de pig. l. si debitor, supr. de distract. pign.* Ex quo intelligitur, si creditores postea prædium euincant, iure ab illis euictum videri, ac proinde nihil esse in alienatione debitoris, quod impediat actionem de euictione. Hoc posito, tamen adhuc dubitabitur, an creditor, cui prædium euictum est, possit agere ob eam euictionem aduersus debitorē: nec abs re dubitatur. Nam si in proposito emtio contracta nō est, creditor nullam actionem habet euictionis nomine. Primum, quia de eo nihil conuenit inter debitorem & creditorem, cum prædium in solutum daretur. Deinde, quia etsi conuenisset, tamen creditor ex ea conuentione actionem non haberet. Est enim pactum nudum: quia nihil dedit, aut fecit creditor ea lege, vt sibi id prædium præstaretur, aut eius prædii euictio, ex pacto autem nudo actio non nascitur, *l. legem supr. de pact.* Nihil eum dedisse debitori certum est. Nam debitor rem quam debebat, prius vt suam habuit, neque aliam a creditore accepit, aut si accepit, accepit sine vllo pacto & conditione. Quibus † de caussis generaliter probatum est, extra emtionem, & si

1 qui sunt contractus emtioni similes, actionē ob euictionem nō esse, vt hoc rescripto satis declaratur, & *l. 1. iuncta, l. 2. supr. de rer. per.* quibus in locis de re in solutum data, aut permutata datur ob euictionem actio, solum hac ratione, quod hic negotia gerantur,

2 quæ vicem emtionis obtinent. Atqui † pignore in solutum dato creditori, de qua specie nunc agitur, non videtur dici posse emtionem esse contractam. Non modo enim nihil dictum est de emtione, sed etiam aperte prædium in solutum datum est. Sed etsi rem & mentem contrahētium spectemus, idem dicemus. Nam qui dat in solutū creditori suo, id agit, vt negotium & obligationem præcedentem distrahat. Contraria sunt autem velle negotium distrahere, & velle contrahere. Quare qui in solutum dedit, non intelligitur contrahere voluisse, ac proinde non contraxit: collectio est §. *is quoque. in fin. Instit. quibus mod. re cont. obl.* Hæc dubitatio est, quæ mouit quæstionem huius loci.

3 Et respondetur, † nihilominus creditori vtilem actionem aduersus debitorem competere. Sed non adiicitur, quæ actio, neque ad quid competat. Et actionem vtilem intelligere debemus ex emto, quæ in hoc genere solet competere, cum res in solutum data euicta est, vt diserte traditur *in l. eleganter, in pr. D. de pign. act.* Sed & hoc ex ratione huius rescripti satis colligitur, quæ ad aliam sentētiam confirmandam referri non potest. Est enim hæc: nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. Primum Alexander contractum nominat, deinde ait, *eum vicem venditionis obtinere*, vt hic quasi venditionem contractam intelligamus, vnde sit illa actio vtilis, quā nominat. Sed quomodo hic potest esse emtio, vbi & verba repugnant, & finis soluentis, vt diximus? Emtio esse intelligitur ex iis rebus, quæ interueniunt. Nam quoties pecunia pro re datur, toties emtio contrahi intelligitur, *l. naturalis, in prin. illic. & si quidem, D. de præs. verb.* Id autem fit in proposito. Non obstat, quod aperte pretium hic non dicitur: de quo tamen in emtione contrahenda conuenire oportet. §. *pretium. Insti. de contr. emt.* Satis enim pretium dicitur rei solutæ, cum ea datur pro pecunia, quæ debetur. Apparet namque rem tanti æstimari, quanta est summa, quæ debetur. Sed tamē quia verbis aperte non contrahitur emtio, eo fit, vt non proprie emtio esse existimetur. Vnde non datur directa actio ex emto, sed tantum vtilis, quia scilicet contrahatur quasi emtio, siue, vt loquitur rescriptum, quia contrahatur id negotium, quod obtinet vicem emtionis: vt pote omnia habens, quæ sunt emtionis propria. Nam quod supra diximus, *debitorem prædium in solutum dando non id agere, vt contrahat, sed vt distrahat potius:* vtrumque verum est, debitorem prædium hoc in solutum dare & contrahendæ emtionis caussa, & nihilominus præcedentis obligationis dissoluendæ. Præcipuus quidē eius finis est, vt liberetur obligatione, nam nisi solutum voluisset, non vendidisset prædium. Sed vt ad hunc finem perueniat, prius hoc ei propositum est, vt vendat, cum enim pecuniam non haberet, vnde solueret, idcirco vendidit prædium creditori, vt pretium inde debitum cederet in eam pecuniam, quam debet, atque ita compensatione liberaretur. Recte ergo dicimus euicto eo prędio emti actionem vtilem creditori competere ob eam euictionem. Quid † est igitur, quod in *l. libera. in fin. supr. de sent. & inter.* aperte distinguitur emtor ab eo, qui in solutum accepit? 4
Nempe hoc significat, hunc posteriorem non esse emtorem, vt est is qui aperte emit. Quod & nos fatemur. Ideo enim non emtorem, sed quasi emtorem esse dicimus. Et † quod illic dicitur, *cum ancilla in solutum data est, posse ea euicta debitum repeti*, sane hoc 5
significat, & verum est, euicta re in solutum data, veterem actionem de debito manere. Sed ea res non facit, quo minus etiam creditori competat vtilis emti actio, vt est *in d. l. eleganter, D. de pign. act.* Vtramque hanc creditori competere non est otiosum. Re euicta, expedit ei emti actionem potius habere. Est enim hæc multo quam illa plenior: quippe quæ detur in id quod creditoris interest, prædium euictum non fuisse, *l. si tibi, infr. hic.* Quod sæpe pretium excedit, *vt est in l. 1. in pr. D. de act. emt.* In eo enim continetur, & quanto pluris res valuit, & præterea, quæ in rem emtam, vt melior fieret, erogata sunt, *l. si controuersia, 9. l. cum successores, 23. infr. eod.* Rursum re nondum euicta, vtile est actionem de eo quod debebatur, adhuc saluam habere. Nam tum actio ex emto creditori nulla est, quæ tunc solum competit, cum

ra 88. D. de verb. oblig. Hoc autem denuntiare venditori, vt ad agendum caussam emtori adsit, hoc loco dicitur auctorem laudare. quod quia ad quęstionem sequentis rescripti pertinet, ibi dicetur.

### Ad L. 8. Emtor.

### Idem A. Clementino.

*Emtor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiauerit, euicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neq; ex emto actionem contra venditorē, vel fideiussorem eius habet. Sed & si iudicio emtor non adfuit, aut præsens per iniuriam iudicis victus est absente auctore, vel fideiussore: regressum aduersus eum non habet. PP. 8. Id. Decem. Alex. A. Cos. 223.*

### SVMMARIA.

1 *Iure rem euinci oportere? & hoc quid sit.*

2 *Euicta re vel culpa emtoris, vel iniuria iudicis, venditorem ob euictionem non teneri.*

Culpa emtoris euictā rem intelligi his modis.

3 *Si de possessore petitor factus ob id victus est.*

4 *Si cum posset faciliore iudicio rem persequi, maluit difficiliore experiri, exempla.*

5 *Si emtor aliqua exceptione ex persona sua remotus est.*

6 *Si caussam non defendit, vt debuit, dum aut non adfuit caussæ agendæ, aut exceptiones aliquas prætermisit.*

7 *Si venditori non denuntiauit in tempore litē sibi moueri: & cur.*

8 *Denuntiandum venditori, heredi ue eius; non necesse esse denuntiare fideiussori.*

9 *Denuntiationem omissam emtori non nocere, siue venditor absit: siue fecerit, ne sibi denuntiaretur: siue iuste ignoret emtor, vbi sit.*

10 *Denuntiandum etiā pupillo venditoris heredi, quamuis tutor absit.*

11 *Denuntiandum venditori, quamuis litem moueri emtori non ignoret.*

12 *Quo tempore denuntiandum sit, vt ad agendam caussam adsit: quo tempore heredi, si re aliena soluta moueatur de ea re controuersia legatario.*

13 *Auctor proprie venditor ab augendo: & cur.*

14 *Auctor per metaphoram omnis qui alicuius rei habendæ alteri caussam præbet: unde translatum.*

15 *Laudare auctorem quid.*

16 *Venditore caussam negligente emtorem nihilominus caussam agere debere. hac deserta si vincitur, actionem de euictione non habere.*

17 *Iniuria iudicis victo emtori euictionem non præstari.*

18 *Fideiussorem iniuria iudicis victum nihilominus actionem habere aduersus reum pro quo soluit: & cur dissimiliter in emtore iniuria iudicis victo, cum agitur aduersus venditorem.*

19 *Emtorem a venditore de proprietate rei victum, licet culpa emtoris est, qui agentem exceptione non remouit, aut iniuria iudicis, nihilominus actionem habere ob euictionem: & cur.*

HOc rescriptum continet de euictione eam sententiam, quā initio huius tituli posuimus: non
1 esse † satis videlicet ad euictionem, rem venditā emtori iudicio ablatam esse, sed & iure oportere esse euictam, quod verbum positum est in *l. 4. supr.* Eo verbo continetur, vt nō aliter euictionis nomine teneatur venditor, quam si condemnatus sit, cum malam caussam haberet, puta, quia res in ea caussa esset, vt iure ei euinci posset, vel tanquam aliena, vel tāquam pignori obligata. Quapropter † duabus de caussis ef- 2
ficitur, vt quamuis res euincatur iudicio: tamen venditor ob eam euictionem non teneatur. Vna caussa est, si res euicta sit culpa emtoris: altera, si euicta sit iniuria iudicis. Prior caussa hic vno & altero exēplo declaratur: posterior etiam expressa est, vtraque diserte comprehensa in *l. 1. supr. de rer. perm.* de vtraq; cognoscendum est.

Culpa emtoris est, cum ea prætermisit, quæ ad retentionem aut defensionem rei pertinebant, & ob id victus est. Id autē quinque modis accidit. Primus est, † cum emtor sua culpa possessionem rei venditæ 3
amisit, qua ex re de possessore petitor factus victus est: non quia possessor probaret se dominum esse, sed quia emtor se dominum esse probare nō potuit, vnde & possessor absolutus est, iuxta *l. qui accusa. supr. de eden.* Species posita *in l. si rem, §. 1. D. eo.* Hoc facto negari non potest, quin emtor victus sit sua culpa: cum si possessionem retinuisset, aduersarius eius rem non euicisset. Etenim si egisset aduersus emtorem, neque de iure suo probare potuisset, vt nunc probare non potuit, emtor idemque possessor esset absolutus, & in suo loco mansisset possessio, *d. l. qui accusare. §. retinendæ. vers. commodum. Inst. de interd.* Secundus † modus est, cum emtor quamuis casu & 4
sine culpa possessione amissa, cum faciliore iudicio & expeditiore rem persequi posset, maluit difficiliore experiri. Veluti, si cum posset Publiciana agere, aut actione, quæ competit de agro vectigali, rei vindicatione vti maluerit, cum esset a vēditore admonitus, *l. si cum venditor, D. eod.* Publiciana actione is vincit, qui probat solum se ex iusta caussa ab aliquo accepisse: quod facile probatu est. Actione de agro vectigali is vincit, qui actorem suum non dominum, sed vectigalis prædii possessorem solum fuisse probat. At in rei vindicatione non est satis probare se rem ex iusta caussa accepisse, sed probandum est etiam, eum a quo acceperis, dominum fuisse: quod est probatu difficilimum. Intelliguntur hæc ex *§. namque, Inst. de act. l. in rem. D. de rei vind. & l. 1. D. si ager vectig. vel emph. pet.* Tertius modus est, † cum idoneo & expe- 5
dito iudicio vsus emtor aliqua exceptione remotus est, quæ ei obiecta sit a possessore ex persona eius, *l. hoc iure, & sequ. D. eod.* Veluti, si cum excidisset emtor possessione rei, & mota controuersia inter eum & possessorem pactus esset, se fundū illum amplius non petiturum, aut iusiurandum possessori detulisset, & ille iurasset suum fundū esse: post deinde ipse iudicio de ea re instituto summotus sit a possessore exceptione pacti superioris, aut exceptione iurisiurandi, quarū vtraque ex persona & facto emtoris aduersus illum nata est. Quartus † modus est, cum 6
emtor possessionem rei adhuc retinet: sed dum res ab eo vindicatur, caussam non defendit, vti oportet, & debuit, quod dupliciter contingit. Vno modo, si non adfuit, quæ caussa hoc rescripto addita est in illis verbis, *sed & si iudicio*, & clarius posita est in *leg. si ideo, in princ. D. eod.* Altero modo, si emtor cum exceptiones aliquas haberet, eas prætermisit exemplo fideiussoris, qui idem fecit, de quo in *leg. idemque, §. generaliter, Dig. mandat.* Postremo † hoc in 7
præcipua culpa emtoris numeratur, cur vincatur, si venditori suo non denuntiet litem sibi moueri de re ven-

re vendita. Nam venditor vt auctor & rei dominus, scire potuit ius suum, & quibus rebus id ius instrueretur. Itaque & ipse caussam proprietatis & emtoris instruere potuit admonitus: quod si non fecit, quia denuntiatum ei non est, perspicuum est ideo emtorem victum esse, quia culpa sua instructus non fuerit ad caussæ defensionem. *l. si fundo. §. vlt. ff. eod.* Hac de caussa etiamsi emtor in caussa agenda & defendenda præstet officia omnia, tamen hoc inprimis ab eo exigitur, vt lite sibi mota id denuntiet venditori, vt is, si videtur, ad caussam agendam adsit, vt hoc rescripto cautum est, & *l. seq. item l. si parentes. in fi. l. cum successores.* ⁊ *eo. d. l. si fundo. §. vlt. ff. eo.*

8 In † hac denuntiatione hæc cognoscenda sunt, cui hoc denuntiandum sit litem moueri emtori, an semper denuntiandum: postremo quo tempore denuntiandum. Et auctori, id est, venditori denuntiandum est, aut eo mortuo heredi eius, vt hoc rescripto comprehensum est, & seq. Fideiussori denuntiare non est necesse, si superioribus denuntiatum fuerit: tametsi verum est, non minus teneri fideiussorem euictionis nomine, quam venditorem. *l. auctore.* ⁊. vbi ratio exposita est.

9 Neque † tamen his semper denuntiare necesse est. Sunt in eo hæ conditiones, vt venditori denuntiandum sit, si & præsens sit, & sui copiam faciat. Absente venditore omissa denuntiatio nihil nocet. *l. si ideo. §. vlt. ff. eo.* Absens quis, definitur *in l. absentem. ff. de ver. sig.* Sed & si venditor præsens sit: si tamen aut dolo fecerit, ne sibi denuntiaretur, aut nesciat emtor, vbi sit, impune denuntiatio omittitur. *l. si dictum. §. si præsente ff. eo.*

10 Quod † si hæc concurrent, vt & præsens sit emtor, & sui copiam faciat, omnimodo ei denuntiandum est, adeo, vt placeat etiam pupillo, qui patri venditori successerit, denuntiandum esse, quamuis eius tutor absit. *d. l. si dictum. §. vlt. ff. eo.* Nec obstat, quod tutoris auctoritas in hac denuntiatione non interuenit, alioqui ceteris in rebus ad pupillum obligandum necessaria. *Inst. de auct. tut.* Nam etsi neque pupillus, neque tutor præsentes essent, tamen impune & sine vtriusque voluntate omitteretur denuntiatio, vt in omnium venditorum absentium persona ius esse supra diximus. Quæsitum est hoc loco,

11 † an venditori præsenti denuntiandum sit, si is litem emtori suo moueri non ignoret. Mouet dubitationem, quod dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. *l. 1. in fi. ff. de act. emt.* Et recte placuit nihilominus venditori denuntiandum, vt ad agendam caussam adsit. Nam ea rescripta, quæ de hac denuntiatione citauimus, puta hoc, & *l. seq. l. si parentes. l. cum successores.* ⁊. denuntiationem præcise exigunt. Vbi autem lex denuntiationem exigit, hanc semper interuenire oportet, etiamsi is cui denuntiandum ex lege est, non ignorauerit id, de quo agitur. *l. denuntiasse. in pr. ff. ad leg. Iul. de adult.* At enim recte dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. Rectissime, dum de eo agatur, quod non ignorant. Sed id huc non pertinet. Etenim lite emtori mota de duabus rebus agitur, quarum vnam scit venditor, alteram ignorat. Lis emtori mouetur: hoc scit venditor, de ea re moneri non debuit. Sed agitur preterea de voluntate emtoris, quæriturque, vtrum sibi velit adesse venditorem, an vero caussam periculo suo agere. Hanc voluntatem cognoscere venditor non potest, nisi emtor ei denuntiet, quid fieri velit. Recte igitur ad hanc declarationem voluntatis denuntiationem emtoris exigimus.

Quo † tempore emtor venditori denuntiet, vt ad agendum adsit, nihil refert, vt traditur *in l. si rem 29. §. vltim. ff. eod.* Sed additur, dummodo ne prope ipsam condemnationem id fiat. Quibus verbis hoc dici intelligere debemus, posse quidem emtorem ante condemnationem denuntiare venditori suo quouis tempore, dum tamen tunc denuntiet, cum adhuc integrum erit venditori caussam instruere, ne emtor vincatur. Nam si ad eam rem satis temporis non erit, dolo emtoris id factum est, quam ob caussam venditor ei non tenebitur re euicta. *l. si fundo. §. vltim. ff. eo.* Hic opponitur *lex qui concubinam. §. penultim. ff. de leg. 3.* vbi in persona heredis, qui homine generaliter legato certum hominem legatario dedit, scriptum est, si de eo homine controuersia fiat legatario, legatarium debere ante litem contestatam denuntiare heredi, vt homine euicto actionem aduersus heredem habeat. Dicendum est, quod & Bartolo videtur, aliam caussam esse emtoris & venditoris, aliam heredis & legatarii. Nam in emtione re tradita, incipit res & caussa emtoris esse propria. Incipit enim exinde commodum & incommodum omne rei ad eum pertinere. *§. cum autem. Institut. de emt. & vendit.* Et ea dicitur propria caussa cuiusque, ad quem commodum & incommodum suo nomine pertinet. *l. 1. § in propria. ff. quand. appellan. sit.* Quocirca si in hac caussa fit emtori controuersia proprietatis, iure suo is facit, si caussam defendit & persequitur suo arbitratu: dummodo defensionem integram venditori relinquat ante sententiam. Diuersa caussa est legatarii. Nam re legata euicta, nullum in eo periculum agitur legatarii: vbi si heres euictionem præstat, solum incommodum est heredis. Si non præstat, tamen nullum est incommodum legatarii, cui pro re legata nihil abest. Quare recte visum est in ea re, cuius periculum ad heredem pertinet, totam caussam heredis arbitrio permitti debere, vt ipse de ea statuat, vt vult, aut sibi commodum existimat. Atque hoc ius est de hac denuntiatione.

De verbis iuris ad hanc denuntiationem significandam vsitatis monendi sumus totum hoc, denuntiare venditori, vt ad agendum adsit, veteres vno verbo dixisse laudare auctorem suum, *vt in l. auctore.* ⁊. *l. Herennius. §. 1. ff. eo.* Quorum verborum hæc significatio & ratio est. Auctor † venditorem proprie significat, quod cum ex innumeris aliis locis intelligitur, tum maxime ex hoc rescripto, & *l. si controuersia. seq.* Ita dictus venditor ab augendo. An quod, vt quidam volunt, venditor auget emtorem re vendita? 13
Non satis conuenienter rei hoc dicatur. Ista enim ratione etiam emtor, & is quidem maxime dici debuit auctor, quia præcipue is auget venditorem pretio, cuius dominium in venditorem transferre debet, cum venditor nihil amplius debeat, quam rem tradere. *l. ex emto. in pr. ff. de act. em.* Nunc autem scimus nunquam emtorem auctorem dici, sed semper auctorem ab emtore distingui. *l. hoc iure. & l. seq. ff. eo. & hac l. emtor. & l. seq.* Sed dicitur auctor ab augendo pretio: quia venditor is demum est, qui cum effectu emtori pretium auget, vt puta, emtor offert viginti: venditor dicit, non esse satis, & postulat aliquid addi. Emtor addit quinque: venditor negat adhuc esse satis. Emtor addit alia quinque, vt sint triginta. Et hoc venditori placet. Hic perspicuum est, hæc omnia

aucta esse emtori a venditore: vnde merito auctor
14 dictus, quoniam auget. Idem † venditor dominus est rei, certe rei habendæ & possidendæ ius habet: quod & ius in emtorem transfert venditionis iure. Inde factum, vt omnes qui alicuius rei habendæ & obtinendæ initium ac caussam alii præstarent, hi dicerentur auctores ei rei. *l. 4. §. auctoris. ff. de dol. & met. excep.*

15 Laudare † autem veteribus est nominare, & appellare, *vt Agellius docet libr. 2. cap. 6. Macrob. libr. 6. cap. 7.*

16 Ex † his apparet, si controuersia mota de proprietate rei venditæ emtor sibi consultum velit, recte eum facturum, si statim id denuntiet auctori suo. Si is caussæ defensionem suscipit, liberatur emtor omni molestia iudicii, & nihilominus re euicta actionem habebit de euictione. Quod si venditor defensionem negliget, sciat emtor non ideo se liberari, sed vt in caussa sua agere debere, & caussam defendere, quibuscunque modis potest. Quod nisi faciat, quia sua culpa vincitur, euictio ei non præstatur, vt hic traditum est.

17 Sed † etsi omnia faciat emtor, quæ ad defensionem rei pertinent: tamen etiam altera caussa est, quæ inhibeat actionem ob euictionem, si iniuria iudicis res euicta sit, vt hoc rescripto item comprehensum est. Neque hic quidquam interest, vtrum emtor sordibus iudicis & corruptione victus sit, an imperitia, vt est *in l. si per imprudentiam. ff. eo.* Quod ideo dictum est, quia si iudex pecunia corruptus sententiam aduersus emtorem tulerit, sententia nullius momenti est. *l. venales. §. quan. prouoc. non est nec.* vt hoc casu cum emtori sententia nihil noceat, frustra ei detur actio aduersus venditorem euictionis nomine. Sed non idem iuris est, si iudex per imperitiam iudicauit: valet enim sententia nihilominus, nisi prouocatum sit. *l. cum prolatis. ff. de re iud.* Vnde dubitatio, quæ eximitur *in d. l. si per imprudentiam*, cum adiicitur, etsi per imprudentiam iudicauit iudex: tamen emtorem aduersus venditorem regressum non habere, addita hac ratione, quia iniuria emtori facta venditori no-
18 cere non debeat. Sed opponitur † exemplum fideiussoris. Nam quemadmodum emtor si conueniatur de proprietate rei, caussam recte tueri debet, vt actionem ob euictionem habeat: ita & fideiussor conuentus si aliquas exceptiones habeat ex persona rei principalis, iudicio contendere, & his exceptionibus vti debet, vt mandati actionem aduersus reum nanciscatur, si postea victus soluerit. *l. idemque. §. generaliter. ff. mand.* Et tamen si fideiussor nulla sua culpa, sed iniuria iudicis victus sit, nihilominus mandati actionem habet. *l. exceptione 67. ff. de fideius.* Cur non igitur & in emtore iniuria iudicis victo idem dixerimus? Sed in promtu est differentiæ ratio. Nam emtione contracta omne periculum rei ad emtorem pertinet. *l. necessario. ff. de per. & com. rei vend. §. cum autem. Inst. de emt. & vend.* In periculo autem & casu fortuito est omnis iniuria ab alio illata: quia nulla diligentia iniuriam alienam vitare possumus. *l. ad eos. ff. com. l. sed de damno. ff. loc.* Quare & hoc periculum iniuriæ ad emtorem pertinebit. Diuersa caussa est fideiussoris: huius negotium in fideiussione non geritur, sed rei principalis: quam ob caussam & ipse, & quisquis negotium alienum gerendum suscepit vel ex mandato, vel sine mandato, culpam tantum & diligentiam vt in re aliena, non etiam casum fortuitum præstare debet. *l. contractus. ff. de reg. iur.*

Atque † hæ caussæ sunt duæ in summa, propter 19
quas emtor re euicta actionem ob euictionem aduersus venditorem non habet, emtoris culpa, & iniuria iudicis. Sed ex hoc iure excipiuntur emtores victi ab iis, qui euictionem præstare debebant, puta victi aut a venditore, aut ab heredibus eius, aut a fideiussore euictionis. Propone hoc modo: venditor fundum alienum vendidit, & tradidit emtori. Idem domino fundi exstitit postea heres, atque dominus fundi successione factus est. Quo iure vsus cœpit eum fundum tanquam suum ab emtore vindicare. Hic duo sunt emtori remedia aduersus venditorem. Nam primum, si videtur, potest vindicantem exceptione doli summouere. *l. vindicantem. ff. eo. l. exceptione. §. eo.* Quod si hoc non placet, liberum est ei pati venditorem agere, & se vinci: ea lege, vt si eo iudicio res illi a venditore euicta sit, nihilominus actionem habeat aduersus venditorem ob euictionem. *d. l. vindicantem. & seq. ff. eo.* Atqui si ius superius sequimur, emtor in hac caussa actionem ob euictionem habere non potest. Nam exceptionem doli mali, qua submouere emtorem poterat, si non opposuit, culpa eius est. Si opposuit, & tamen victus est, iniuria illi manifesta facta est a iudice. Ita alterutra de caussa necesse est, eum actionem non habere, si in iure superiore consistimus. Sed hoc in hac caussa non placuit, vt dixi, cum aut venditor euincit, aut ceteri qui euictionis nomine obligantur. Merito. Esto enim, obiici hic possit aliqua culpa emtori. At hæc maiore venditoris culpa, atque adeo manifesto dolo in ea caussa vincitur. Quæcunque enim hic condemnatio fuit, huic caussam dedit improbitas venditoris, qui hoc iudicium mouit, & quem in ea venditione tueri debuerat, eum iudicio isto oppugnauit. Quare si agentem de euictione emtorem summouebit exceptione, quasi culpa sua victum, merito replicatione doli mali exceptio elidetur: eritque in eam rem actio ex stipulatu intellige simpli, vel ex dupla, id est, ex stipulatione duplæ, vel ex emto, vt hoc rescripto expressum est: quę verba quid valeant, exponetur commodius *ad l. si tibi. §.*

*L. Si controuersia. 9.*

QVod de denuntiatione hic dicitur, pertinet ad rescriptum superius, vbi dixi. Quod reliquum est, re euicta hic datur actio emtori aduersus venditorem successoremve eius in id, quod emtoris interest, qui locus recte reiicietur *ad l. si tibi. §.*

*L. Si fines. 10.*

Idem A. Largo.

*Si fines agri venditor demonstrauit, & legem dixit, intra eos neminem ingressurum: si quid inde euincatur, periculo sit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstrauit, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet. PP. 7. Calend. Decembr. Maximo II. & Æliano Coss. 224.*

SVMMARIVM.

1 *Finibus fundi certis demonstratis, si quid ex his euincatur, an, & quando præstanda sit euictio.*

VEnditor fundum Tusculanum, † qui constabat 1
centum iugeribus emtori vendidit, & in finibus demonstrandis dixit, *fundum continere centum quinquaginta iugera.* Ex hoc numero quinquaginta euicta sunt, vt reuera aliena erant, non fundi Tusculani. Quæ-

Quæsitum est, *an venditor ob euictionem eorum ingerum teneatur.* Distinguitur. Si venditor fines demonstrauit, & legem dixit, id est, demonstrauit nominatim adiecta hac lege & conuentione, ne quis in eos ingrederetur, euictionem præstabit, quod hic scriptum est in principio. Plus dicimus, etsi venditor tantum fines demonstrauit, neq; quidquam adiecit nominatim de his finibus præstandis, nihilominus tamen eorum euictionem eum præstare debere: hoc *in l. qui fundum. ff. eo.* Et recte: nam quęcunque dicuntur ita, vt præstentur emtori, præstanda sunt. *l. sciendum. §. 1. ff. de ædil. ed.* Sunt autem in hac caussa, quæcunque ita dicuntur, vt propter hæc res pluris vendatur. *l. ea quæ. ff. de cont. emt.* Nemo porro dubitat, quin quo ampliores fines fundi erunt, eo pluris fundus sit, atque ideo pluris veneat. Quod si venditor fines quidem demonstrauit, sed ita, vt nihilominus diceret se fundum vendere suis finibus, quidquid vltra veros fines eius fundi euictum erit, venditor non præstabit: quæ altera pars est distinctionis tradita hoc rescripto. Hoc ideo, quia idipsum actum est. Nam qui vendit fundum suis finibus, siue intra suos fines, aperte hoc dicere intelligitur, se fundum vendere tantum, quantus est, non vltra. Nemo autem venditor rei a se non venditæ euictionem præstat, vt diximus *ad l. 1. ȷ.* Et quod demonstratio ampliorum finium vel præcessit, vel secuta est hanc conuentionem, ideo factum est, vt admoneretur sui iuris emtor, non autem vt venditor vltra veros fines quidquam præstaret, vt conuentio declarauit. Quod tamen de eo venditore accipiendum est, qui putauit eos fundi fines esse, quos demonstrauit. Nam si sciuit minores fines esse, & ampliores dixit, præstabit, nec defendetur conuentione, quæ dolo malo facta est. Hoc enim ipso decepit emtorem, quod cum sciret minores fines esse, non solum celauit emtorem, sed etiam mentitus est esse ampliores. *l. 1. §. 1. ff. de act. em.* Remoto dolo si quis fundum vendiderit suis finibus, quoscunque prius dixerit sibi videri, verum est, quod hic scribitur, litem finalem ad eum non pertinere. Ideo autem non pertinet, non quia fines isti euincantur finium regundorum iudicio, vt perperam in glossa scriptum est, cum nihil intersit, quo iudicio res vendita emtori euincatur. *l. si mancipium. §. 1. ff. eo.* sed quia qui postea euincentur fines, hi fines fundi non fuerunt. Nunc autem proponitur venditor fundum vendidisse finibus suis, quæ adiectio conuentionem habet apertam, alios fines, quam qui veri fines sunt, præstari non debere.

*L. Exceptione. 11.*

Idem A. Clementi.

*Exceptione doli recte eum submouebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controuersiam refert, quasi per vxorem suam, antequam tu emeres, comparauerit: qui venditioni adeo consensum dedit, vt se etiam pro euictione obligauerit. PP. Non. Feb. Pompeiano & Pelігno Coss. 232.*

SVMMARIA.

1 *Qui re euicta tenetur ob euictionem, eum de re vendita controuersiam emtori mouere non posse: agentem exceptione doli mali summoueri, quisquis est, siue venditor, heres ve eius, siue fideiussor, heres ve eius.*

2 *De herede fideiussoris vindicante: vbi & l. vlt. hoc tit. explicatur.*

3 *Suprascripti iuris ratio.*

Hic illa definitio in vniuersum statuenda est, quæ declaratur cum hoc rescripto, tum apertius *l. si ob caussam. & l. siue possessio. seq. ȷ. eo. tit.* † quisquis re euicta ab alio, ob euictionem obligatur emtori, eum de re vendita controuersiam mouere non posse: quod istorum obligatorum genera declarabunt. Euictionis nomine obligantur hi quatuor: venditor, itemque venditoris heres, *l. si controuersia. ȷ. fideiussor.* qui idem secundus auctor, id est, venditor appellatur, *l. 4. ff. eo.* & item heres fideiussoris, *l. vlt. ȷ. hic.* Hos omnes dicimus, si rem vindicent ab emtore, etiamsi ex noua caussa, quæ euictionem secuta sit, tamen frustra controuersiam mouere, quia exceptione doli mali ab emtore summoueri possint. De venditore vindicante traditur *in l. vindicantem. ff. eo. & in l. si ob caussam. ȷ.* De herede venditoris *in l. siue possessio. infr.* De fideiussore hic scriptum est. De herede † fideiussoris dubitari potest propter *l. vltim. infr. hic.* vbi scriptum est, heredem fideiussoris posse rem suam ab emtore vindicare, si non iure hereditario, sed ex persona sua dominium vindicet, id est, si non ideo rem vindicet, quia res fuerit fideiussoris, eiusdemque decessoris eius, in cuius dominium postea heres successit, sed ideo, quia res eius fuerit propria, perueneritque ad eum ex alia caussa, quam hereditaria. Sed hoc priorem sententiam non mutat. Ita enim verum est, heredem fideiussoris, qui rem ex persona sua ita vindicat, iure vindicare, vti certe verum est, *l. in rem ff. de rei vindication.* vt nihilominus vindicans exceptione doli mali possit summoueri. Nam & de herede venditoris idem scriptum est *in l. Seia. ff. eod.* quod de herede fideiussoris *in dicta lege vltim. infr.* Et tamen nihilominus adiicitur *in dicta lege Seia.* heredem iure alioqui vindicantem exceptione summoueri posse. Idque etiam satis defenditur eadem *l. vlt. ȷ.* Nam illic etsi tribuitur heredi fideiussoris, vt iure rem vindicare possit: tamen hoc additur, eum re euicta ob euictionem teneri: certo argumento, si rebus integris controuersiam faciat emtori, posse eum exceptione summoueri. Hoc ex priore colligitur & *in l. si ob caussam & in l. siue possessio. ȷ. hoc tit.* Et † recte hoc ita constituitur, vt quisquis ob euictionem rei obligatur, is de ea re controuersiam mouere non possit, duabus de caussis. Primum, quia quod de euictione obligatur, indicio est eum emtorem in re vendita defendere debere. Qui defendere emtorem debet, perspicuum est ei emtorem oppugnare non licere: sunt enim hæc contraria. Deinde pro certo definitur, omnem dolo facere, qui petit id, quod restiturus est: ex quo etiam aduersus eum, qui ita petit, comparata est doli mali exceptio. *l. dolo. ff. de doli mali & metus exception.* At qui tenetur ob euictionem rei venditæ, is de ea re restituenda tenetur, aut quod tantundem valet, tenetur in id, quod emtoris interest, eam rem præstari. Quare si eam rem petat, ad superiorem definitionem pertinet.

*L. Siue. 12.*

Imperator Gordianus Augustus Philippo.

*Siue in libertatem euictus est seruus, quem mercatus es, siue cum comparares, conuenit, vt si qua quæstio nomine eius relata esset, & si nec dum euictus esset, tu pretium recuperares: præses prouinciæ, quod tibi præstandum animaduerterit, restitui iubebit. PP. 7. Id. Mart. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIVM.

1 *Euictio quibus ex caussis præstanda.*

1 Evictione † rei venditæ iure secuta constat venditorem ob euictionem teneri. *l. 6. ṡ.* In eo nihil interest, qua de caussa iure res euincatur, & auferatur emtori, vtrum ideo, quia aliena aut pignori obligata erat, *l. 3. ṡ.* an vero quia tanquam seruus aut ancilla vendita, qui venditi liberi erant, & in libertatem euicti sunt, de quo hoc loco. Nondum re euicta venditorem emtori non teneri scriptum est *in d. l. 3. ṡ.* Hæc exceptio est, extra quam si contra conuenerit; quæ conuentio dicitur hoc loco seruanda esse.

*L. Si ob caussam. 13.*

Idem A. Zoilo.

*Si ob caussam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui præcipiendi ius fuit, eaque de quibus complecteris, tu mercatus es: frustra ab ea, quæ condemnata est, vel quæ in eius locum successit, eorum refertur quæstio: quandoquidem & si euictio eorum ab alio subsecuta fuisset, aduersus eos debuisse dari actionem, a quibus pretii solutio proficit, rectißime responsum est. PP. 16. Cal. Jun. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIA.

1 *Pignoribus ex caussa iudicati distractis euictis, debitorem tanquam venditorem de euictione teneri, non magistratum, non apparitores, non creditorem.*

2 *Actionem ex hac caussa esse nō in id, quod emtoris interest, sed dumtaxat de pretio.*

Pignoribus debitoris in caussam iudicati captis, & auctoritate magistratus, cui de ea caussa iurisdictio fuit, per apparitores distractis, tam res in emtores transferuntur, quam si a debitore ipso eodemque possessore venditæ essent. *l. 1. l. 2. ṡ. si in cau. iud. pig. cap.*
1 *sit.* Hic † quæritur ad cautionem emtorum aduersus futuros casus euictionis, quis in hac venditione venditor haberi debeat, vt cum eo agi possit de euictione, vtrum magistratus qui iussit vendi, an apparitores qui vendiderunt, an creditor cuius opera factum est, vt pignora venderentur, an debitor cuius res fuerunt. Et placuit in hac specie, eum vere venditorem videri, proinde & aduersus eum dari debere actionem re euicta, cui pretii solutio proficit, seu qui pretio liberatus est, vt hic traditur *in fi. & l. si plus. antep. in pr. ff. eo.* Is autem est debitor, cuius pignora capta distracta sunt. Superiores, vt magistratus, apparitores, item creditor, videri possunt in hac specie vendidisse: quia de re & pretio conuenerunt cum emtoribus: apparitores aperte, magistratus & creditor, quia res vendi mandarunt. Vendit autem, quisquis per alium vendit. Sed reuera nemo horum venditor est. Quidquid enim hi agunt, non suo nomine agunt, sed debitoris, cuius res est, neque id agitur, vt pretium ad eos redeat. Solus est debitor, ad quem emolumentum huius venditionis pertinet: quam ob caussam & merito existimetur vendidisse. Hinc scilicet illa consequentia, de quibus hoc rescripto comprehensum est, vt & is re euicta teneatur euictionis nomine, idque actione ex emto, vt est *in dict. l. antepenult. ff. eod.* & præterea debitor, qui ob euictionem ita obligatur, controuersiam de re vendita emtori mouere non possit, qui præcipuus scopus est huius rescripti, de quo *in l. exceptione. ṡ.*

2 Hactenus † tamen debitorem euictionis huius nomine teneri placet, vt sit actio aduersus eum, non quanti interest emtorum, sed de pretio dumtaxat, eiusque vsuris, habita ratione fructuum, vt est *in d. l. antep. ff. eo.* Nec abs re: quod enim illo inuito & ab alio gestum est, non proprie ab illo venditum dixeris: vt vltra, quam ad eum peruenit, non sit ex bona fide eum teneri.

*L. Siue possessio. 14.*

Idem A. Secundino.

*Siue possessio venditoris fuit, filius eiusdemque patris heres frustra quæstionem mouet: siue non patris, sed filii eius possessio fuit, de qua iure hereditario auctor laudari potest: controuersiam mouere non potest. PP. 14. Cal. August. Gordiano A. & Auiola Coss. 240.*

SVMMARIVM.

1 *Heredem venditoris de re a defuncto vendita quamuis sua controuersiam actori mouere non posse: & cur.*

Heres venditoris † si rem venditam vindicet ab 1 emtore, negat hoc rescriptum id eum iure facere posse, quocunque iure & cuiuscunque ex persona id faciat, quod diuisione ostendit. Aut enim heres vindicabit vt hereditariam, quæ olim defuncti fuerit, aut vt suam & proprio iure. Si vt hereditariam, id est, ob id, quod venditoris fuerit, & ipse venditori successerit, frustra vindicat: sic enim vindicat alienam. Nam si venditor dominus fuit, rem tradendo dominium transtulit ad emtorem, eoq; & dominus esse desiit. *§ per traditionem. Inst. de rer. di.* Quæ defuncti non fuit, ea nec successione fiet heredis, cum hereditas non sit nisi successio in id, quod fuit defuncti. *l. hereditas. ff. de reg. iur.* Sic fit, vt heres rem a defuncto venditam nullo iure vindicet vt hereditariam: cum in rem actio soli domino competat. *l. in rem. ff. de rei vind.* Quod si res fuit heredis, quam olim defunctus vendidit ignorante herede, quam ideo & vt suam & ex persona sua vindicet, plus ea res habeat dubitationis, numnam hanc saltem possit vindicare: ac videatur etiam non prohiberi id facere, neque ex persona defuncti, neque ex sua. Non ex persona defuncti, quia is rem alienam tradendo eius dominium transferre non potuit. *l. traditio. ff. de acq. rer. do. l. nemo plus iuris. ff. de reg. iur.* Non ex persona sua, quia heres neque rem vendidit, neque venditioni consensit. quæ iis quo domino sunt, ei venditio aliena non nocet. *l. quidam. ff. eo.* Et omnino ita res habet, vt si ius summum spectemus, is heres iure eam rem ab emtore vindicet. *l. Seia. ff. eo.* Sed nihilominus exceptione summoueri potest, vt ita effectu frustra vindicet. *d. l. Seia. in fi.* Ad quem effectum referri debet, quod absolute dicitur hoc rescripto, heredem de re sua a defuncto vendita emtori controuersiam mouere non posse. Non potest propter exceptionem: cum nihil intersit, vtrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *l. nihil interest. ff. de regulis iuris.* Exceptio aduersus heredem ex eo, quod etsi venditor non transtulit dominium rei venditæ, qui dominus non fuit: tamen vendendo euictionis nomine se obligauit. *l. ex emto. ff. de act. emt.* In hac obligationem heres succedit. *l. qui in ius. ff. de regulis iuris. §. vltim. Instit. de loc.* Quare si vindicet heres, patietur & ipse eandem exceptionem, pertinetque omnino ad eam definitionem iuris, quæ & hic comprehensa est, & *in lege si ob caussam. supra.* de qua diximus *ad leg. exceptione.*

L. Si non iniuria. 15.

Impp. Philippus A. & Philippus Cæs. Menandro.

*Si non iniuria iudicantis, sed iuris ratione superatus es, pignus ob euictionem acceptum solemniter persequi potes. PP. Cal. August.*

SVperato iuris ratione emtore, vt hic scriptum est, id est, euictione secuta neque culpa emtoris, neque iniuria iudicis (nam horum vtrumque nisi interueniat, non videtur emtor superatus, quia ius eum deficeret, de quibus diximus *ad l. emtor. supr.*) quemadmodum de euictione actio est aduersus venditorem heredemve eius. *d. l. emtor. & l. seq.* ita & incipiunt teneri ex ea caussa venditionis accessiones, id est, fideiussores, & pignora: de fideiussoribus est *in l. si status. §. eo.* de pignoribus hoc rescripto traditur.

L. Super. 16.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Alexandro & Diogeni.

*Super emti agri quæstione disceptabit præses prouinciæ: & si portionem diuersæ partis esse cognouerit, impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit. Nam super pretio euictæ portionis non eum, qui dominium euicerit, sed auctricem conueniri consequens est. PP. 10. Cal. Iul. ipsis 4. & 3. AA. Coss. 290.*

SVMMARIA.

1 *Bonæ fidei emtorem sumtus vtiles in rem possessam factos a domino rem vindicante consequi posse non actione, sed per retentionem rei opposita doli mali exceptione.*

2 *Dominum rem suam recte vindicare, & auferre etiam non oblato pretio.*

3 *Euictare emtori actionem esse ob euictionem de pretio, non de sumtibus ab eo in eam rem factis, si rem possidens his non receptis rem restituit.*

4 *Vxorem militis rem suam per absentiam mariti & suam vsucaptam recipere posse, sed non nisi oblato pretio: & cur.*

1 EMtor † rem alienam emit, in eaque excolenda & meliore reddenda sumtus fecit. Si exsistat dominus, qui rem suam vindicet ab emtore, & emtor a domino seruare velit ea, quæ eius rei nomine sibi absunt, vt sumtus in eam rem factos, & præterea rei pretium: constituitur hoc loco, quid de his consequi ab illo possit. Et de sumtibus scriptum hic est, iudicem, qui de proprietate cognoscit, iussurum hos emtori restitui, quos quidem ad meliorandam rem erogatos esse constiterit. Nempe ideo, quia eos consequi emtor a domino rem suam vindicante debet. At quo iure, cum ei hi sumtus non debeantur? nihil enim cum domino contraxit, neque in his sumtibus faciendis negotium domini gessit. *l. si in area. ff. de cond. ind.* Et certum est, hos non deberi ne emtori quidem bonæ fidei: quamobrem & re restituta nulla illi de his competit actio. Sed rem adhuc possidens eos seruat per retentionem rei opposita doli mali exceptione. *l. sumtus. ff. de rei vind. l. si quis sciens. supr. de rei vind.* Doli exceptio ex eo est, quod dominus, qui petit sibi rem restitui non refusis sumtibus, quibus rem suam meliorem consecutus est, petit; vt locupletior fiat cum iactura emtoris. Hoc autem natura iniquum. *l. nam hoc natura. ff. de cond. ind.* Iam vero facit dolo, eoque & exceptione doli mali remouetur, quisquis subtilitate iuris nixus contra æquitatem naturalem aliquid petit. *l. 1. ff. de dol. mal. & met. exc.*

Quod ad † pretium rei emtæ attinet, non tantum de eo conueniri non potest actione is, qui rem euicit, quod hic scriptum est: sed nec aduersus eum id seruari vlla exceptione. Nam sumtuum, de quibus dixi, vtilitas ad dominum redit: pretium autem ad eum non peruenit: vt sit iniquum dominum id dependere, quod non accepit, & cuius nomine multo minus se obligauit. Ideo recte generaliter definitum est, vnumquemque dominum rem suam recte vindicare etiam a bonæ fidei possessore, quamuis non oblato ei pretio. *l. mater. in princ. l. si mancipium. supr. de rei vindicat. l. 2. supr. de fur.* Neque hoc aliter fit vnquam, quamdiu is, qui iure dominus est, rem suam vindicat ab eo, a quo pretium non accepit. Sane si pretium in rem domini versum sit, hic eadem exceptio domino obstabit rem suam non oblato pretio vindicanti, vt fit, cum emtor emit a non domino, sed pretium solutum est creditoribus iis, quibus id prædium a domino obligatum erat. *l. emtor. ff. de rei vind.* aut cum emtor emit a vero domino, qui alienandæ rei potestatem non habuit, puta prædium a minore, & pretium in rem minoris versum est, ac deinde minor rem suam vindicat. *l. vtere. sup. de præd. min.* 2

Sed † quod pretium rei euictæ emtor a domino seruare non potest, id consequi potest a venditore ita, vt de eo etiam vltro actionem habeat, qua ille recte conueniatur, quod hic positum est in extremo. De pretio rei euictæ hoc tantum dictum est hoc loco, posse scilicet auctorem de eo conueniri. Consulto: de pretio enim rei euictæ conueniri potest: non etiam de sumtibus ab emtore in eam rem factis. *l. idque. §. 1. ff. de act. em.* Idque efficitur ex iis principiis, quæ posuimus *in l. emtor. supr. hoc tit.* Nam si emtor non consequitur sumtus a se factos opposita doli mali exceptione, necesse est aut culpa eius euenire, aut iniuria iudicis: culpa, si exceptionem doli non opposuit: iniuria iudicis, si opposuit, & iudex non habuit eius exceptionis rationem, quod eum facere oportebat. *d. l. sumtus. ff. de rei vind.* Vtrum autem horum acciderit, venditor emtori non tenetur. *l. emtor. supr.* Sed recte monemur *in d. l. idque. §. 1.* hoc tantum pertinere ad eum emtorem, qui possidebat, eoque per retentionem rei opposita exceptione sumtus seruare a domino poterat: non pertinere ad eum, qui non possidebat: puta ad eum, qui cum non possideret, rem vindicauit, & eo iudicio victus est. Quippe hoc casu nihil est, quod imputetur emtori, si sumtus in rem venditam factos consequi a possessore non potuit. Vt enim supra diximus, nullam habuit actionem emtor de his sumtibus: retentionem vero multo minus, vt qui rem non teneret. Secundum quam sententiam recte vulgo accipitur *l. controuersia. sup. eo.* 3

Quod † supra dixi, quemuis dominum rem suam recte vindicare etiam non oblato pretio, dummodo vere dominus sit, ideo adiectum est, quia in vxoribus militum, quæ diu abfuerunt cum maritis, dum militiæ operam dant, ius constitutum est, vt si per eam absentiam vxores militum aliquid de rebus suis amiserint, dum res vsucapiuntur, non minus restituantur in integrum ad res vsucaptas vindicandas, quam restituerentur ipsi milites, si quid per eandem absentiam de rebus suis amisissent. *l. 1. supr. de vxor. mil.* Sed hac lege, dum pretiū refundant. *l. vlt. C.* 4

*de vxor. mil.* Non mirum: quoniam & hic ius singulare tributum est ei, quę vere domina non fuit iure, aduersus eum qui dominus esse cœperat per vsucapionem: quam ob caussam visum est & beneficium ita temperari, vt sine damno possessoris eiusdemq; noui domini contingeret.

*L. Si cum quæstio 17.*

Iidem AA. Mutiano.

*Si cum quæstio tibi super eo, quem comparaueras, moueretur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra iudicis disceptationem eum, quem emeras, tradidisti: præses prouinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit. PP. V. Id. Nouembr. ipsis 4. & 3. AA. Coss. 290.*

SVMMARIVM.

1 *Euictio quibus conditionibus præstetur emtori.*

1 RE † vendita emtori ablata venditor eo nomine illi tenetur his conditionibus: si controuersia mota emtor venditori denuntiauerit, vt ad agendam caussam adesset, si videtur, & præterea si non sponte rem restituerit petenti, sed iudicio & sententia iudicis victus; vt sit ea, quæ dicitur euictio. de quibus rebus diximus initio huius tituli, & summa ad istam sententiam hic comprehensa est.

*L. Si status 18.*

Iidem AA. & CC. Eutychio.

*Si status tibi super homine venundato mota quæstio est: solemnibus, quæ iuris admittit ratio, interpositis: si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de euictione eius, quem comparaueras, si nesciens eius conditionem comparasti, sine aliqua dubitatione auctorem, vel eius fideiussores, heredesve eorum conuenire. Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligis ad venditorem te reuerti non posse.*

SVMMARIA.

1 *In lite euictionis re secundum emtorem iudicata, ac proinde re non euicta, nullam actionem esse emtori aduersus venditorem ne de sumtibus quidem in ea lite factis.*

2 *Bartolus in eo reprehensus.*

HOc rescriptum quatuor continet. Primum, homine vendito in libertatem euicto non minus teneri venditorem emtori ob euictionem, quam si euictus esset ob id, quod alienus esset, aut pignori obligatus: idem scriptum est *in l. siue in libertatem. s.* Secundum, ita demum emtorem actionem ob euictionem habere, si nesciens qualis res esset, comparauerit. Scienti euictio non præstatur. *l. si fundum. j.* de quo *ad l. 6. s. eod.* Tertium, ob euictionem obligari quatuor, venditorem, venditoris heredes, fideiussorem, item & heredes fideiussoris, de quibus diximus
1 *ad l. exceptione. s.* Quartum † singulare est, & præcipue notandum, quod est in extremis verbis rescripti, si in controuersia, quæ de re vendita mota est, secundum emtorem iudicatum sit, vel dum dominus pronuntiatur, vel dum absoluitur ideo, quod petitor de suo iure probare non potuit, toties emtorem aduersus venditorem reuerti non posse: non dico ob euictionem, quod stultissimum esset hic monere, cum certum sit hoc casu rem non euinci, sed ob omne aliud damnum, quod emtor propter litem motam passus est. vt puta, non potest de sumtibus in ea lite factis venditor conueniri: quod recte Accursius ex his verbis censuit. Sed eius sententia reprehenditur a Bartolo *in l. 1. s.* cuius reprehensionis ille quasdam rationes adfert, de quibus postea. Nos autem statuamus nihil esse verius, quam re emtori non euicta emtorem nullam aduersus venditorem actionem habere, ne de sumtibus quidem litis, quod euidentibus locis & certissimis rationibus confirmatur. Loci in hanc sententiam hi sunt. Primum hic, vbi apparet non de actione ob euictionem responsum esse, siquidem constabat nullam esse euictionem: sed de actione aliorum damnorum nomine, quæ emtori ob litem motam contigissent. Præterea *l. ex emto. in pr. & l. seruus quem. §. vlt. ff. de act. em.* quibus in locis clare scriptum est, venditorem emtori re vendita tradita non teneri, nisi ob euictionem dumtaxat: vel, quod idem est, non teneri, si emtori habere liceat. Licet autem emtori habere, quamdiu res non est euicta. *l. habere. ff. de euict.* Rationes autem in hanc sententiam multo certiores sunt hæ. Primum iniuria emtori facta venditorem contingere non debet. *l. si per imprudentiam. in pr. ff. eo.* Quod autem controuersia facta est ab eo, contra quem sententia lata est, aperte in eo facta est iniuria emtori, vt sententia declarauit. Proinde hæc iniuria venditorem non attinget, id est, si quod ex ea iniuria emtori damnum est, id venditor præstare non debet. Deinde emtione contracta certum ius est, omne periculum in re vendita ad emtorem pertinere. *l. necessario. ff. de per. & com. rei ven. §. cum autem. Inst. de emt. & vend.* In hoc autem periculo & incommodo rei, siue in casibus fortuitis, quę circa rem contingunt, est vis aut iniuria, quæ emtori ab aliis infertur. *l. ad eos. ff. comm.* Quare & huius iniuriæ periculum atque incommodum ad emtorem pertinere debet. Postremo casus futuros post emtionem contingentes certum est ad venditorem non pertinere. *l. Lucius. ff. eo.* Iam vero hæc controuersia, quæ incidit aduersus emtorem post emtionem contractam, non incidit ex caussa præcedente, quam constitit petitorem nullam habuisse. Non igitur hunc casum, & si quid ex eo damni est, præstat venditor. Non me mouent, quæ contra afferuntur.

Bartolus † ita argumentatur: venditor præstare 2
debet emtori, vt rem venditam illi habere liceat: quod & verum est. *l. ex emto. §. venditorem. ff. de act. em.* At, inquit, qui promisit emtori habere licere, is tenetur emtori ob sumtus in litem factos, si controuersia emtori mota fuerit. Hoc vero negamus: & aperte falsum est, vt quæ ante disseruimus, conuincunt. Nã indignum est relatu, quod ille adfert ad probationem: dum id scriptum esse ait *in l. stipulatio ista. in pr. in glos. magna. de verb. obl.* Nos æque Accursium in eo falsum esse dicimus, vt & Bartolum hoc loco. Plus probabilitatis habet altera ratio, qua ille vtitur. Ait, controuersia emtori mota venditorem debere emtorem defendere. Admittimus *ex l. si plus. antep. §. mora. ff. eo.* de quo constat ex his, quæ diximus *ad l. emtor. s.* At qui defendere debet, nisi defendat, tenetur in id quod emtoris interest. Et hoc verum est. Ergo, inquit, venditor ob sumtus in litem ab emtore factos tenetur. Non recte colligit. Venditor enim defendere quidem debet: sed non suis sumtibus, verum emtoris; nec difficile est intelligere ex eo, quod constat, re vendita omne commodum & incommodum rei ad emtorem transire. Retinebimus igitur definitionem huius loci, quæ dilucide non de euictione, sed de sumtibus in litem factis scripta est.

*L. Si obligata. XIX.*

Iidem AA. & CC. Theodoro.

*Si obligata prædia venundedisti, & longi temporis præscriptione solita emtores se tueri possunt: euictionis periculum timere non potes. S. 2. Cal. Maii, AA. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Emtori exceptione temporis postea quæsita venditorem omni periculo euictionis deinceps liberari.*

PRædia, quæ pignori obligata erant, vendita sunt. Ea emtor possedit decẽ annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine vlla interpellatione eorum creditorum, quibus erant prædia obligata. Ea possessione emtor sibi præscriptionem longi temporis parauit, qua tutus remouere possit creditores postea pignus persequentes. *l. 1. l. 2. §. si aduer. cred. præscrip. opp.* Ita factum est, vt emtori qui hac exceptione defenditur, iure rem habere liceat, eoque nec possit res ei iure euinci. Hoc posito quæsitũ est, si nihilominus post longũ tempus creditores aduersus emtorẽ hypothecaria actione agant, & emtor denuntiet venditori, vt ad agendam caussam adsit, vtrum venditor defendere debeat emtorem, & nisi defendat, vtrum re a creditoribus euicta teneatur ei ob euictionem. Hic † rescriptum est superiore præscriptione emtori semel quæsita venditorẽ periculum euictionis timere non posse. Quo significatur neque venditorem cogi adesse ad defendendendum emtorem, neque eum re euicta emtori teneri. Hoc consequens est iis, quæ de caussis euictionis non præstandæ diximus *ad l. emtor. §. hoc tit.* Nam si emtor præscriptionem longi temporis creditoribus opposuit, & iudex habita ratione præscriptionis emtorem absoluit, palam est eum ob euictionem actionem habere non posse, cum res non sit euicta. *l. si status. sup.* Quod si emtor præscriptione longi temporis vsus non est, aut cum vsus esset, nihilominus iudex præscriptionis rationem non habuit, eumq; condemnauit: idcirco necesse est eum actionem ob euictionem non habere, quia culpa eius est, si præscriptionem non opposuit: iniuria iudicis, si is præscriptionis oppositæ rationem non habuit. Vtrumuis autem factum sit, venditor emtori non tenetur.

*L. Si parentes. XX.*

Iidem August. & CC. Solidio & aliis.

*Si parentes vestri mancipia venundederunt, & quæstio dominii mota est: emtorib. adesse: ac defendere caussam non prohibemini. Quod si eis hæc etiam euicta sunt, instauratio litis ex persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra ius desideratur. Emti sane iudicio pro euictione si conueniri cœperitis, nec vobis negotium, vt defendatis, denuntiatum probetur: intelligitis quatenus vosmetipsos tueri debeatis. S. 6. Calendar. Iuli. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Venditorem non appellatum ab emtore, vt ad agendam caussam adsit, non cogi adesse: sed nihilominus posse adesse ac defendere vel inuito emtore.*

2 *Defendente venditore si res euicta sit, emtorem de eadem re agere nõ posse, nec ex persona venditoris, nisi ab eo appellatio sit interposita.*

3 *Venditorem cui denuntiatum non est, vt ad agendam caussam adsit, quamuis defensionem vltro susceperit, re postea euicta non eo magis ob euictionem teneri.*

EX *l. emtor.* & similibus locis superioribus intelligimus, si venditori denuntiatum non sit, vt emtori ad agendam caussam adsit, venditorem non cogi emtorem defendere, neq; re euicta ob euictionẽ teneri. Hinc tria quæsita sunt, de quibus ius constituitur ordine hoc rescripto. Primum, † *an quamuis non cogatur venditor adesse, & caussam defendere: tamen possit, si velit, vltro id facere.* Et placet eum nõ prohiberi. 1
Quod sic accipiendum est, vt possit venditor caussam defendere & absente emtore sine mandato, & præsente eo quamuis inuito. Absente emtore potest: quoniam omnibus licet iure publico absentem, sine vllo mandato defendere. *l. seruum. §. publice. D. de procur.* Etiam prẽsente & inuito potest duabus de caussis. Primum quia licet cuiuis alterius cõditionem etiam inuiti meliorem facere. *l. soluendo. Digestis. de negot. gest.* Deinde quia caussa de proprietate rei venditæ quodammodo ad venditorem pertinet: vt videatur interesse eius, eam caussam instruere & defendere. Pertinet enim ad eius existimationem intelligi ab omnibus ipsum in ea venditione bona fide versatũ esse. Ea res facit, vt quamuis emtor nolit admitti defensionem venditoris, tamen iudicis officium sit eam admittere, & nisi admiserit, iusta sit caussa ab eo prouocandi, quia reiecerit in caussa, quod ex iure recte in caussa fieri potuit. Sequens † quæstio est, *si defendente vltro venditore nihilominus res euicta sit, vtrum emtor possit iterum de eadem re agere ex persona venditoris.* 2
Mouet dubitationẽ, quod sententia aduersus emtorem lata est: res autẽ inter alios acta, aut iudicata aliis non nocet, puta venditori, eiusue heredibus. *l. sæpe. ff. de re iud. res inter alios actas. §.* Et placet, si venditor appellarit, adhuc agi posse ex appellatione. Potest autẽ appellare venditor, siue in caussa adfuerit, vt defenderet, siue non adfuerit; quoniam eius interest. *l. ab exsecutore. §. 1. D. de appel.* Ceterum non interposita appellatione, ex persona venditoris eadem lis instaurari non potest, vt hic cautum est. non quod emtori noceat sententia aduersus venditorẽ dicta; sed quod venditor nihil iuris in re habeat, vt proinde ex persona & iure eius agi non possit. Nam si antẽ venditionem nihil habuit iuris in re vendita, ne nunc quidem habeat ex antecedente caussa. Quod si habuit, id rem emtori tradendo in emtorem transtulit; transferendo amisit. *§. per traditionem. Inst. de rer. di.* Tertium † quæritur, *si emtor eandem litem instaurare non potest, possitne saltẽ agere ob euictionem aduersus venditorem, qui in lite defensionem susceperat; quasi videatur eo facto etiam euictionis periculum suscepisse.* Et significatur in extremo venditorem propter defensionem vltro susceptam non teneri ob euictionem, si ei ab emtore denuntiatum non sit, vt adesset. adeo verum est, quod dicitur *in l. emtor. & l. seq. sup.* venditorem cui denuntiatũ nõ est, vt ad agendum caussam adsit, ob euictionem non teneri. Et recte. non enim debet ei nocere, quod vltro accessit ad defensionem caussæ quamuis non interpellatus. nam in eo officium præstitit emtori vtile, sibi minime necessarium, postea quam illi denuntiatũ non erat. Nulli porro debet officium suum esse damnosum. *l. si seruus. §. quod vero. ff. de fur.* 3

*L. Emti. XXI.*

Iidem AA. & CC. Heliodoro.

*Emti actio longi temporis præscriptione non submouetur, licet post multa spatia rem euictam emtori fuerit cõprobatum. Si itaque is, quem te cõparasse commemoras,*

*nunc in libertatem proclamet: interpellare venditorem, siue successorem eius debes, vt tibi assistant, caussamque instruant. Quem si liberum esse, vel seruum non esse fuerit pronuntiatum: nec te conuentione remisisse periculum euictionis fuerit comprobatum: præses prouinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi prouidebit. S. 11. Cal. Aug. Serdicæ. A A. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Actionem ob euictionem non ante cedere, quàm res euicta sit, ideo nulla præscriptione præcedentis temporis, quamuis longissimi, excludi.*

2 *Emtorem non diu possidendo rem emtam, sed possessione præscriptionem acquirendo actionem de euictione amittere.*

HOmo liber pro seruo venditus est, & triginta annos possessus ab emtore, tandem cum de suo statu cogitasset, proclamauit in libertatem, & iudicio liber pronuntiatus est. Emtor seruo euicto cũ omnia fecisset in lite, quæ emtores facere conuenit, & euictionis periculum non remisisset, agit aduersus venditorem ob euictionem actione ex emto, quæ in hãc rem competit. *l. si tibi. inf.* Venditor se tuetur præscriptione longi temporis triginta annorum, quod dicat post triginta annos, quã venditio perfecta est, secũ agi nõ posse. Defendi videtur in hac re iis constitutionibus, quibus cautum est, ne actiones in personam excedãt triginta annos. *l. sicut. ss. de præsc. trig. vel quad. an. l. 1. §. ad hæc. ss. de ann. excep.* Est autem emti actio in personam. Quæstio an emti actio ob euictionẽ ad superiores constitutiones pertineat, ac propterea summoueatur præscriptione longissimi temporis. Rescriptũ
1 est hoc loco non summoueri. Et recte. nam† superiores constitutiones locum habẽt in iis actionibus, quæ semel natæ sunt, vt scilicet ex quo tempore competere cœperunt, exinde etiam cedere incipiat præscriptio. Sic enim verba sunt. *dict. leg. 1. §. ad hæc. supra. de annal. excep.* At non est in hoc numero actio ex emto ob euictionem. Cum .n. nõ competat nisi sub conditione, si res euicta sit: *leg. 1. leg. euicta. D g. eodem.* priusquam hæc conditio exstiterit, neque venit, neque cessit huius actionis dies: denique nulla fuit actio. *leg. cedere. ff. de verbor. significat.* Ex quo intelligitur hanc actionem ante euictionem superioribus constitutionibus non contineri. Quapropter recte respondetur in proposita specie, quãuis post triginta aut quadraginta annos seruus in libertatem euincatur; tamẽ cum actio de ea euictione nunc primum nasci cœperit, emtorẽ præscriptione temporis non impediri, quo minus ob euictionẽ ex emto recte agat. Sed videtur obstare huic sententiæ *l. si obligata. ss.* vbi emtor cum proponeretur prædium pignori obligatum diu possedisse, idem eodem tempore dicitur amittere actionem euictionis
2 nomine. Sed † nõ si in ea specie post longã possessionem emtor actionem ob euictionem amittit, ideo id contingit propter longam possessionem. Contingit ideo, quia emtor diu possidendo præscriptionem acquisiuit aduersus creditores. qua præscriptione tutus consequitur id, quod habere debet, nempe vt sibi habere rẽ liceat. At hic vbi proponimus hõem liberũ venditũ esse, etsi is homo diu possessus est ab emtore, tñ non ideo emtor vllam præscriptionem acquisiuit aduersus eum, vt eius libertatem vsucaperet: quoniam aduersus libertatem nulla præscriptio quamuis longissimi temporis valet. *leg. vltim. supra de long. temp. præs. quæ pro liber.* In summa emtor ob solam longam possessionem rei emtæ actionem ob euictionem non amittit, vt hic declaratur. quod secus fit acquisita emtori præscriptione ad tuendam rei traditæ possessionem, vt in specie *leg. si obligata. supra.* Quod in hoc rescripto adiicitur de denũtiatione, id ipsum est, de quo dictum est *ad leg. emtor. & l. si controuersia. ss.* Quod dicitur de remissione periculi euictionis, a nobis expositum est *ad l. 6. ss.* Quod dicitur euictionis nomine actionẽ esse in id quod interest, exponetur *ad l. si tibi. ss.*

*L. Cum tibi. XXII.*

Iidem A A. & C C. Iulio.

*Cum tibi liberũ venundatum fundũ ab auctore proponas: si ex antecedente obligatione, quod debebatur, iure soluisti: stipulationem quam subiectam emtioni de indemnitate proponis, ipsius conceptio commissam manifeste declarat. S. 7. Cal. Sept. Viminacii. A A. Coss.*

FVndus venditus est liber ab omni nexu pignoris. Siue aperte dictum est, siue de eo nihil dictum est, semper hac lege fundus vendi intelligitur, vt declarat *l. ex his prædiis. ss.* Emtor casus fortuitos metuens stipulatus est a venditore, si appareret postea rem alienam aut pignori obligatam esse, & aliquid ob eam rem amisisset, se indemnem præstari; venditor stipulanti promisit. Tandem exstiterunt creditores venditoris, quibus fundus pignori obligatus erat, qui fundum ab emtore eodemque possessore peterent actione hypothecaria. Emtor iudicii euentũ metuens illis soluit, quod debebatur, vt sic fundum retineret. Eam summã nunc a venditore repetit. Quæritur, an venditor eo nomine possit conueniri. Mouet quæstionem, quod emtor nõ exspectata sententia iudicis vltro soluit creditoribus. Supra autem effectum est, emtorem ob euictionem atque adeo vllo modo actionem ex emto aduersus venditorem non habere, si rem non exspectata iudicicis sententia restituerit, *l. si cum quæstio sup. l. vtique. D. de rei vind.* de quo etiam initio tituli diximus. Et placet hoc loco emtorem de ea summa a se soluta cũ venditore agere posse: non ex emto, neque superiora nobis obiiciat; sed ex stipulatione, quã supra interpositã proposuimus. Hęc enim, inquiunt Imperatores, commissa est, id est, eius cõditio exstitit ita, vt iam ex ea agi possit. *§ sub conditione. Inst. de verb. obl.* Id declarat huius stipulationis conceptio; qua venditor promisit se emtorem indemnem præstiturum, si quid emtor amisisset propterea, quod res pignori obligata esset. Hęc autem pecunia, quę soluta est ob eã caussam, illi amissa est ob id, quod fundus fuit creditoribus obligatus. Nam creditores hypothecaria agentes alterutrum a possessore consequi debent, aut quod sibi debetur, aut vt pignus restituatur. *l. si fundus. §. in vindicatione. ff. de pig.* Recte igitur ex hac stipulatione etiam ante euictionem agitur.

*L. Cum successores. XXIII.*

Iidem A A. & C C. Eustochiæ.

*Cum successores etiam venditoris pro euictione teneri possint: si velut obligata sibi respublica Thessalonicensium pignoris instituat iure persequi, quæ comparasti: auctoris heredibus quocunque gradu constitutis adsistere negotio denuncia. Quod siue præsentibus his fundus, quem emisti, fuerit euictus, siue absentibus postea, quanti tua interest rem euictam non esse, teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. S. 2. Cal. Ian. Sirmii. A A. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Euictare venditorem ob euictionem teneri, quamuis in re defendenda omnia fecerit, quæ ad iustam defensionem pertinebant.*

CVm res emtori iure euicta est, & venditori recte denuntiatum, vt ad agendam caussam adesset, venditorem ob euictionem teneri constat. traditum *in l.6.sup.* Hic adiicitur, quod notandum est, venditorẽ hoc casu teneri, siue ipso absente res euicta sit, siue præsente. Si eo absente res euincatur, nulla dubitatio, quin teneri debeat: quia manifesta eius culpa est, quod rẽ non defendit. At † cũ ipse caussæ agendæ adfuit, & omnia fecit, quæ ad defensionem pertinebant, vbi apparet eum extra omnem culpam esse: merito dubitari põt, num hic etiã de euictione teneri debeat, cum nihil debeat iure præstare præter culpam. *l.3.l.si vendita, D. de per. & com. rei vend.* Et placuit nihilominus eum teneri. optima ratione; quia præter diligentiam quę in re seruanda ab eo exigitur, etiam rem ipsam debet. Quæ res facit, vt cum hic omnia adhibuerit, quæ illum a culpa vindicent: tamen necesse sit ideo eum in proposito teneri, quia id non præstet, ꝙ debuit. Nam debuit rem idonee tradere, & præstare emtori rẽ habere licere. *l. ex emto. D. de act. emt.* Non est autem tradita, quæ non perseuerat tradita esse; nec licet habere eam, quæ euincitur.

*L. Si post perfectam. XXIIII.*

Iidem AA. & CC. Eutychio.

*Si post perfectam venditionem ante pretium numeratũ rei venundatæ mota fuerit quæstio, vel mancipia vendita proclament in libertatem: cum in ipso limine contractus immineat euictio: emtorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Vnde cum parte pretii numerata, domus quam emisti, tibi velut pignoris iure obligatæ, ne ad emtionẽ accederes, denuntiatum ab aliquo proponas: iudex tibi, quæ ex emtione veniunt, præstari prouidebit. S. 6. Cal. Feb. Sirmii, CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Ante pretium solutum mota proprietatis quæstione, non cogi emtorem pretium soluere, nisi ei satis offeratur a venditore.*

2 *In limine contractus imminere euictionem, quid sit.*

3 *Euictione imminente nondum vllam actionem esse emtori aduersus venditorem non fraudulentum: sed emtorem tamen exceptione doli tutum esse, ne quid etiam venditori præstet.*

4 *Satis offerre quid sit.*

5 *Venditorem de euictione non cogi satisdare, verum & perpetuum, etsi interdum non cogitur pretium soluere sine hac satisdatione.*

TRaditur *in l. Iulianus. §. ex vendito. Dig. de act. em.* ex vendito aduersus emtorem agi posse, vt pretium soluat, idque eum post rem traditam præstare debere. Id cum ea exceptione accipiendum est, quæ hoc loco traditur, nisi ante pretium solutum lis mota sit de proprietate emtori, aut nisi sit saltem ei controuersia facta. Nam alterutrum satis est, vt constat ex
1 principio huius rescripti, & fine. Ante † pretium solutum si controuersia emtori de re vendita fiat, nõ cogitur pretium soluere, nisi ei a venditore satis offeratur euictionis nomine, vt hic cautum est, *& l. pen. §. 1. D. de per. & com. rei vend.* Sed hoc, inquam, si ante pretium solutum dominii quæstio mota sit, vt *est in d. leg. pen.* vel, † vt hoc loco, si modo in limine contractus 2
immineat euictio, id est, periculum euictionis. Limẽ contractus accipere debemus, ingressum contractus. Ingressum autem totum illud tempus, quo nondum emtio ex vtraque parte impleta est, id est, nondũ res a venditore tradita, & pretium ab emtore numeratũ. Proinde etsi post quinque pluresue annos ante pretium solutũ lis moueatur emtori de re vendita, non cogetur venditori pretiũ soluere: quasi & hæc euictio immineat in ipso limine, id est, eo tempore, quo nondum omni ex parte venditio perfecta est, atq; ita, quo cœpit tantum. Hoc autem, ne emtor pretium soluat hoc casu, consequitur exceptione doli mali opposita. *d. l. 5. §. hoc tit. l. pater. §. ex quadrante. Digest. de dol. mal. & met. exc.* Dolus venditoris in eo est, quod petat ab emtore pretium, cum ipse quod debuit, recte non præstet: quæ postulatio est contra æquitatem naturæ; qua fit, vt quod quisque in alterius persona æquum statuit, ipse in sua quoque persona valere patiatur. *l. 1. ff. quod quis. iur.*

Cum † dicimus emtorem hoc consequi exceptione, qua venditorem petentem summouet; apparet nihil nos contrarium dicere *l. 3. sup. hoc tit.* vbi placet, quamuis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, non ideo tamẽ eum qui emit conuenire posse auctorem suum, quamdiu res non sit euicta. Sane .n. emtor venditorem conuenire non potest eo nomine. Sed si quid a se petatur, nõ cogitur ꝑstare, vt hic cõstituitur. 3

Sed addita est exceptio hoc loco, *nisi emtori satis a venditore offeratur.* Quod si fit, emtor pretium soluere cogitur. Satis † offerre est, offerre satisdationem. 4
Satisdare est emtori promittere, quod eius interest, si res euincatur, & eo amplius eo nomine fideiussores dare. Et in summa satisdare est cauere de re aliqua fideiussoribus datis. *l. 1. D. qui satisd. cog.* Itaq; in hac repromissione venditoris fideiussores exiguntur supra scriptis verbis, vt apertius res definitur *in d. l. pen. §. 1. de per. & com. rei vend.* Quod dicitur, venditorem nõ consequi pretium, nisi satisdet euictionis nomine, nõ est contrarium ei, quod traditur in *l. emtori. D. eo.* venditorem ita duplam repromittere debere euictionis nomine, vt satisdare non cogatur. Verissimum † hoc, 5
& perpetuum, venditorem, a quo cautio de euictione postulatur, non cogi satisdare, quantumuis cogatur repromittere: neque id negamus hoc loco. Nam emtor a quo pretium petitur, non petit a venditore, vt satisdet: sed petit, ne ille pretium petat. Et vero si satisdationem postulet emtor euictionis nomine, est in venditoris potestate non præstare, pretium non petendo. Petitione enim pretii remota, non est locus exceptioni, qua petitionem istam in hac caussa summoueri dicimus. Porro emtor solam hic exceptionẽ habet ad eam satisdationem obtinendam, si venditor pergat pretium petere: actionem ad eam rem nullã. Quæ si ita sunt, apparet quamuis imminente periculo euictionis, non posse tamen emtorem aliud a venditore consequi, quam vt ne pretium soluere cogatur. Proinde si venditor pretium ab emtore non petat, non posse emtorem consequi a venditore, quod sua interest, id quod ex emtione præstari solet. *l. 1. in princ. ff. de act. emt.* Videtur tamen hoc negari in extremo huius rescripti, vbi ita verba sunt: *Si ab aliquo denuntiatum sit emtori, ne ad emtionem accederet, iudicem prouisurum ei præstari, quæ ex emtione veniunt.* Sed hæc adiectio, quæ ex emtione veniunt, rem expedit:

Non enim venit prestatio eius, quod emtoris interest re nondum euicta. *l.3.5.eod.* sed nec satisdatio euictionis nomine, nisi imminente periculo euictionis venditor pretium petat, vt hic cautum est, *& d.leg.pen.§.1. de per.& com.rei vend.*

*L. Si tibi. XXV.*

Iidem AA. & CC. Saturninæ.

*Si tibi liberā Saturninus conditionem eius ignorans distraxit, ac nunc eam defendit in libertatem: hac libera pronuntiata, venditorem vel ex stipulatione duplæ, quātum in hanc deductum est, vel emti actione, quanti tua interest, conuenire potes, S. Id. 6. Febr. A A. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Venditori liberum hominem, a se venditum in libertatem asserere licere, siue ignorans vendiderit, siue sciens, hoc fauore libertatis.*

2 *Euictionis nomine duas esse actiones, ex emto, & ex stipulatione duplæ.*

3 *Ex emto actio ob euictionem cui, aduersus quem, quam ad rem.*

4 *Id quod interest in actione ex emto quid contineat.*

5 *Sumtus in rem emtam factos emtorem a venditore ita consequi posse, si a domino eos seruare non potuerit, & rem meliorem fecerit.*

6 *Quanti emtoris intersit rem non euictam, spectandum eo tempore, quo res euincitur, non quo vendita est: & quid referat illud potius, quam hoc spectari.*

7 *Duplæ stipulatio, quæ sit; & quid dupla.*

8 *Ex stipulatione duplæ quid dupletur: tum quando dupletur pretium quanti res vendita est, quando æstimatio pro bonitate rei, quæ euicta est.*

9 *Bonitas partis euictæ cum æstimatur, eam bonitatem spectandam, quæ fuit cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo.*

10 *Simplæ quoque stipulationem esse, vt duplæ: quæ sit, & quibus in rebus venditis locum habeat.*

11 *Duplæ & simplæ stipulationis quis vsus, cum competat actio ex emto in id, quod emtoris interest, quod interdum multo plus continet.*

12 *Duplum emtori a venditore promitti debere; in eam rem esse emtori actionē ex emto: & quo exitu.*

13 *Duplam promitti debere in rebus pretiosioribus: & quæ sint huius generis.*

14 *Duplam non exigi in illis locis, in quibus moris non est eam exigi.*

15 *Duplæ & simplæ nudam repromissionem esse, non satisdationem.*

16 *Duplæ aut simplæ stipulatione interposita, licere emtori re euicta vtra velit actione experiri, ex stipulatu, aut ex emto, prout sibi commodum esse statuet.*

17 *Ex stipulatione duplæ aut simplæ, quæ actio, cui, aduersus quem, & ad quid.*

HOc rescriptum tria complectitur. Primum huiusmodi: Euictionis nomine venditorem teneri, siue sciens rem alienam aut pignori obligatam, aut liberam vendiderit, siue ignorans. *l. ex emto. l. seruus quem. §. vlt. ff. de act. emt.*

1 Alterum est; † Libero homine vendito licere venditori aduersus emtorem eum hominem a se venditū in libertatem defendere. Singulare ius propter libertatem: cum alioqui placeat venditorem vindicantem eam rem, quam vendidit, exceptione doli mali summoueri posse, *l. vindicantem ff. eod. tit.* Hic significatur venditorem id facere posse; si ignorans mulierem liberam vendidit. Dicemus idem eū facere posse, etsi sciens vendiderit. Nam qui ignorans vendidit, nō minus dolo facit vindicando rem, quam vendidit, quā si sciens vēdidisset. Vnde semper exceptione doli summouetur. *d. l. vindicantem.* Sed hoc in libero tantum homine vendito receptum est: primum fauore libertatis, quæ omnib. reb. fauorabilior esse dicitur *in l. libertas omnib. Dig. de regul. iur.* deinde quia cum libera defenditur in libertatē, magis ipsa agere videtur quā venditor, qui tantum defensoris officio fungitur, nō vindicantis. vindicat enim non sibi, sed liberæ.

Tertium pertinet ad eas actiones, quæ euictionis nomine competunt. de quibus breuiter dicemus. Quando re euicta actio sit emtori aduersus venditorem, initio huius tituli diximus. Hoc † constituto actionem emtori eo nomine esse, quæritur, quæ sit actio. Hæ duæ sunt rescripto hoc comprehensæ: actio ex emto, & actio ex stipulatu de dupla, siue ex stipulatione duplæ. adde etiam ex stipulatione simplæ. Actio 2
† ex emto re euicta semper competit ob euictionem. 3
*l.6. sup. hic. l. ex emto. D. de act. em.* Hęc actio emtori datur, vt hic significatur. *d. l. ex emto. D. de act. em.* Datur aduersus venditorem maxime: sed & aduersus omnes, q euictionis nomine obligatur, in quo numero sunt fideiussores, & heredes tum vēditoris, tum fideiussoris. *l. emtor. l. si controuersia. l. si status. sup. eod.* Vnde circa venditorem illa quæstio, pignoribus auctoritate magistratus ex caussa iudicati distractis quis sit venditor, vt iis rebus euictis ob euictionem conueniri possit, de qua *ad l. si ob caussam. sup.* Competit hęc actio in id, quod emtoris interest, vt hic expressum est. Addere oportet, in id quod emtoris interest rem euictam nō esse, vt est *in l. cum successores. sup. item in l. euicta. 70 ff. eo.* Id † quod interest ita definitur Paulo, quod nobis 4
abest, quodque lucrari potuimus. *l. si commissa. ff. rem rat. hab.* Vnde intelligimus venditorem emtori teneri ob euictionem actione ex emto in id, quod abest emtori ob eam caussam, quod res euicta est, & quod lucrari potuisset, si res euicta ei non esset. His verbis hæc continentur: non pretium rei duntaxat, vt est *in d. l. cum successores. sup. & d. l. euicta. ff. eo.* sed æstimatio rei venditæ, quæ interdum longe pretium excedit. *l. 1. in princ. ff. de act. emt.* accessiones rei, & quæcunq; per occasionē rei venditæ obtingere potuerunt, quibus ideo caret emtor, quia rem habere ei non licet: cuiusmodi sunt fructus agrorum, animalium fœtus, ancillarum partus; quæ alluuione fluminis accesserūt; vsusfructus, qui ad proprietarium emtorem rediit; itē si qua hereditas per seruum venditum obtingere potuit, qui heres erat institutus. *l. venditor. ff. eo.* Adde damna impensarum, quas fecit ipse de suo in rem emtā, vt melior fieret. quæ ideo illi perierunt, quia res euicta est: de quibus *in l. si cum quæstio. l. si controuersia. sup. eodem.*

Sed † in his sumtibus duo pręcipienda sunt: primū 5
non aliter eos consequi emtorē, quā si a dño qui rem euicit, eos seruare nō potuerit, vt diximus *ad l. super. 7. hoc tit.* Hoc amplius non aliter eum consequi, quam si non dico fecerit eo consilio, vt res esset melior; sed re ipsa rem meliorem fecerit. Meminisse enim semper oportebit, nihil amplius consequi posse emtorē, quā quod sua interest rem euictā non esse: proinde nihil nisi quod ei abest ob id, quod res sit euicta. Iā vero si sumtib. ab emtore factis res melior facta nō est, nō ab

sunt

sunt ei hi sumtus propter euictionem: cum & sine euictione iam ei periissent.

Vt autem actio ex emto cōpetit in id quod emtoris interest; ita semper hoc addendum est, competere in id quod eius interest rem euictam non esse. *d. leg.*
6 *cum successores. supra.* Quod † hanc sententiam habet, vt in æstimandis damnis emtoris, & æstimando eo quod ei abest, denique in æstimatione rei emtæ facienda tempus spectandum sit non illud, quo res vendita est, vt æstimemus, quanti tum res fuit; sed illud, quo res euicta est, vt tantum præstetur, quanti tum fuit. Ex quo duo sunt consequentia. Primum, vt si post venditionem perfectam valde creuit rei venditæ æstimatio, vel quia exculta est a venditore, vel quia accessionibus naturalibus aucta est, vel quia aliquid accreuit per alluuionem, & ea fuerunt tunc, cum res euicta est; sciamus horum omnium æstimationem emtori præstare debere; quia est id, quod habere posset, quod nunc ideo non habet, quod res euicta est. *dicta. leg. euicta. 70. ff. eod.* Alterum, vt si res post venditionem non culpa venditoris multis partibus imminuta est, debilitata, fracta, rupta, vt multo pluris fuerit cum vendita est, quam nunc est, cum euincitur; nihil amplius p̄stare debeat vēditor emtori, quā quod nunc est. *d. l. euicta. 70.* Et hoc postremū ideo, quia quę ita perierunt casu perierunt. casus fortuiti periculum emtione contracta ad emtorem, non ad venditorem pertinet. §. *cum autem. Instit. de emtion. & vendition.* Deinde perierunt ista, sed euicta non sunt: venditor tantum ob euictionem tenetur. Hæc de actione ex emto.

Est præterea, vt diximus, euictionis nomine actio ex stipulatione duplæ aduersus venditorem. Sed prior actio semper competit: actio ex stipulatu tunc solum, cum stipulatio interposita est. Videndum, quid sit stipulatio duplæ: tum quæ sit necessitas huius stipulationis interponendę, ne frustra de ea hoc loco agatur.

7 Stipulatio † duplæ in emtione est, qua venditor emtori stipulanti p̄mittit rē emtori habere licere, & nisi habere liceat, duplam. *leg. habere. leg. euicta. 16. §. 1. Dig. eodem.* Dupla hic idem valet, quod duplum. Duplæ stipulatio est dupli stipulatio. indicat *l. penul. infra*, vbi emtor dicitur duplum stipulari pro duplam. item *l. vindicantem. Dig. eo.* vbi dicitur emtor ex stipulatione duplę duplum consequi. Non consequitur autem, nisi quod in stipulationem deductum est. Erat igitur duplum deductum in stipulationem. Idem significatur, cum dicitur, nisi venditor duplam promittat emtori, condemnari eum dupli, *in leg. 2. Dig. eod.* Non condemnatur, nisi eius rei nomine, quā præstare debuit. *leg. vlt. supra. de fid. lib.* Itaque apparet duplam a veteribus ita dictam esse, vt intelligeretur verbum quantitas; siue æstimatio eius rei, quæ vendita est. Duplum nullum est natura, nisi ad rationem simpli: & quantū simplum est, tantum duplum esse oportet pro portione.

8 Quæritur † igitur, quid hic dupletur, vt intelligamus, quantam duplam esse hic velimus. Et interdum duplatur pretium rei, quanto res distracta est, interdū æstimatio pro bonitate eius rei, quæ est euicta. Pretiū duplatur, quoties aut res tota euicta est, aut pars quidem, sed in quam certum pretium dictum est. *l. si fundo. Dig. eod.* Idem est, & si pars pro indiuiso euicta sit. *leg. 1. leg. ex mille. Dig. eo.* Ex bonitate autem rei euictæ simplum æstimandum est, cum de dupla quæritur, quoties pars certa euincitur, de cuius bonitate constare potest, & in eam partem pretium separatim non est constitutum. *d. l. 1. ff. eo.* Differentiæ ratio est, ꝙ cum pretiū certū constitutum est in rē euictam, tum promittitur dupla æstimationis eius, quæ constituta est rei venditæ. ea autem est pretium. *l. si pro fundo. D. eod.* Sed etsi constare non possit, vtrū pars quæ euicta est, pretiosior sit ceteris, quæ euictæ non sunt; ibi quoniā de bonitate partis euictæ quæri non potest, res eo deducitur. vt necesse sit aut nihil, aut tantum pretium ab initio constitutum spectari pro portione. quod contingit tūc, cum pars pro indiuiso euicta est. Nam pars pro indiuiso non apparet, intelligitur tantū; quippe q̄ per totum fundum fusa est. At cum pars certa euincitur, in quam nullum pretium separatim constitutum est, non possumus in ea æstimanda id pretium sequi, quod dictum non est. Ita relinquitur, vt æstimetur pars ex sua bonitate.

Bonitatem † autem hic partis euictæ longe ex alio 9
tempore æstimamus; quam cum æstimatur bonitas actione ex emto, cum agitur ob euictionem in id quod interest. Nam id quod interest rem euictam non esse, æstimatur ex eo tempore, quo res euincitur: ideo & illius temporis bonitas & æstimatio spectatur. quæ si nulla noua esse cœpit post contractam emtionem, aut si magna ex parte imminuta est, eatenus non æstimatur. *l. euicta. 70. ff. eodem.* At in stipulatione duplæ cum de bonitate partis euictæ æstimanda agitur, eam bonitatem spectamus, quæ fuit cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo vendito; non autem quæ est eo tēpore, quo res euincitur. *l. bonitatis. & ll. 2. seqq. Digestis. eodem.* Differentiæ ratio ex iis rebus, de quibus hæ actiones constitutæ sunt, non difficile intelligitur. Actio ex emto ob euictionem competit de eo quod euictum est; nec aliud persequitur, quā id quod interest rem non euinci: vt necesse sit in eo id tempus ipsum intelligi, quo res euicta est. At actio ex stipulatione duplę id petit, quod in stipulationem deductum est, vt in hac *l. si tibi.* dicitur. Deducta est autem dupla eius temporis, id est, eius quo stipulatio interponebatur. Proinde in ea æstimanda id tempus spectandum est.

Sciendum † est autem, non tantum ob euictionē 10
duplam promitti, sed etiam simplā, vt fit in rebus venditis nō pretiosis. *l. emtori. 37. §. 1. D. eod.* Hinc duplæ & simplæ stipulatio interdum legitur, & hinc illa verba *leg. emtor. supra. hoc titul.* neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem contra venditorem habet. Quid est illic actio ex stipulatu? aut cur tres actiones illic numerantur, cum in hac *leg. si tibi.* numerentur tantum duæ? Nempe actio ex stipulatu illic intelligenda est actio ex stipulatu simpli, quæ collata cum actione ex stipulatu de dupla, nihil aliud est simpliciter, quam actio ex stipulatu. Iam autem dixi interdum interponi duplæ stipulationem, interdum simplæ tantum. Simplum intelligimus simplam quantitatem seu æstimationem, quemadmodum & cum duplam nominamus. Hoc † loco exsistit quæ-
stio; cum emtori re euicta constet semper actionem 11
esse ex emto aduersus venditorem in id ꝙ sua interest, quod interdum non simplam tantum, sed etiā duplam longe excedat; cui bono duplam aut etiam simplam dumtaxat a venditore stipulari, vbi emtori liceat actione ex emto multo plus & facilius consequi. Et duas ad res conducit, vel potius necessaria est non dico duplæ stipulatio, sed etiam stipulatio solius simplæ. Primum hoc efficit, vt liceat emtori re euicta consequi æstimationem, quæ fuit cum res vendita

est, aut certe pretium illius temporis, vt supra diximus ex *l. bonitatis. & seqq. D. eo.* Quod interdũ emtori vtile est. quid enim, si post venditionem res multis partibus sit imminuta? actione ex emto æstimationem præteriti temporis consequi non potest, *vt ante dixi.* Valet ad hoc præterea simplæ aut duplæ stipulatio, vt re etiam ab extraneis euicta, tamen venditor teneatur ex stipulatione rem emtori habere licere. Sciendum est enim, quemadmodum venditor præstare debet emtori, vt ei rem habere liceat: ita teneri eum ex emto, vt id emtori promittat. *l. ex emto. in prin. & §. venditorem. Digestis. de act. emt.* In hac stipulatione si venditor nihil amplius promittat, quam emtori rem habere licere, non tenetur venditor, nisi re ab ipso aut heredibus eius euicta. extranei si euincant, non tenetur, quia aut factum extraneorum non promisit, aut si quid, promisit inutiliter. *leg. stipulatio ista. in pr. §. 1. Digest. de verbor. oblig. l. ex emto. §. qui autem. Digestis. de act. emt.* Sed hæc ita sunt, nisi pœnæ stipulatio subiecta sit. Hæc vbi promissa est, re a quouis euicta, vtiliter pœna petitur. *dicta leg. stipulatio ista. §. 1. de verborum obligatio.* Et pœna est, simplæ & duplæ stipulatio. Nam hæ stipulationes nihil aliud continent, quam certam quantitatem, alias simplam, alias duplam, quam promittit venditor emtori, si rem emtori habere non licebit, id est, si ei euincatur.

Ergo, vt cœpi dicere, re euicta non tantum est emtori actio ex emto, sed etiam actio ex duplæ aut simplę stipulatione ob euictionem. sed ex stipulatione ita, si stipulatio sit interposita. Hinc de necessitate huius stipulationis interponendæ quærendum est. Frustra enim de ea agitur, nisi necesse habet venditor hanc interponere: cum pro non dicto sit, quod ipse præstare, nisi velit, non cogatur. *leg. sub hac. Dig. de obl. & act.*

12 Ne † igitur putemus frustra susceptam disputationem de hoc genere stipulationis, hoc constituendũ est, venditorem emtori obligari, vt duplam promittat; saltem vt promittat semper simplam. *dicta leg. emtori. 37. in principio. & §. 1. D. eodem.* Videndum, qua actione id consequatur; tum an semper dupla promitti debeat: postremo quomodo debeat. Et quod ad actionẽ attinet, cõpetit actori in eã rem ex emto actio. *leg. quod si nolit. §. quia assidua. Dig. de æd. ed. leg. ex emto. §. venditorem. Digestis. de act. emt.* Huius iudicii exitus hic est, vt si conuentus venditor duplam non repromittat, dupli condemnetur: nempe tanti, quantum petebatur. *leg. 2. ff. eodem.* Duplam promitti oportet: verum neque in rebus omnibus, neque omnibus locis.

13 In † iis tantum rebus moris fuit Romanis duplam exigere, quæ pretiosiores sunt. *dicta leg. emtori. 37. §. 1. Digestis. eod.* In hoc genere rerum habentur, primum citra controuersiã res omnes soli: proximo loco mancipia. *d. l. quod si nolit. §. quia assidua. de æd. ed.* Ex ceteris rebus non male videtur definiri posse, res esse pretiosiores, quæ duos aureos excedunt. argumento vtilicet *l. si quis affirmauit. in fi. iuncta. l. seq. Digest. de dol.* vbi ea summa pretii esse non modica, quæ excedit duos aureos. Porro non male dici posse videtur, eam rem pretiosiorem habendam esse, cuius non modica æstimatio est.

14 Sed † nec in iis locis dupla exigi potest, vbi moris est eam non promitti, sed simplam dumtaxat. Hic enim morem & consuetudinem regionis sequimur. *l. 6. ff. eodem.* Et certe duplæ stipulatio ideo tantum exigi dicitur, quia moris & consuetudinis est eã præstari, *dict. l. quod si nolit. §. quia assidua.* Promittitur † autem dupla aut simpla nuda repromissione tantum, non satisdato, id est, venditor duplam aut simplam stipulanti emtori promittere cogitur; sed fideiussores in eam rẽ dare non cogitur. *l. 4. in pr. d. l. emtori. in princip. Digest. eodem.* 15

Hac † stipulatione interposita siue duplę, siue simplæ, euenit, quod in hac lege scriptum est, vt emtori re euicta duæ sint ob euictionem actiones emtori aduersus venditorem, ex emto, & ex stipulatione vel duplæ vel simplæ. quarum alterutra emtor vti poterit, prout sibi expedire existimabit. *l. sed & si. 18. & l. seq. ff. eod.* Actione ex emto tunc, cum res plurimi erit, cũ euincitur. actione ex stipulatione, cum res pluris fuit, cum distracta est, quam nunc cum euincitur, secundũ supra traditam a nobis distinctionem. 16

Stipulatione † constituta, quæritur de actione, quę ex ea stipulatione nascitur. Hæc vero est cõdictio certi ad pœnam certam in stipulatum deductam. *Instit. de ver. obl. in pr.* Hęc vt ex reliquis stipulationibus stipulãti competit aduersus promissorem, & competit in id, quantum in stipulatum deductum est, vt scriptum est in hac lege. 17

*L. Si quis tibi. XXVI.*

Iidem A A. & C C. Neoni.

*Si quis tibi seruum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est, cum euictionis periculum finitum sit, a te conueniri non potest. S. 2. Cal. April. Sirmii. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Re vendita casu exstincta venditorem emtori non teneri, quamuis constiterit postea rem alienam, aut pignori obligatam fuisse.*

2 *Hoc casu emtorem rem amittere, & nihilominus vẽditorem pretium lucrari: aliter, atque si res euictione amissa esset.*

3 *Re vendita post litem cum emtore contestatam exstincta, sententiam ferri de proprietate rei, quasi res exstaret. hinc emtori regressum esse aduersus venditorem tanquam re euicta.*

SI † venditor re vendita tradita, solũ ob euictionem tenetur emtori, vt solum obligatur: *leg. ex emto. in princip. Dig. de act. em.* si non tenetur, quamdiu res euicta non est, vt non teneri scriptũ est *in l. 3. 5.* cõsequens est, quod hoc loco constituitur, re vendita casu exstincta venditorem eo nomine emtori non teneri, quantumuis rem quæ exstincta est, alienam fuisse, aut pignori obligatam postea constiterit. Quippe res casu amissa euicta non est. Nam euincere est rem iudicio auferre. *l. non tamen. l. habere. ff. eo.* Non aufertur autẽ iudicio, quæ amittitur casu. Et hæc est ratio, qua Vlpianus in hac specie vtitur *in leg. si seruus. Dig. eod.* ideo hoc casu venditorem emtori non teneri, quia nemo rem euicerit, sed fatum humanæ sortis. Atque † hinc etiã euenit, vt hoc casu emtor rem amittat, & nihilominus venditor pretium lucretur. Quod prima facie iniquum videri potest, præsertim cum scriptum sit *in leg. ex emto. §. qui autem. Digestis. de act. emt.* bonæ fidei iudicium non pati hanc conuentionem, vt emtor rem amittat, & venditor habeat pretium. Sed nihil est æquius. Nam emtione contracta, pro emtore hoc constitutum est, vt commoda omnia rei venditæ ad eum pertineant. Cui consequens fuit, vt & incommoda eum sequi oporteret. *§. cum autem. Institutio. de emt. & vend. leg. necessario. D. de peric. & com. rei vend.* 1 2

Consequens

Consequens dixi, quia vt est secundum naturam, cómoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. secundum. Digest. de regul. iur.* ita contra, quem commoda cuiusque rei sequuntur, eum quoq; sequi incommoda, *l. unica. §. pro secundo. in fi. C. de cad. toll.* Est autem in incómodis rei venditæ casus omnis fortuitus, vel potius casus omnis, qui sine culpa & facto venditoris contingit. Et quod dicitur *in l. ex emto. §. qui autem. de act. emt.* bonæ fidei iudicium non pati hanc conuentionem, vt emtor rem amittat, & venditor pretium lucretur; nominatim dictum est de eo emtore, qui rem amittit propter euictionem. Est vero iniquum propter euictionem pretium ei perire, quamuis conuenerit, ne ob euictionem ageret. Nam euictio ex facto venditoris nata est, qui rem alienam vendidit, & ita euictioni caussam dedit.

3 Hæc † etsi simpliciter ita dicuntur in hoc rescripto, item *in dict. leg. si seruus. Digest. de euict.* tamen bene monet Accursius sic accipiendum esse, si res vendita interierit ante litem cum emtore contestatam. Nam si postea perierit, postulante emtore sententia feretur de proprietate rei: & si res aliena pronuntiata sit, is aduersus venditorem regressum habebit non tantum actione ex emto in id, quod sua interest rem alienam non fuisse; sed etiam actione ex stipulatione duplæ aut simplæ in id, quantum in stipulationé deductum est, quasi re emtori vere euicta. *l. vtique. Dig. de rei vind. l. vltim. sup. de assert. toll. l. cum seruus. Digest. iud. sol.* Sed huic parti videntur refragari ea principia, quæ posuimus de euictione in principio huius tituli, & ad *l. 3. & l. 6. supra.* Sunt autem hæc, venditorem, quamdiu res euicta non sit, non teneri. *l. 3. sup.* item, venditorem non teneri, nisi quis rem euincat, vel nisi res amissa sit ob euictionem. Iam vero licet res vendita post litem cum emtore contestatam perierit, non tamen res euincitur, atque adeo, nec euinci potest. Nam, *vt supra dixi*, euincere est rem auferre. Non potest autem sententia iudicis auferri ea res, quæ non est. Et hæc omnia vera sunt, si fateamur rem, quæ post litem contestatam interiit, non exstare. quod secus est. Non exstat illa quidem natura; sed iure exstare fingitur: vt sententia de proprietate eius rei lata perinde habeatur, quasi ea exstaret, & esset ablata. Nam si emtorem moram fecisse proponas iudicium accipiendo, mora perpetuam fecit actionem, id est, fecit, vt perpetuo teneatur, quasi res exstaret, *l. item si verberatum. in fin. Dig. de rei vind. l. nemo. §. primo. Dig. de verb. oblig.* Quod si emtor moram non fecit, is quidem nó tenetur ob rem petitam, neque in æstimationé eius rei: sed nihilominus aduersus venditorem res adhuc exstare intelligitur, vt emtori a venditore eam consequi liceat. *dict. leg. vtique. de rei vind.* Ita & hæc pars quoque posterior recte constituitur, neque priori aduersatur.

## *L. Si fundum. XXVII.*

Iidem AA. & CC. Theophilo.

*Si fundum sciens alienum vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquã de euictione conuenit: quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans: desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur. S. 15. Cal. Oct. CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Ei qui sciens rem alienam emit, euictionem non præstari: nisi si quis de euictione nominatim sibi cauerit.*

2 *Casus, vbi & scienti præstetur euictio, & paciscenti nihil amplius, quam rei pretium.*

*L. vlt. §. pen. §. vlt. C. com. de leg. sententia & ratio exposita. ibidem.*

Qvi † rem emit conditionis rei nó ignarus, talem videtur emisse, qualis est. Proinde re ob eam códitionem euicta venditor non tenetur. extra quam si conuenerit, vt ei euictio præstaretur. Semper enim hoc tenendum est ex generali edicto de pactis, omnẽ pactionem seruandam esse, quæ non sit dolo malo interposita, si modo & de re priuata est. *l. iuris gentium. §. ait. §. si paciscar. Digest. de pact.* Et maxime si est contractus bonæ fidei, in quo interposita est conuentio. qualis est emtio & venditio, de qua hic agitur. *l. ex emto. Digestis. de act. emt.* De hoc iure diximus *ad leg. 6. supra.* 1

Vtraque † tamen in parte superioris iuris sua quædam exceptio est in ea specie, de qua constitutum est a Iustiniano *in l. vlt. §. pen. & vltim. sup. com. de leg.* Species ea est, cum rem hereditariam sub conditione legatam heres pendente conditione vendit ei emtori, qui ita legatam non ignorat: deinde impleta conditione rei legatæ legatarius, qui ex euentu conditionis dominus esse cœpit rei legatæ, eã rem ab emtore eodemq; possessore vindicat, & iure suo euincit. In hac specie duo illic singularia constituta sunt de euictione rei. Primum, vt emtor quamuis non ignorauerit conditionem rei emtæ, tamen pretium ab herede eodemq; auctore suo possit repetere, contra quam hic constitutum est. Alterum, vt nihil possit amplius repetere, quam pretium etiamsi emtor nominatim sibi duplam cauerit, id est, conuenerit, vt re euicta sibi dupla præstaretur. Vtriusque huius partis ratio fuit Iustiniano id ipsum, quod prius ibidem constituit, vt exsistente códitione rei legatæ venditio quæ præcesserat, perinde irrita fiat, ac si nulla interuenisset. Hoc iure posito, reliqua duo sunt consequentia, quę supra diximus. Nã si emtio pro nulla habetur, caussa quæ prius fuerat, finita est, nempe emtio. Ita incipit pretiũ, quod datum est, repeti posse condictione sine caussa. *l. 1. in fin. Dig. de cond. sine caus.* Deinde si venditio nulla est, consequens est nihil ex iis peti posse, quæ per caussam emtionis promittuntur. Proinde nec dupla ex conuentione præstabitur emtori: quoniam dupla ex caussa emtionis & rei venditæ euictæ promittitur. Quod autem Iustinianus in supra scripta specie constituit, vt exsistente conditione legati emtio habeatur pro nulla: id fecit, vt coerceret auaritiam heredis, qui tam turpiter contra voluntatem defuncti rem vendidit restitutioni obnoxiam, vt ibidem ipse idem significat. Sane emtor, qui sciuit rem alienam, aut pignori obligatam a se emi, interdum pretium a se numeratum seruare potest: sed hoc solum a domino, qui rem ab eo vindicat, & tunc cum pretium in rem domini versum est. *l. 1. sup. si vend. pig. ag. l. emtor. Dig. de rei vind. de quo diximus ad l. super. sup. hoc titu.* Nec posse eum hoc pretium consequi a venditore propter euictionem hoc loco negamus. 2

## *L. Emtori. XXVIII.*

Iidem AA. & CC. Maximiano & aliis.

*Emtori etiam venditoris iura prodesse non ambigitur. Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quæstio: tam propriis, quam venditoris defensionibus vti poteritis. S. 3. Non. Oct. Scuppis, CC. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Emtorem in lite proprietatis sibi mota & suis propriis & venditoris defensionib. vti posse: & hæ quæ sint.*

2 *Pacti cum venditore interpositi, item rei cum venditore iudicatæ exceptio, quo iure ad emtorem transferatur.*

LIte de proprietate rei venditæ emtori mota, is venditore caussam non suscipiente necesse habet ex fide bona caussam agere, & tueri iis omnibus defensionibus vtendo, quæ ad rem pertinent, & quibus potest. de quo diximus ad *l. emtor. sup.* Quæritur, quæ
1 defensiones emtori in ea caussa competant. Hic † constituitur emtorem in ea re non tantum propriis, sed etiam venditoris defensionibus, & iure vti posse. Defensiones vocamus exceptiones. *l. 4. l. defensiones. sup. de exc.* quoniam exceptiones defendendorum reorum caussa comparatæ sunt. *Instit. de excep. in princip.* Propriæ exceptiones emtoris sunt, exceptio pacti cũ ipso emtore interpositi, rei cum emptore iudicatæ, iurisiurandi emtori delati. His omnibus emtorem vti posse constat. Hic adiicimus etiamsi venditor ipse pactus sit, aut iudicio absolutus, aut deferente aduersario iurauerit rem suam esse, posse emtorem vti iisdẽ exceptionibus. Propone hoc modo: emtor fundi cõtrouersiam de proprietate passus est a Lucio Titio, deinde lis inter eos composita, & Titius pactus, ne fundum ab emtore amplius peteret: hinc pacti exceptio emtori quæsita, quæ emtoris propria est. *§. præterea. Instit. de excep.* Vel iudicium inter istos processit, & tandem emtor absolutus est. hinc propria exceptio nata emtori, exceptio rei iudicatæ. *§. item si. Inst. de excep.* Idem de exceptione iurisiurandi dicendum est. *§. æque. Inst. de exc.* His exceptionibus ita emtori quæsitis, dicimus, si Titius eumdem fundum ab eodem emtore, aut eius heredibus postea petat, summoueri eum posse, illic quidem exceptione pacti, hic autem exceptione rei iudicatæ, aut iurisiurandi: quæ sunt ꝓpriæ emtoris exceptiones. Dicimus idem iuris esse, si eadem Titio cum venditore intercesserint, hoc modo: venditor fundi priusquam fundum venderet, ab eodem Lucio Titio controuersiam passus est, & tandem Titius pactus est se a venditore non amplius petiturum eum fundum, aut venditor eo iudicio absolutus est, aut deferente Titio iurauit fundum suũ esse: vnde illi eædem exceptiones comparatæ sunt, quæ supra. Deinde fundum vendidit, & Titius idem hunc fundum ab emtore vindicat. Dicimus, inquam, in hac controuersia emtorem posse eum summouere exceptione pacti cum venditore interpositi, exceptione rei cum venditore iudicatæ, exceptione iurisiurandi a venditore præstiti. Nam hæ sunt defensiones venditoris, de quibus hic dicitur. Et de exceptione pacti cõuenti hoc ius traditum est diserte *in l. si tibi. §. pactum.*
2 *Dig. de pact.* Sed † quomodo pactum cum venditore interpositum, in alia persona, puta emtoris, potest nocere Titio: cum sit certi iuris regula, pacta de vna re, aut cum vna persona facta, non posse in alia re, aut in alia persona nocere? *l. si vnus. §. pacta. in fin. D. gest. de pact.* Dicendum est, cum emtor exceptione pacti, cum venditore facti vtitur, pactum non tam prodesse emtori, quam venditori ipsi, qui pactus est: & quod idem est, pactum nõ tam nocere in persona emtoris, quam in persona venditoris. Interest enim venditoris emtorem eo pacto vti: propterea quod nisi vtatur emtor ea exceptione, habiturus sit regressum aduersus venditorem ob euictionem. Et hoc est, quod alia regula iuris traditur, pacta cum aliis personis facta omnibus prodesse, quos non teneri paciscentis interest. *l. & heredi. §. vlt. l. fideiussoris. §. vlt. ff. de pact.* Adde, quod venditor rem vendendo & tradendo emtori, omnes actiones suas ad emtorem transferre intelligitur, *l. postquam. l. ex nominis. sup. de hered. vel act. vend.* Multo igitur magis existimandus est transferre exceptiones, quibus ad emtorem defendendum opus est. *l. inuitus. §. 1. ff. de reg. iur.* Eadem dicere licet de exceptione rei cum venditore iudicatæ. Constitutum est res inter alios iudicatas, quemadmodum alii non nocent, ita prodesse non posse. *l. 2. sup. quib. res iud. non noc.* Quo effici videbatur rem iudicatam inter Titiũ & venditorem fundi non debere emtori prodesse, tanquam alii personę. Sed dicemus idem, quod supra, cum emtor hac exceptione vtitur ex persona venditoris, rem iudicatam non tam ipsi prodesse, quã venditori, cum quo res iudicata est. Idem de ceteris exceptionibus licet intelligere.

*L. Si permutationis. XXIX.*

Iidem AA. CC. Rheso.

*Si permutationis gratia prædia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his, quæ in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum eorum non haberet facultatem, euictis quanti interest, eos conueniri posse, rationis est. S. Idib. Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.*

SVMMARIVM.

1 *Ex permutationis quoque caussa actionem esse ob euictionem ei, cui res euicta est: dum omnia fecerit in lite proprietatis, quibus factis emtori eadem actio competit.*

2 *Re aliena in permutationem deducta, ei qui accepit. etiam nondum re euicta condictionem esse ob caussam dati caussa non secuta: aliter in emtione.*

QVod de euictione constitutum est, re videlicet alicui tradita euicta ei actionem aduersus eum esse, qui tradidit, ob euictionem: de emtione solum constitutum est, vt videre est *in l. ex emto. in princ. ff. de act. emt.* Sed hoc sic acceptum est ex sententia eius iuris, vt placeret ius pertinere ad omnes contractus, qui emtionis & venditionis vicem obtinent. Cuius generis est, si quid in solutum datum sit; de qua specie dictum *est in l. 4. sup.* Eiusdem † generis est permutatio, 1
de qua hic agitur. Hæc quoque dicitur vicem emtionis obtinere *in l. 2. supra. de rer. perm.* Vnde in permutatione vterque ex contrahentibus dicitur emtoris & venditoris loco esse. *l. sciendum. §. penult. Dig. de æd. ed.* venditoris, quia mercem dat: emtoris, quia pro merce aliud accipit. Hinc est, quod hic constituitur, si res ex caussa permutationis vni ex permutantibus euicta sit, eum ob euictionem actionem aduersus alterum habere in id, quod sua interest, vti fieret, si res ei esset vendita: proinde & eadem lege, qua ob euictionem rei venditæ actio competit, id est, si is cui res permutata euicta est, in controuersia euictionis omnia fecerit, quæ emtorem facere oportet, vt actionem ob euictionem habeat; puta denuntiarit alteri reo, & præterea caussam defenderit, vt potest. De denuntiatione hic tantum dicitur: sed ita, vt hic alterum quoq; sicut in emtione ad cuius legem reuocatur permutatio, intelligi oporteat, quoties ob euictionem agitur. Sed † quoniam de euictione tantum hic dicitur, tra- 2
diturque eum, qui ex caussa permutationis rem accepit, a-

pit, actionem habere in id quod sua interest, si ea res euicta sit: quæremus, an priusquam res euicta sit, nullam actionem habeat aduersus eum qui dedit, quamuis constet rem esse alienā. Nā si res illi vendita esset, quantumuis esset aliena aut pignori obligata; tamen nullam actionem haberet aduersus venditorem, priusquam res esset euicta. *l. 3. supra.* Num ergo in permutatione, quam emtioni similem esse volumus, idem probandum est? Respondeo, non idem. Illud emtioni per omnia simile, quod is, cui ex caussa permutationis res aliena data est, non potest agere in id quod sua interest, priusquam res euincatur, vt conditio hoc rescripto addita satis indicat. Hoc interest, quod qui rē alienam accepit, potest id quod dedit alteri, repetere tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. *leg. naturalis. §. 1. ff. de præs. ver.* Quod non licet facere in emtione & venditione. In qua, quamuis constet rem venditam esse alienam, tamen emtor pretium a se numeratum cōdicere non pōt. *arg. in l. si non donationis. s. de cont. emt.* Hoc ideo, quod in contractibus, qui suū nomen habent, sic obligatio contrahitur inter contrahentes, vt ex pœnitentia mutare factum non liceat. *l. ab emtione. Digest. de pac.* quod contra facere licet in contractibus innominatis. *l. 5. Digest. de cond. cau. dat. cau. non sec.*

*L. Non ex eo. pen.*

Iidem AA. & CC. Hastio.

*Non ex eo, quod duplum is, qui a matre tua mancipiū comparauit, euictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientia conuincitur: nec opinio eius ex hoc læditur, vt malæ fidei emtor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes. S. Id. Decemb. AA. Coss.*

SVMMARIA.

1 *Venditorem emtori obiicientem rei alienæ venditæ scientiam, hanc probare debere: & cur.*

2 *Non ideo emtorem probari sciuisse rem alienam vendi, quia de euictione sibi cauit.*

QVæstio huius loci nascitur ex eo, quod traditum est *in leg. si fundum. sup.* eum emtorem, qui sciens rem alienam emit, re euicta iure ob euictionem agere non posse. finge enim eum emtorem agere ob euictionem nihilominus, & venditorem vti hac defensione, vt dicat, emtorem sciuisse rem alienam vendi, & talem qualis euicta est, ac de eo esse controuersiam an emtor sciuerit, necne. In hac controuersia introducitur quæstio de probatione, de qua hoc rescripto. In eo duo quæruntur.

1 Primum † *vtri incumbat probatio, emtorine, vt probet se ignorasse rem fuisse alienam; an vero venditori, vt probet emtorem sciuisse.* Et de eo significatur hoc rescripto in extremo, venditoris probationem esse. Quod recte ita constituitur. nam cum venditor dicit emtorem sciuisse, in eo exceptione doli mali vtitur, qua emtorem summouet. *l. apud. §. item Labeo. Dig. de dol. mal. & met. exc.* In omni autem exceptione reus actor est, & exceptionem tanquam intentionem probare debet. *l. in exceptionibus. D. de prob.* Hoc † posito,
2 alterum quæritur, an venditor idonee hoc probet, si dicat, emtorem duplam a venditore stipulatum esse, de quo hic præcipue quærebatur. Et rescriptum est, non ideo argui emtorem sciuisse rem esse alienam, quia sibi duplam cauit. Recte: hoc enim facere solent boni emtores, non tantum qui sciunt rem alienam esse, sed ēt qui ignorant. nā etsi ignorant reuera; tamen sciunt fieri posse, vt aliena sit, & postea euincatur. quapropter & aduersus futuros casus sibi prospiciunt, ne cum illi inciderint, tum cogantur oratione stultorum vti, vt dicant, *non putaram.* Fieri potest, vt quis duplam stipuletur ideo, quia scit rē alienā sibi vendi. Sed hoc non semper accidit. ideo ex stipulatione duplæ non recte colligitur, iuxta vulgare dictum, *Non probat hoc esse, quod ab hoc contingit, vt absit. l. neque natales. sup. de prob.* Sed videri potest hæc quæstio esse superuacua in specie proposita. Proponitur enim emtor sibi nominatim duplā stipulatus esse euictionis nomine. Quod qui fecit, is actionem ob euictionem habet, siue sciuerit rem alienam esse, siue ignorauerit. *l. si fundum. s. eo.* vt proinde etiam de scientia emtoris probare æque venditori sit inutile. Et fatendum est, in actione ex stipulatione duplæ quęstionem venditori esse inutilem. Sed qui duplam stipulatus est, potest idem re euicta & ex emto agere. *l. si tibi. s. eod.* verum hac conditione, si non sciens alienam rem vel obligatam emerit. *d. leg. si fundum. s. eo.* Atque hic demum superiori quæstioni locus est, vbi & superior probatio venditoris admittitur.

*L. Vltim.*

Vide *l. exceptione. s. hoc tit.*

## AD TIT. XLVI. CREDITOREM euictionem non debere.

SVMMARIA.

1 *Creditorem re euicta, quam iure creditoris, seu iure pignoris vendiderat, si vt aliena euicta sit, emtori eo nomine non teneri, neque in id quod interest, neque ad pretium restituendum.*

2 *Extra quam, si quid contra conuenerit, aut creditor sciuerit esse alienam, emtor ignorarit.*

3 *Creditorem pignore, quod vendidit, euicto, hactenus teneri emtori, vt cedat ei actiones suas.*

4 *Pignore vendito euicto, & sine cessione vtilem esse actionem pignoratitiam emtori aduersus debitorem, quatenus debitor locupletior factus est.*

5 *Creditorem re, quam iure pignoris vendidit, euicta, si in bonis debitoris fuit, omnimodo ob euictionem teneri: & cur.*

6 *Creditorem in vendito pignore præstare debere emtori, rem sibi obligatam esse, se in pignore omnibus aliis potiorem esse, & se ius vendendi habere.*

7 *Creditorem nulla ex caussa, quamuis dominii postea sibi quæsiti de pignore a se distracto emtori controuersiam mouere posse.*

COnstanter traditum est, si creditor iure creditoris, vel quod idem est, iure pignoris rem sibi obligatam vendat, eum re euicta ob eam euictionem emtori non teneri: ne ad pretium quidem restituendum. Traditur hoc *in leg. ex emto. §. sententiam. Digest. de act. em. leg. et si. Digest. de dist. pig.* Traditur hoc idem in his duobus rescriptis, quæ sequuntur. Sed habet hæc sentētia multas cautiones. multis enim modis accidit, vt creditor teneatur ob euictionem. Quare vt id quale sit, plane intelligatur, de re tota sic habendum est. Cum quæritur, an creditor, qui iure creditoris pignus vendidit, ob euictionem pignoris teneatur; multum interest, quam ob caussam res euicta sit emtori: vtrum ob id, quod res aliena esset; an vero ob id, quod nō esset creditori obligata, siue quod creditor in ea re ius creditoris, seu ius pignoris con-

1 stitutum non haberet. Si † ob id euincitur, quia in bonis debitoris non fuit, hæc demum euictio est, quam non præstat creditor. adeoque hanc non præstat, vt nec pretium ex hac caussa restituere debeat. Id intelligitur ex supra scriptis quatuor locis, in quibus indistincte scriptum est, creditorem nõ teneri. Nusquam autem alibi hic casus exceptus est, cum res in bonis debitoris non fuit. Non aduersatur huic sententiæ, quod generaliter traditur *in l. 6. supra. eodem.* etsi specialiter venditor euictionem non promiserit, re euicta ex emto competere actionem. Hoc enim cum hac exceptione semper accipiendum est, nisi aperte aliud actum sit, vt ibi docuimus. Nunc autem cum creditor vendit rem iure creditoris, hoc agi intelligitur, vt præstet venditori creditoris ius: extra hoc ius ne teneatur. Quid est enim iure creditoris, nisi pro eo iure, quod creditor in pignore constitutum habet? Iure pignoris idem valet, vt indicatur in extremo *leg. 1. hic.* Idem valet lege pignoris vendere. *l. etsi. D. de distr. pig.* Hoc enim significatur vendere hoc pacto & conuentione interposita, vt dicatur creditor rem tanquam pignus vendere.

2 Sed † hic duæ res exceptæ sunt; conuentio creditoris, & dolus. Primum vt maxime creditor iure creditoris rem vendat; tamen euictionem præstabit, si hanc emtori repromiserit, *vt est in l. 2. hic.* Cũ omnis pactio non fraudulenta in bonæ fidei contractu interposita seruanda est, & actionem parit, *l. ex emto. in princip. D. de act. em. l. in bonæ. §. de pact.* tum maxime eius rei interposita stipulatio, quæ etiam per se valet iure ciuili. *§. de constituta. Institutio. de action.* Sed & extra conuentionem si creditor sciuit rem alienam esse, non debitoris, æque tenebitur ob euictionem rei: quoniam decepit emtorem. Sine exceptione definiendum est, semper emtorẽ venditori, & venditorẽ emtori dolum suum præstare debere, estque hæc exceptio *in leg. vltima. in fine. hic. eadem, in dicta leg. ex emto. §. sententiam ff. de act. em.* His remotis recte dixerimus, creditorem ob euictionem venditi pignoris, ꝙ quidem vere ei datum sit, non teneri. dum tamen hoc ita temperetur, vti proposuimus, vt ne scilicet teneatur aut in id quod interest emtoris, aut ad pretium restituendum. *dicta leg. ex emto. §. sententiam.*

3 Ceterum † placet eum re euicta saltem ad hoc teneri ex emto, vt quam habet actionem aduersus debitorem suum, qui rem alienam pignori dedit, eam præstet: id est, contrariam pignoratitiam actionem. æquissimum enim videri id saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est. Hoc *in leg. creditore. Dig. de euiction.* Ita qui rem aduersus creditorem seruare non potest, potest hac actione cessa seruare aduersus debitorem. Quinimo

4 † & nulla cessa actione placet emtori vltro vtilem actionem dandam ex emto aduersus debitorem ipsum, quatenus pretio ilius rei locupletior factus est. *l. rescriptum. §. 1. Digest. de dist. pig.* Atque hæc ita sunt si res euicta sit ob id, quod non esset in bonis debitoris.

5 Quod † si res in bonis debitoris fuit, & nihilominus iure euicta est, generaliter probandum est, omnem eam euictionem sine exceptione creditorem præstaturum: quoniam ideo euinci rem necesse est, quia defuit ei ius creditoris, siue ius pignoris, quo tamen iure rem vendidit. semper autem in venditione id præstare venditor debet, quod dixit, vbi ꝓpter id rem pluris vendidit. *l. ea, quæ. Digest. de cont. emt. & vend.* Idque aperte declaratur exemplo hereditatis venditæ: quam cum heres vendit iure heredis, semper hoc præstare debet, se heredem esse, & eam hereditatem, quam vendit esse eam, ex qua heres exstiterit. *leg. quod si nulla. ff. de her. vel act. vend.* Vt aũt certius statuamus id ita esse in pignore vendito, facient ea quę plura in hac venditione a creditore exigi legimus, quæ ex illo principio ducta, id verissimum esse confirmant.

Hinc † ergo est, quod placuit, cum creditor iure creditoris pignus vendit, ante omnia illum præstare debere emtori, rem sibi obligatam esse pignori. Id declaratur in principio. *l. 1. & l. 2. hoc tit.* Quod enim dicitur vtroque in loco, creditorem euictionem non debere adiecta hac conditione, si vendidit fundum obligatum: satis significat, si creditori res pignori obligata non sit, eum ob euictionem teneri. Cur ergo teneatur hoc nomine, nisi quia dixit se creditorem esse, & pignus se vendere, quod dictum in omni venditione præstandum est? Placet præterea creditorem emtori in hac venditione præstare debere non tantum sibi rem pignori obligatam esse; sed etiam se in eo pignore omnibus aliis creditoribus esse potiorem. *leg. 1. in fine hic.* Quod quidem non alia de caussa exigitur, quam quod qui posterior creditor est ex pluribus, is ius vendendi pignoris non habet; atque ita simpliciter ius plenum pignoris non habet, vt priori creditori noceat. *leg. creditor. 12. ff. qui pot. in pign. hab. leg. 2. vltima. sup. & si antiq. creditor.* Porro creditor qui se dicit vendere iure creditoris, hoc dicit se ius pignoris habere; proinde & ius habere vendendi pignoris. Nam proprium ius pignoris est vendere licere. *l. si cessante. §. de dist. pig. l. 4. D. de pig. act.* Cui consequens esse recte quis dixerit, si creditor fuit quidem primus, atque adeo solus; si tamen propter conuentionem nominatim interpositam cum debitore non habuit ius vendendi pignoris, atque ideo venditum ab illo pignus euictum est: euictionis nomine hic quoque eum teneri, quippe multo minus hoc casu ius habuit vendendi pignoris quam posterior creditor. 6

Ad † extremum notandum est, vbicumque euictionem creditori in pignore non nocere placet, ibi euictionem alienam intelligi debere. Vt autem euincat ipse; quod vendidit, eiusq; rei ex alia caussa quãuis postea sibi nata quæstionem moueat, neque ius, neq; æquitatem pati. *l. etsi. Digest. de dist. pig. l. 1. illic. si tamen hoc titul.* 7

## AD LEG. SI VNQVAM TIT. LVI. lib. VIII. C.

Iidem AA. ad Orphitum Præfectum Prætorio.

*Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quicquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum Dat. 5. Cal. Apr. Arbitione & Loliano Coss. 355.*

SVMMARIA.

1 *Reuocandæ donationis caussæ.*
2 *In beneficio l. si vnquam, quæ spectanda.*
3 *Patrono soli beneficium hic tributum, non aliis donatoribus.*
4 *Qui liberos habet, cum donat, ad eum non pertinere beneficium huius legis: & cur.*

5 Ne sic

5 *Ne sic quidem, quamuis idem alios liberos postea susceperit: & quare.*

6 *Inofficiosæ donationis reuocationem esse dissimilem, & cur.*

7 *Donanti tribui beneficium huius legis, non autem aliter contrahenti: differentiæ ratio.*

8 *Ad quascumque res donatas etiam singulas reuocationem huius donationis pertinere.*

9 *Liberis postea susceptis reuocationi donationis ex hac lege locum esse; nec conualescere donationem, quamuis ii liberi postea decesserint viuo donatore, & eo, qui viuus non repetierat donata.*

10 *Testamentum agnatis postea liberis ruptum conualescere, si liberi viuo adhuc testatore decedant: aliter atque in donatione infirmata ex hac caussa: & differentiæ ratio.*

11 *Liberis post donationem susceptis quamuis decedant postea viuo donatore, non ideo tamen cessare caussam reuocatæ prius donationis.*

12 *Liberis postea susceptis, donatori ipsi tribui reuocationem donationis, non liberis: vt neque liberorum consensus ad eam rem sit necessarius, nec liberorum factum patri noceat.*

13 *Totam donationem reuocari ex beneficio huius legis.*

14 *Ipso iure donationem reuocari ex caussa huius legis. & num. seq.*

15 *Reuertendi verbo quid significetur.*

16 *Reuocandæ donationis caussa ex beneficio huius legis donatori competere, & actionem in rem, & condictionem.*

17 *Condictionem in proposito esse tanquam ob caussam dati caussa non secuta, aut finita. eandem ex obligatione: obligationem ex contractu.*

18 *Beneficium reuocandæ donationis ex hac lege ad alios donatores, quam ad patronum non pertinere, & quæ in eam rem argumenta.*

19 *Demonstratur liquido ex verbis ipsius l. si vnquam.*

20 *Demonstratur ex aliis partibus iuris.*

21 *Demonstratur ex sententia Augustini translata in ius Pontificium.*

22 *Demonstratur ex sententia & ratione l. si vnquam. & quam distent reliqui donatores a patrono in beneficio eius legis.*

23 *Singulare hic beneficium tributum patrono: vt quãuis in aliis donatoribus eadem ratio esset, tamen non debeat beneficium ad eos produci.*

24 *Inofficiosæ donationis propter liberos reuocationem multum distare a reuocatione huius legis. distare in caussa reuocationis.*

25 *Distare genere ipso reuocationis; quippe cum illa, & aliis detur, & alio tempore, & de alia quantitate, & non ipso iure.*

26 *Inter reuocationẽ inofficiosæ donationis, & eam quæ ex hac lege est, differentiæ ratio: cum videatur vtraque concedi propter liberos.*

27 *Natis post testamentum liberis non ideo legata prius data reuocari. multo minus donationem inter viuos ab extraneo donatore ante perfectam.*

28 *Legatum ita datum filio, vt id restituat post mortem suam Titio, liberis ab eo relictis reuocatum intelligi.*

29 *Idem probandum in donatione inter viuos, si pater filio emancipato quid donauerit ea lege, vt id post mortem suam restitueret Titio.*

30 *Iure poli restitui debere donata, quid sit Augustino.*

31 *Natis donatori post donationem liberis, non cogi ne iure quidem diuino donatarium, vt donata reddat; excepta ecclesia Augustino: & cur putemus hanc in hac re excipi debere.*

REuocandæ † simplicis donationis caussę summæ duæ sunt: ingratitudo donatarii, & liberi a donatore postea suscepti. De priore genere, id est, caussis ingratitudinis, propter quas donationem reuocare liceat, comprehensum est maxime *in l. vltim. hoc tit.* De genere posteriore ius totum positum est *in l. si vnquã. C. de reuoc. don.* qua de hac reuocatione & caussa cautum est, nec vsquam alibi in iure ciuili nostro. Itaq; eius legis explicatio, quale sit hoc genus reuocationis, ostendet. Verba legis hæc sunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquã facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Tribuit ergo hæc constitutio, vt apparet, beneficium nouum donatori ad reuocandam donationem iure ante perfectam. 1

In † eo duo spectanda, quibus & beneficium hoc continetur: primum caussa beneficii; tum beneficiũ ipsum illius caussæ effectus. In caussa beneficii est illa omnis conditio, qua hoc beneficium tribuitur lege superiore. Beneficium est ipsa illa reuocatio donationis. in qua videndum est, qualem eam esse velimus ex verbis legis, eamne, quæ iure ipso donationem infirmet, & res donatas ad donatorem statim trãsferat, an vero quæ nihil amplius tribuat, quam rerum donatarum condictionem. Caussa & conditio beneficii initio legis cõprehensa, si obseruamus, quinq; continet; personam certam donatoris, ad quam beneficium refertur; tempus donandi, seu statum donatoris, quo ille donat; caussam dati; res datas; & agnationem liberorum. Quæ singula quid valeant, quia non perinde omnibus liquet, diligenter consideremus: ne aut minus faciamus beneficium, quam est, aut producamus longius, quam quo ex lege pertinet. 2

Primum † constitutio personam certam donatoris exprimit, cui reuocationem tribuit, nimirum patroni. Sic enim scribit, si libertis patronus donauerit. Proinde si quis non patronus donauerit extraneo, ad beneficium legis non pertinet: vt quamuis liberos nõ habens donauerit, ac postea suscipiat liberos, nihilo magis infirmetur donatio ex hac lege. Hæc enim cõditio est, si patronus libertis donauerit. Certi iuris est, hanc vim esse conditionis omnis, vt quod sub conditione datur, sub contraria conditione, id est, conditione cessante adimi intelligatur, & contra. *l. quib. §. 2. l. aliquando. ff. de cond. & dem.* valetque hæc sententia & interpretatio non tantũ in contractibus, & supremis voluntatibus, sed etiã in legib. sub cõditione cõceptis; & quidẽ in his maxime. exẽpla *in l. 1. ver. huius rei. ff. de off. eius, cui man. est iur. l. si procuratorẽ 8 §. si ignorantes. in fi. cum §. seq. ff. mand.* Sed dissentiunt prope omnes ad vnum interpretes; exceptis admodum paucis, vt ex veteribus Azone, ex doctis viris nostræ ætatis Connano. vicitque hæc opinio, vt existiment, ac velut pro explorato statuant, quisquis liberos non habens cuicumque donauerit, liberis postea ei susceptis, donata ad eum redire. Itaq; maiorẽ disceptionẽ 3

res desiderat. quam idcirco in extremum reiecimus, vt separatim discutiatur. Nunc tantum sumemus id, quod dant verba constitutionis, eoque & orationem ad patronum conferemus.

Tribuitur igitur beneficium huius legis patrono donatori primum, sed neque id simpliciter. Secundũ
4 † exigitur in conditione huius legis, vt donet filios nõ habens. Ex quo intelligitur, si patronus ipse liberos habens, donet libertis, donationem non infirmari propter liberos. Efficiturque verbis eadem ratione, qua supra. Hæc enim oratio, *filios non habens*, resoluitur in hanc, *cum filios non haberet*. Hæc autem, *cum filios non haberet*, conditionem habet, si filios non habeat, *l. si Titio. D. quan. di. leg. ce. l. quodcumque. §. pen. D. de ver. obl.* Quo fit, vt liberos habenti si donet, tanquam cessante conditione legis, cesset etiam donationis reuocatio. Quod tamen videri possit constitui absurde, contraque regulas iuris & naturæ. Etsi enim postumis, & qui postea nascẽtur, idem tribuitur, quod liberis iam natis: nunquam tamen tantum, vt sint meliore conditione quam iam nati. Quinimmo id in beneficio iuris ponitur, quod qui in vtero sunt, habentur pro iam natis, cum de commodis eorum agitur. *l. qui in vtero. leg. pen. ff. de sta. ho.* Quapropter videbatur conuenire, quod propter liberos postea natos tribuitur donatori, idem illi tribui propter liberos iam natos, quos habuit, cum donauit. quod contra statuatur, absurde constitui, vt hoc loco. Et esset ita, si beneficium reuocationis in hac lege tribueretur patrono ꝓpter liberos postea susceptos. Nunc autẽ tribuitur ei propter voluntatẽ & tacitã conuentionẽ eius, qua id egit, vt donatio propter liberos ad se rediret. Hæc voluntas existimatur esse in eo, qui liberos nõ habens donauit; non item in eo, qui habuit, cum donaret, atq; hinc differentiæ ratio. Nam qui liberos non habet, si donat, videtur idcirco donare, quia liberos nõ habet, non donaturus vtique, vt credibile est, si haberet. Nemo enim in re dubia creditur alienas successiones ꝓpriis, extraneos suis liberis velle anteponere. *l. cum acutissimi. §. de fid.* Hęc autem cogitatio facit, vt qui hoc statu donat, intelligatur donare hac lege, vt donatio maneat, si liberi postea ei non nascantur. ex contrario autem, vt si nascantur, redeat. In eo qui liberos habens donat, apparet nullã eiusmodi mentẽ & cogitationẽ esse de reuocanda donatione ꝓpter liberos eos, quos iam habet. Qui enim liberos se habere sciens donat, hoc ipso aperte declarat, se nõ prohiberi liberis, quominus donet, nec velle propter eos reuocare donationem, quam illis iam natis maxime confirmat.

5 Et † hæc de iã natis ante donationẽ liberis facilius quis admiserit, quia lex nominatim exigit, vt donator liberos postea suscipiat. Quid ergo, si patronus liberos quidem habens donet, sed postea susceperit alios liberos? An non saltem propter eos qui postea nati sunt, reuocationem donatori dabimus? Verba ostendunt nihilomagis hoc casu reuocationi locum esse. lex enim reuocationem tribuit liberis quidem postea susceptis, sed hac conditione, si patronus donauerit, cũ filios nõ haberet. Quare si tũ habuit, manifestũ est legi locum non esse, vt de vi cõditionis ante diximus. Dixerit aliquis, verba legis etiam hoc casu reuocationem donationis admittere. Sic enim dat reuocationẽ patrono, si donauerit filios non habens, deinde postea susceperit liberos. Quod quidem in proposito videtur contigisse; donauit enim patronus, cum hos liberos nõ haberet, ac deinde eos postea suscepit. Sed cõditio legis non est hæc, si patronus nõ habens liberos hos aut illos, aut qui postea suscepti erunt, donauerit; sed simpliciter, si liberos non habens donauerit: vt dicendum sit, si quos tum habuit, non esse reuocationẽ ex conditione huius legis. Id facit eadem illa ratio, qua ante vsi sumus. Nam qui liberos habens donat, aperte ostendit se non esse hac mente, vt propter liberos velit donationem infirmari; quam, vt dixi, non impedientibus liberis nihilominus constanter confirmat. Quod si hac mente est aduersus liberos iã natos, vt nolit propter eos reuocari donationem; par est existimari, illũ eadẽ mẽte esse erga eos, qui postea nascentur. Repugnat enim caritas, & sensus cõmunis naturæ, quominus existimetur pater velle plus tribui liberis futuris, quos non nouit, quam iam natis & præsentibus, nec male meritis, quos nouit. Itaq; si quis in hac specie illud obiiciat, in quibus tum caussis tũ personis eadem ratio est, in his idem ius statui debere. *leg. illud. D. ad l. Aquil.* liberos aũt postea natos semper in eadem caussa esse, siue pater, cũ donauit, liberos alios habuerit, siue non habuerit. Proinde vtroq; casu donationem pariter reuocari, quamuis pater alios liberos habẽs donauerit. hoc modo, *inquam*, si quis argumentetur, in promtu est responsio ex iis, quæ modo posuimus; recte scilicet ita colligi, siquidem reuocatio huius legis tantum propter liberos postea susceptos tribueretur. Sic enim cum in omnibus liberis postea natis eadẽ caussa esset, nec mutaretur propter eos, qui ante nati essent; recte diceretur etiam in omnibus idẽ ius esse oportere. Iam autem diximus, idq; ex hac conditione, filios non habens, satis apparet, reuocationis eius, quę hic tribuitur, caussam nasci ex tacita voluntate donantis id agentis, vt propter liberos donatio reuocetur. cuius voluntatis coniectura non cadit in eũ, qui liberos habere se sciuit, & donauit tamen.

Sed † vtrique huic parti de liberis iam natis, & de iis qui post illos postea nati sunt, opponitur totus titulus *de inoffic. don. §.* Omnia enim rescripta eius tituli consentiunt in hanc sententiam; si parens omnia bona sua donauerit, vt sic immoderata & inofficiosa sit donatio, placere reuocari donationem vsque ad debitum bonorum subsidium, id est, vsque ad legitimam portionem iure naturæ liberis debitam, olim quartam eius portionis, quæ futura esset ab intestato succedentibus: *leg. Papinianus. §. quoniam. D. de inoffi. test.* hodie trientem, aut semissem pro numero liberorum. *auth. nouissima. §. de inof. test.* idque indistincte propter liberos quoslibet non tantum post donationem, sed etiã iam ante natos. Et omnino ita ius est de inofficiosa donatione: sed adiici debuit, tribui istam reuocationem inofficiosę donationis non parenti, sed liberis fraudatis donatione, ꝓposita his inofficiosæ donationis querela, idque mortuo parente ad exemplum querelę inofficiosi testamenti. *l. 2. l. pen. l. vlt. supr. de inoff. don.* Et quod dicitur *in l. si totas. sup. eo.* donationem inofficiosam, quatenus inofficiosa est, ad patrimonium patris donantis reuerti; sic intelligendum est, vt redeat mortuo tantum patre, & ita, si liberi id postulent. adiicitur enim ibidem. *reuerti donatum ad patrimonium patris, sed hactenus, vt liberi debitum bonorum subsidium consequantur.* cui subsidio locus non est viuo patre, vti nec querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est inofficiosæ donationis querela. *d. l. vlt. supr. de de inoff. don.* Nihil hoc ius huic constitutioni aduersatur; qua tribuitur reuocatio donationis ꝓpter liberos nõ liberis, sed donatori ipsi viuo, & statim. Hæc vero 6

reuocatio, siue omnium bonorum donatio fuit, siue partis tantum: nulli tribuitur, nisi ei qui donauit liberos nō habēs. ei qui tunc habuit, nunquā, neq; ꝓpter liberos iam natos, neque propter postea susceptos.

7 Tertium † exigit conditio huius legis, vt patronus donauerit, id est, vt dandi caussa sit donatio. Quod eo pertinet, vt si quid vendiderit patronus liberto, si quid cum eo permutarit, si quid denique negotii cum illo extra caussam donationis gesserit liberos non habens, sciamus hic nihilomagis infirmari quod gestum est, quamuis patronus postea liberos susceperit. Atq donatio in libertū collata nō magis cōfirmatur ab initio voluntate patroni, quam venditio, permutatio, aut negotium quoduis aliud cū liberto interpositū. Cur igitur minus reuocentur cetera negotia, si intersit patroni, quam donatio; si proponatur patronus ea fecisse, quæ facturus non esset, si liberos haberet? veluti si latifundia quædam paterna vendiderit, quæ si liberos haberet, his seruasset, vt dignitati & nomini familiæ conueniebat. Differentię ratio est, quod in ceteris negotiis, ex quibus quid liberto abest, reuocari gestum non potest sine damno liberti, cui aut non reddetur, quantū abest, aut si reddetur, cogetur recipere, quod iam ei non expedit. At donatio sine damno donatarii reuocatur. hac enim reuocata dici quidē pōt donatarius lucrum non facere, seu lucrum quod prius ex donatione fecerat, non retinere. damnum autem facere dici non potest, quia hic nihil ei abest de suo. est autē damnum patrimonii nostri deminutio. *leg. 3. Digestis. de dam. infect.* Porro vt in re, sic & iure multum interest, amittat quis debita aut sua, an lucra non capiat, vt est *in l. vlt. vers. pen. s. de codic.*

8 Quartū † est in hac conditione, vt patronus donet omnia bona, vel partem aliquam facultatum. quod ad res vniuersim donatas ptinet. Quid ergo, si donet res aliquas singulas, vt neque donet omnia sua, neque dicat se donare partem certam bonorum, puta dimidiā, tertiam, quartam? Nihilominus idem iuris erit, vt susceptis videlicet postea liberis res donatæ reuocentur; quia & hæ superioribus verbis continentur. Sunt enim & ipsæ pars bonorum, vtpote & ipsæ ex bonis, & eæ, quibus bona constant. *l. si quis cum totum. in pr. & §. vlt. ff. de exc. rei iud.* Vnde & illud responsum est, inter legatum partis bonorum, & legatum rerum singularum nihil interesse, nisi quod in legato partis bonorum electio datur heredi, vtrum det res singulas, an rerum æstimationem. Sed vtrumuis fecerit, semper verum est res singulas, vt bonorum partes, legato contineri. *l. non amplius. §. vlt. ff. de leg. 1.* Loquitur quidem hæc constitutio de parte non bonorum, sed facultatū. Sed facultates cuiusque, & bona idem valent. *l. nam quod. §. vltimo. iuncta. leg. cogi. in principio. Digestis. ad Trebel.*

9 Quinctum † & postremum exigit conditio huius legis, idque vel præcipue, vt patronus qui donauit liberos non habens, postea liberos susceperit. Ita liberis postea susceptis, si cetera concurrant, donationis reuocatio est ex hac lege. Quid ergo, si qui nati erant, iidem deinde viuo donatore decesserint, & eo quidem donatore, qui donatione aperte non reuocata obierit: an nihilominus manebit reuocatio; an vero donatio quæ agnatione liberorum infirmata erat, sublatis postea liberis conualescet? Plerique putant conualescere, cū ob alias caussas, tū ob hanc maxime, ꝙ caussa huius reuocationis cessare videtur sublatis postea liberis: sic aūt ius est, vt cessante caussa beneficii, cesset & beneficium. Sed verius est, ꝙ & Bartolus recte sensit aduersus illos differens *in l. Titia. §. Imperator. D. de leg. 2.* liberis semel post donationē susceptis ab eo donatore, qui liberos non habens donauit, ita donatas res redire ad donatorem ex beneficio huius legis, vt quamuis postea liberi vel statim decesserint, nihilomagis conualescat donatio, restituatur ue in pristinam caussam, sed donatum maneat perpetuo penes donatorem. Si verba legis spectamus, propemodum id exprimunt. Volūt enim donatū ita redire, vt in dominio donatoris deinceps maneat. Vetant ergo id vllo casu auferri. Ablatū. n. quouis casu, nō maneret. Si rationes iuris quærimus, hæ sunt cōplures, quæ rē minime dubiam efficiunt. Primū inest in beneficio huius legis, vt dominiū rerū donatarū statim ad donatorē redeat susceptis liberis, vt postea dicetur. Certi iuris est, ꝙ cuiusq; factū est, id ab inuito domino ad aliū non transire. *leg. id quod. Digest. de reg. iur. leg. si procurator meus. Digest. de acq. rer. do.* Tum autem vt nihil aliud ex hac lege acquireretur donatori, quam condictio rei donatæ, atque ita post susceptos liberos res maneret donatarii, vt ante: tamen vel hæc ipsa caussa satis est, ne cōfirmetur donatio quouis casu inuito donatore. Nā & hoc iuris certi est, actionem alicui semel quæsitam inuito eo resolui, eique auferri non posse. *l. habere. in fi. D. de euict.* Postremo eodem beneficio legis efficitur, vt quemadmodum res redit ad donatorē, sic prius à donatario recedat, vnaque & actio omnis quæ illi eo nomine competierat, exstinguatur. Non minus autē & hæc iuris certi sententia est, actionem semel exstinctam euentu non reuocari. *l. Mauius. §. duorum. Di de leg. 2. leg. qui res. §. aream. Digestis. de sol.* Disputari tamen contra solet, in eoque tria afferuntur, quæ opponuntur superiori sententiæ, de quibus breuiter respondebo.

Primum † opponitur exemplum testamenti rupti, 10
vnde hæc ratio ducitur. Paria sunt, vt videtur, ꝑ omnia testamentum agnatione liberorum ruptum, & donatio agnatione liberorū irrita facta. Vtrobiq; enim ꝓponuntur res similiter irritæ factæ, & ambæ irritæ ex eadē caussa, puta ob liberos postea natos, illic testatori, hic donatori. At testamento natis postea liberis rupto, si iidem liberi viuo testatore deinde decesserint; quod prius subtilitate iuris nullum erat, iure prætorio tanquam sublato impedimento quod prius obstabat, conualescit. *l. postumus. ff. de ini. rup.* Par est igitur, vt donatio, quæ ex hac lege irrita facta erat ob natos postea liberos, iisdem postea viuo donatore decedentibus conualescat. Sed etsi hęc prima fronte similia videri possunt; multa tamen in his sunt longe dissimilia; quæ & ius istarum rerum in eo de quo quæritur, merito distinguunt. Testamentū in quo postumus pręteritus est, agnatione postumi rumpitur iure ciuili. Et hoc iure quamuis mortuo postea postumo testamētū nō restituitur: quia eo iure nullum est. quod & ipsum in donatione agnatione liberorū reuocata seruari dicimus. Sed confirmatur testamentum iure prætorio, si mortuus erit deinde, qui natus erat. Merito: quia & pōt, & æquū est confirmari iis de caussis, quatū nulla cernitur in donatione semel reuocata. Testamentum nato postumo, qui præteritus erat, rumpitur; sed subtilitate iuris ciuilis. ceterum re ipsa & natura nihilominus manet. Superest enim semp scriptura eadem testamenti, eædē subscriptiones, atq; eadē signa testiū: sed & voluntas testatoris. Quare si moriente deinde statim eodem postumo cōfirmetur a ptore testamētū,

mirum videri non debet, est enim, quod confirmetur, quod agnatione postumi tolli non poterat. Atq; hinc prætoris cõfirmatio, vt declaratur *in §. non tamen. Inst. quib. mod. test. infir.* At donatio semel irrita facta ob liberos postea susceptos, in totũ ita tollitur ex hac lege, vt nihil inde supersit. In totum enim recedit dominiũ a donatario, & eadẽ opera ad donatorẽ redit. Quo fit, vt mortuis postea iisdem liberis, non cõfirmetur donatio, quia nec potest, quæ nulla est. Præter rem quæ subest in testamẽto, est etiã magna caussa, cur sublato deinde postumo ipsum confirmetur. Manet enim eadem voluntas testatoris, quæ prius fuerat, & hanc etiã publice interest exitũ habere. *l. vel negare. ff. quẽ. testa. ap.* In donatione quæ irrita facta est, omnia contra. Sic enim res ad donatorem redeunt, vt non modo dici non possit publice interesse, voluntatẽ donatoris de confirmanda eadem donatione ratam haberi; quod certe dici non potest, etiamsi hæc vlla voluntas esset; sed ne hic quidem quidquam proponatur de eius voluntate, cur velit eas res iterum a se discedere, & donationem reuocari. Inuito autem eo donatio confirmari non potest. Nulli. n. debet ius suum auferri. *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel al. iur.* Huc accedit, quod cum testamentũ sublato postumo cõfirmatur, vti fit hoc testatoris voluntate, ita fit & sine cuiusquam iniuria. Cum enim viuo testatore nascitur postumus, simul & moritur, si scriptis testamento heredibus tribuitur hereditas, ea prius nullis adimitur, ne postumo quidem aut eius heredibus; quia prius nulli quæsita erat. viuentis enim nulla est hereditas. *l. 1. D. de her. vel act. vend.* At donationem semel reuocatam ob liberos postea natos, iisdem statim mortuis confirmare sine manifesta iniuria donatoris nõ possumus. Huic enim per infirmationem donationis res quæsitæ erant, aut condictio. quas res illi adimimus, si donationem confirmamus. Hoc vero neq; ius, neque æquitas patitur. Nihil igitur simile in testamento rupto postea conualescente, cur huius exemplo similiter & donatio in ꝓposito cõualescere debeat mortuis iis liberis, quorũ agnatione interciderat. Obiicitur etiam exemplũ *leg. fœminæ, in fi. C. de sec. nupt.* Vbi fœminæ liberos habenti, si transierit ad secundas nuptias adimitur potestas omnis alienandi res a marito priore profectas. At iidem liberi si decesserint, redit alienandi potestas. Dicamus igitur, inquiunt, hoc idẽ in donatione, vt si auferatur propter liberos, iisdem postea de medio sublatis restituatur. At quã nihil est in hoc exemplo simile? Non enim fœminæ superiori adimitur illarum rerum alienatio sub conditione, si liberos habere cœperit, aut si liberos quandoq; habuerit; sed ad tempus, quãdiu habebit liberos. Proinde iisdẽ verbis legis illi cõceditur, si liberos habere desierit. Nõ sic reuocatur in ꝓposito donatio, sed hac conditione, si liberos postea susceperit. Quæ cõditio impleta sine vlla præfinitione tẽporis & in perpetuũ reuocat donationẽ. Sed ꝑcipue mouẽtur qđã illa ratione, quã supra attigimus, caussa beneficii cessante, cessare & beneficiũ, sicuti & natura in omnib. reb. accidit, vt sine caussa nõ sit effectus. *l. in omnib. caussis id obseruatur. ff. de reg. iu.* Hoc. n. posito ita assumunt; at donatio in ꝓposito reuocatur ꝓpter liberos postea susceptos, atq; his postea mortuis cessat caussa reuocationis. Quo efficitur & his mortuis deficere beneficiũ legis, eoq; & cõualescere donationem, quæ prius agnatione liberorũ irrita facta erat. Et puto nil verius dici in vniuersum, quam caussa cessante cessare effectum.

11 Sed † falsum est in ꝓposito caussã beneficii huius legis cessare, si liberi q postea suscepti erãt, decedant deinde viuo donatore. Caussa enim reuocationis hęc est inter cetera, qa liberi postea suscepti sunt. Hæc caussa semel impleta cessare aut deficere nõ potest. Quantumuis enim vel millies, si fieri posset, liberi postea decesserint; tamen semper verum erit liberos a donatore fuisse susceptos. nec quominus ita suscepti sint, vllo euentu potest fieri. facta. n. infecta fieri nõ possunt. *l. in bello. §. facti. Digestis. de capt.* Desinere quidem possunt esse liberi. at susceptos eos esse, quæ huius reuocationis caussa est, nunquam verum esse desinet. Stet igitur hæc sententia, *si patronus liberos non habens aliquid de bonis suis liberto donauerit, & is postea susceperit liberos, sic donationem infirmari, & donata ad donatorẽ redire, vt cum redierint perpetuo maneant, quisquis erit liberorum euentus.*

Caussam beneficii huius legis habemus. beneficiũ quale sit, videamus. Id continetur his verbis: *totum quidquid largitus fuerat, reuertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Quo indicantur hęc tria: cui tribuatur hæc reuocatio; quantum reuocetur; & quo iure, quoue effectu.

12 Tribuitur † ergo reuocatio donatori, ad quem donata redeunt, non item liberis postea susceptis. vt intelligamus etsi liberi postea suscepti huic reuocationi caussam præbent; nihil tamen illorum caussa constitui: certe nihil his tribui, sed tantũ patri donatori, qui hac lege donauit, vt datũ redderetur, si liberos postea susciperet. quę cõditio exsistit liberis susceptis. de quo mox plura. Sequitur igitur, vt siue liberi ratam habeãt donationem, siue nõ habeant; & siue viuant, siue moriantur, nihilominus donatori reuocatio statim competat, & semper. quorum vtrumque diuersum est in reuocatione inofficiosæ donationis: quippe quæ liberorum caussa constituta est, non donatoris.

13 Eademque † ista de caussa ex beneficio huius legis ob susceptos postea liberos, totum reuocatur, quod donatum est, non vt in inofficiosa donatione, tantum vsque ad debitum liberis bonorum subsidium. Sed de hac dissimilitudine dicã paulo post plenius, vbi locus incidet istas species distinguendi, ne ius de vna constitutum videatur alterius iuri aduersari. Nunc tantum indicare satis est, ne frustra videamur monere donatori hic consuli, & simul eodem beneficio totum reuocari.

14 Reuocatur † autem hic donatio ipso iure, id est, ita vt sine facto donatarii, itemque donatoris dominiũ a donatario recedat, & ad donatorẽ legis huius beneficio transeat. Id enim dicimus exsistere ipso iure, quod exsistit iure solo sine opera cuiusquam. *§. sui. Instit. de hered. quæ ab int. def.* Duo priora verbis huius legis expressa sunt, vt non egeant probatione. Tertium non est expressum, sed tantum significatur illis verbis; donatum reuertatur in donatoris arbitrio ac ditione mansurum.

15 At † dubitari potest de verbo reuertendi. nam quę a donatario redduntur donatori, nõ male, opinor, dicantur reuerti; vti & quæ traduntur alii a domino, dicuntur transire. *l. id quod nostrum ff. de reg. iur.* Cur ergo ex his verbis dicamus donata redire ad donatorem statim & ipso iure, ex eorum verborum significatione amplius cognoscendum est. Et vero reuerti proprie id significat. Vt enim ire dicitur proprie, qui per se it: qui autem alieno facto, magis dicitur aut agi, aut duci, aut ferri, vel portari: *leg. 1. D. de ser. rust. præ. leg. ferri. Dig. de verb.*

*de verb.sig.* ita redire & reuerti dicuntur, quæ per se redeunt; quæ autem aliena traditione, magis transferri, aut restitui, reddiue. §. *per traditionem. Inst. de rer. diui.* Atque hic fere huius verbi vsus est in iure: vt cum dicimus bona a patre in filiumfamilias profecta ad patrem reuerti; vbi significatur, hæc bona ita reuerti ad patrem, vt etiam maneant in dominio eius ipso iure. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* item cum dicimus, ædificio sublato, quod in littore positum erat, locum in pristinam caussam reuerti. *l. in tantum in pr. Digestis. de rer. diui.* vt intelligamus locum fieri publicum, vt ante, sua sponte sine cuiusquam facto. Quare ex hac significatione & hoc caueri in hac lege intelligendum est, vt totum quod donatum est, donatarii esse desinens statim ad donatorem transeat iure ipso sine vlla donatarii restitutione, aut donatoris possessione. Didicimus enim a proprietate verborum recedendum non esse, nisi manifestũ sit aliud sensisse scriptorem. *l. non aliter. in pr. D. de leg. 3.* Id amplius verba sequentia confirmant *in l. si vnquam.* addit enim lex, reuertatur in arbitrio donatoris ac ditione mansurum. Ea dicuntur esse arbitrii & ditionis nostræ, quorum arbitri & moderatores sumus. eæ autem sunt res nostræ, seu quæ sunt dominii nostri. *leg. in re mandata. 5. de mand.* Vult ergo lex sic donata ad donatorẽ reuerti, vt sint in dominio viuentis, & maneant. neque enim manere possunt, nisi quæ prius peruenerint. Vult igitur statim redire, nec donatarii factum aut restitutionem desiderari. Nã si hanc exspectamus, sæpe eueniet, ne res donatę post susceptos a donatore liberos, subiiciãtur dominio donatoris, nedum in eius dominio maneant. Multis enim modis accidere potest, ne ei viuo restituãtur, vel quod ante mortuus sit, quàm repeteret, vel quod ante mortuus, quã repetenti redderentur. Et ita reuertendi verbum, & beneficium huius legis vulgo recte acceperũt. In quo ius singulare reuocationis notandum est. Nam quæ ita donantur inter viuos, vt fiãt accipientis, si reuocata donatione restitui debent, ita reuocatur donatio, vt non aliter rursum fiant donatoris, quam si ei reddita sint, & tradita a donatario: iuxta regulas iuris, quæ ad transferendum dominium ad eũ qui dominus non erat, & voluntatem prioris domini exigunt, & traditionẽ, qua & res in possessionẽ noui domini veniat. *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur. l. traditionibus. C. de pact.* Beneficium est igitur, & quidem singulare, contra rationem iuris communis donatori in hac specie tributum. Cui locum fecit persona donatoris. Obseruandũ est enim id tribui patrono aduersus libertum. quod non item tribueretur in simili reuocatione aliis donatoribus.

16 Hoc † iure posito, consequens est id, quod Accursius sine probatione quidem, vere tamen scripsit ad hanc legem in fi. donatori patrono post liberos susceptos & actionem in rem competere, & condictionẽ: illã, qua vindicet res donatas a possessoribus; hãc, qua condicat rerum donatarum possessionẽ a donatario, eiusque heredibus. Vindicationẽ esse certum est. hæc enim omnibus dominis cõpetit. *l. in rem. D. de rei vin.* Posuimus autem donatorem iam inde a liberis susceptis retro dominũ factum esse ipso iure. De cõdictione potest dubitari; propterea quod ita traditur, neminem rem suam condicere præterquam a fure. *l. vt. ff. vsuf. quem. cau. §. sic itaque. Instit. de act.* Et sane res ipsas donator idemque dominus condicere non potest, vt fiant eius, quæ iam satis eius sunt. Sed potest condicere rerum possessionem, quæ eius non est; quippe quæ ad eum nisi naturali apprehensione peruenire nõ potuit. *l. 1. §. 3. in pr. l. cum heredes. in pr. ff. de acq. pos.* Deque ea re ita ius est: quoties dedi tibi, quod necesse habeas iure mihi reddere, si dominium in te translatum non est, puta quia rem alienam dedi; aut translatum quidẽ dominium, sed quod apud te esse desiit, vt in proposito; toties mihi condictio competit, saltem vt possessio reddatur: vt de re indebita soluta quæ aliena erat, responsum est *in l. indebiti. §. 1. ff. de cond. ind.*

Est † tamẽ & hic illa dubitatio. Est enim condictio actio in personam. *l. actionum. ff. de obl. & act. §. sic itaq. Inst. de act.* Quod si in personam, etiam ex obligatione: cum non sit in personam actio, nisi aduersus eum, qui nobis obligatus est. *dicta. leg. actionum. §. 1. Inst. de act.* Quod si qua hic donatarii obligatio est ad possessionem rerum reddendam, necesse est ex vna aliqua earum caussarum nasci, quas ius agnoscit, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Ex qua igitur volumus? Constat hic nullum esse maleficium, aut quasi maleficiũ donatarii. Ne quasi cõtractus quidem intelligi potest in ea re, quæ cõi consensu gesta est inter aliquos, vnde & obligatio oritur: qualis est donatio, quę proponitur. Relinquebatur igitur ad cõdictionem in proposito contractus. At nullus contractus sine consensu de ea re, de qua agitur. *l. 1. §. 3. D. de pact.* vbi autem iste consensus de re susceptis postea liberis restituenda, vbi res simpliciter & sine vlla conditione restituẽdi data est? Sed ne dubitemus obligationem hic esse ex contractu & negotio gesto: idque ideo, quia ex conuentione & consensu. Est enim hic conuentio inter donantẽ patronũ, & libertũ accipiẽtem interposita: tacita illa quidem, attamen conuentio, quã hæc lex admisit. Id ita esse sic intelligere possumus. Aut enim obligatio ad reddendam possessionem constituta est hac lege propter liberos ipsos, aut si quid est caussæ extra liberos, necesse est caussam esse in voluntate donatoris, qui hac mente & lege dederit, vt si liberos postea susciperet, sibi donata restituerentur. Propter liberos solos nõ esse cõstitutã hãc reuocationem nõ difficile est intelligi ex constitutione. alioqui enim aut tribueretur reuocatio liberis, nõ donatori; aut si donatori propter liberos, tribueretur nõ tantum propter liberos post donationem natos, sed etiam propter eos qui tempore donationis nati essent, quorum vtrumque lex non vult. Restat igitur, vt intelligamus caussam reuocationis esse in tacita mente & cogitatione patroni ideo donantis, quia liberos non haberet, ac si haberet vel tum, vel postea, donatũ nollet. Ex quo intelligitur ita donasse, vt donatũ maneret velut ob caussam, si liberos nõ susciperet. quod si susciperet postea, velut caussa non secuta vellet donatum ad se reuerti. Estque hæc cõiectura voluntatis maxime probabilis, eademque recepta iure in persona patris, vt existimetur in liberali erogatione bonorum suorum nolle extraneos liberis suis anteponere. *l. cum acutissimi. in fi. 5. de fid.* Nondum satis ad cõuentionem, donatorem hac mente fuisse, vt sibi donatum reddi vellet, nisi & donatarius eadem lege acciperet. Est enim conuentio non vnius voluntas, sed duorum pluriumue consensus. *l. 1. Digest. de pactis.* Sed etsi conuenisset tantum, vt res redderentur; non tamen efficeret hæc conuentio, vt caussã non secuta dominium ipso iure rediret ad donatorem, sed vt obligaretur tãtum donatarius ad reddendum. Hic ergo constitit beneficium huius legis; duo patrono donatori tribuens: primũ, vt eius mẽs & volũtas de infirmãda donatione

si susceperit liberos, rata sit, perinde quasi eam legem dixerit donationi, libertus autem eadem lege acceperit. nam hoc nisi fit, nulla est donatoris reuocatio *leg. si repetendi. C de cond. ob caus.* Alterum, vt videatur patronus ita legem dixisse, vt susceptis postea liberis nō redderetur donatū, sed pro nō donato haberetur, atque hoc modo ad donatorem rediret: libertus aūt in hanc ipsam legē cōsensisse. Vtrumq; recte pſumtū ex conditione personæ eius qui accepit, liberti. Est enim, cur existimetur libertus ꝓ officio idē sensisse, & cōcessisse patrono, propter honorē & affectum, quē debet cum patrono, tum liberis eius. Tacita igitur hic conuentio inter dantem & accipientem lege confirmata. Vnde & obligatio huius generis ex contractu, quia ex consensu. Non enim quia conuentio tacita est, eo minus valet, quam expressa. *l. 4. D. de pact.* Et quoniā donatarius obligatur hic ad reddendum; apparet eum re obligari, qui ideo obligatur, quia prius rē acceperat. *§. 1. Instit. quib mo. re cont. obl.* Ex quo condictio donati, quam hic quærimus, tanquam dati ob caussam caussa non secuta.

Cognita sententia legis de beneficio reuocationis, quod hic propter liberos postea susceptos tribuitur donatori patrono; superest, discutiamus diligentius, vtrum ex hac lege, aut vllo alio iure idem tribuatur, aut tribuendum putemus donatori extraneo. Vulgo, vt dixi, inualuit hæc sententia vetus, legem hanc ad oēs donatores etiam extraneos pertinere: vt quisqs liberos non habet, si donet, & postea susceperit liberos, eodem iure donata ad eum reuertantur. Et quidē ita accepta est hæc sententia iam olim etiam a Bartolo, vt ne in eam quidem ille inquirendam putauerit; vbiq; videlicet eam pro explorata sumens, & ad eā reliquas quæstiones & responsiones suas accomodās, maxime *ad l. Titia. §. Imperator. ff. de leg. 2.* De qua prius quā dico, paucis præfabor; si alicubi trāslata sit hæc opinio in mores aut legem scriptam, non esse ius iniquum, & vt reliqua iura seruandum esse. *leg. 2. l. de quibus. ff. de legi.* Sed etsi sint aliquæ præfecturę, aut aliqui magistratus, qui contrariam sententiam omnino non audiant; suadendum est, non esse temere suscipiendam defensionem eius rei, quæ obtineri non potest: præsertim vbi amissa caussa sequatur periculum famæ cum damno litis coniunctum.

18 Sed † si nobis res sit apud eos magistratus, qui patiantur se regi iure communi, & vinci rationibus, & q̄ritur, quid hic statuendum sit ex iure ciuili, & Pontificio, sine hæsitatione contendo nihil minus verum esse, quā donationē perfectā ab eo, qui liberos nō habuit, reuocari liberis ab eo postea susceptis; excepto solo patrono donatore, de quo ius singulare hic constitutū est. Id vt certius liqueat, paulo pluribus demōstrabo, omnia, in quibus sit aliqua auctoritas iuris, reclamare. Primum ipsam hanc *l. si vnquam.* maxime tātū abest, vt ex ea potuerit aut debuerit colligi ista sententia. Secundo loco ius commune in vniuersum, eiusque regulas. Tertio optimam sententiam Augustini de hac specie diserte contra scriptam, quæ & ipsa ꝓ iure accepta translata sit in ius Canonicum, & quodnam in eo fuerit etiam ius ciuile, dilucide ostendit. Omnia tamē hac lege, vt si forte apud aliquos hanc sententiam non obtinebimus, non ideo his superuacua sint ea, quæ supra de reliqua sententia legis disseruimus; sed pariter eos adiuuent; vt quæ ad omnem donatorem, cui ex hac lege reuocandæ donationis potestas est, ex æquo pertineant. Volūt aūt isti ad oēs donatores sententiā huius legis porrigi: quod nunc negamus. Iā ergo ad id refellendum, vt institui, quia minore cum damno id futurum est, libentius accedo.

In † primis, vt proposui, refragantur manifeste verba & ratio huius legis, quominus existimetur hoc beneficiū ꝑtinere ad donatores extraneos. Primū, vt nihil sit aliud, lex de patrono donatore, & liberto donatario tantū loquitur. Non enim ita scripta est, si quis cui donauerit, sed nominatim si patronus libertis donauerit. Hęc interpretatio in huiusmodi legibus apud omnes iuris auctores ꝓ certa recepta est, quoties lex de certis personis tātū loquitur, quibus aliquid beneficii tributum voluit, legem ad alias personas nō pertinere. *l. si vero. §. pen. D. sol. mat. quemadmodum dos pet. l. quod constitutum. D. de test. mil.* Quare quod patrono tantum nominatim hic tribuitur, non potest ex hac sententia non videri denegatum ceteris donatoribus. Quæ vt interpretatio a nullis veterum constituta esset; tamen manifesta ratio suadet legem ita accipi oportere. Est enim hæc in primis præceptis legum omnium, semper legem ita accipiendam, ne sit superuacua, aut inepta. *leg. 5. in fi. D. de capti.* quia scilicet aliter prudentiæ legislatorum non conuenit. At si *l. si vnquam.* sic accipimus, vt pertineat beneficium legis ad omnes donatores, nō tantum superuacue, sed etiam inepte refertur constitutio ad certam personam patroni. Cur .n. nominatim de patrono tantum dicitur, quod æque ad omnes pertinet? præsertim cum vt verius, sic & facilius dici potuerit hoc modo, si quis cui donauerit, quā si patronus libertis donauerit. Sed quo magis ex his verbis id dicamus, hoc accedit, ꝙ lex de patrono tātum non simpliciter loquitur, ei superius beneficiū tribuens; sed ita, vt tribuat ei beneficium nominatim sub conditione, si vnquā patronus libertis donauerit. Nihil est certius, quam quod supra posui, in omnibus legibus, in omnibus scriptis, atque conuentionibus, quod sub conditione datur, sub contraria conditione adimi, & contra quod adimitur sub conditione, sub contraria conditione dari. *leg. quibus. §. 2. Dig. de cond. & dem. leg. 1. ver. huius. D. de off. eius. leg. si procuratorem. 8. §. si ignorantes. in fine, iuncto. §. sequent. Dig. mandati. l. pecuniam ff. si cer. pet.* Quare hac cōditione tributa reuocatio, si patronus donauerit, nō potest ex his verbis, quin sub contraria conditione denegari intelligatur, si patronus liberto non donauerit. Idq; etiam ab istis qui dissentiunt, admitti necesse est vel ipsis auctorib. si modo sibi constent. Cur enim vulgo volunt non infirmari donationem, si donator liberos habens donauerit? nempe quia hac lege infirmatur sub conditione *si liberos non habens donauerit.* Ex quo intelligitur sub contraria conditione donationem statui. Itē cur volūt donationē, permutationē a patrono initam cū libertis nō reuocari ob liberos postea susceptos? q̄a reuocatio huius legis est sub conditione, si patronus donauerit. Vnde intelligitur sub contraria conditione cetera excludi. Postremo cur volūt liberis ante donationem natis, aut liberis postea nō susceptis donationem reuocari, cū potius conuenire videretur, vt ꝙ tribuitur natis postea liberis, idem tribuatur citius iā natis & superstitibus? non ob aliam caussam, quam ꝙ conditio hæc erat, si patronus postea susceperit liberos; qua conditione deficiente necesse est reuocationem denegari. quod nihil aliud est, quā denegari sub contraria cōditione. Concedant igitur oportet ex eadem hac sententia sua, beneficiū huius legis nō tribui extraneis donatoribus, q̄a hæc quoq; cōditionis legis

pars

pars sit, si donauerit patronus libertis, ipsi autē in reliquis partibus conditionis consentiunt, quod sub cōditione constitutum est, sub cōtraria denegari. Si ratio legis quæritur, non minus & hæc aduersatur sentētiæ superiori. neque enim eadem est cōditio extranei donatoris & donatarii, quæ patroni donatoris & liberti. Sed de hac ratione dicetur opportunius infra in iis, q̄ pro ista sententia afferri solent.

20 Venio † ad alias partes iuris, de quibus pariter constabit, non minus eas in vniuersum eidem sententiæ refragari: in quibus hæc sunt. Quæ ab initio recte gesta perfectaque sunt, euentu non infirmantur, quamuis in eū casum inciderint, a quo incipere nō poterāt: multoq; minus, si inciderint in eū, a quo poterant incipere. *l. in ambiguis.* §. 1. *ff. de reg. iur.* §. *furiosi. Inst. quib. non est per. fac. test.* Donatio quæ proponitur, iure perfecta est, nulla nominatim conditione addita repetendi. Quocirca nullo euentu liberorum postea susceptorum infirmari potest. præsertim cum liberis susceptis exstiterit ille casus, a quo donatio incipere ita poterat, vt non metueret donatarius reuocationem. nam si donator liberos habens donasset, effectum est donationē reuocari nō posse. Item, quæ cōsensu duorum pluriumue geruntur, ad ea gerenda, liberum est cuique accedere, aut non accedere. Re autem consensu semel contracta & perfecta, nulli contrahentium licet ab ea recedere inuito aduersario. *leg. sicut.* §. *de obl. & act.* Merito: est enim regula naturæ, quę dictat, nulli ius suum detrahendum. *l.* 2. *Digestis. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* qua eadem efficitur, actionem alicui semel quæsitam ad res acceptas persequendas, aut exceptionem quæsitam ad res retinendas nulli auferri posse. *l. habere in fi. D. de euict. l. vlt. D. de pac.* Proinde nec poterit auferri donatori in proposito, postquam res donatæ simpliciter in eū translatæ sunt. Hinc superior regula cum in aliis negotiis omnibus, tum maxime in donationibus obtinet: de qua hæc nota est, & crebro vsurpata iuris certi sententia, semel perfectam donationem, cui lex ab initio dicta non sit, reuocari non posse. *l. cum ancillam. l. si repetendi. Cod. de cond. ob caus. l.* 5. *l.* 6. §. *de reuo. don.* Vna exceptio est in donatione, nisi sit iusta aliqua caussa donationis reuocandæ. Hanc .n. ob ingratitudinem donatarii reuocari posse constat. *l. vlt. & toto tit. hic.* non alia ex re, quā quod hęc reuocationis iusta caussa habita est, ingratitudo donatarii. Sed tamen reuocandi iustā caussam semper subesse oportet. At vbi extraneus donator liberos suscepit postea, nulla hic caussa est ad donationem reuocādam. Erit enim hæc caussa aut in donatario, aut in donatore, aut in liberis post susceptis. Nihil horum est. Nō est vlla omnino in donatario, q̄ nihil admisit, quāobrē donatū amitteret, vt fit, cū donatarius se ingratū præbuit. Non est in donatore, qui simpliciter donans nihil ostēdit, cur vellet aliquo casu donata ad se reuerti. *l.* 1. *ff. de don.* Et vt forte apud se fuisset hoc animo, vt vellet aliquid sequi, quo non secuto nollet donatum manere; tamen nihil hoc ei prodest ad reuocationem, nisi nominatim eam caussam & conditionem adiecerit donationi: placetque non propterea donationem reuocari posse, vt diserte traditum est *in d. l. si repetendi.* §. *de cond. ob caus.* Non est etiam caussa ad reuocandum in liberis postea susceptis. Nam si nati sunt facto donatoris, vtpote ab eo procreati, nemo facto suo actionem exceptionemue alteri quęsitā pōt ei auferre, aut mutare. *l. debitorem.* §. *de pig.* & generaliter nemo alterius conditionē pōt deteriorē facere. *l. soluendo. ff. de neg. gest. leg. non debet alteri. Dig. de regulis iuris.* Sed & propter liberos solum non reuocari donationem ex hac lege, hinc facile intelligi potest, quod lex reuocationem solum dat ob liberos postea susceptos, & ei qui tunc cum donabat, liberos non habuit. Quod sane futurum non erat, si lex in eo habuisset rationem liberorum. Nam alioqui idem tribuisset & natis iam ante, quibus vt filiis non minus consuli oportuit. Fortasse etiam magis propter prærogatiuā nascendi. Adde his ex iure communi exemplum legatorum, quod superiorem sententiam perspicue refutat. Constat facilius reuocari legatum voluntate testatoris, quam donationem voluntate donatoris. Nam legata pendent ex vnius testatoris voluntate, eaque ambulatoria vsq; ad vltimum vitæ spiritum. quamobrem & sola voluntate testatoris etiam tacita reuocantur. *l.* 3. *in fi. l.* 4. *ff. de ad. leg.* Donatio quoniam duorum consensu constat, non potest donatoris voluntate reuocari inuito donatario. *d. l. sicut.* §. *de obl. & act.* Atqui legatum ipsum propter liberos postea a testatore susceptos non reuocatur. finge aliquid relictum codicillis ab eo, qui liberos non habebat, deinde postumum natum. placet nihilominus legata deberi ab intestato. *l. ab intestato. D. de cod.* finge testamentum factum preterito postumo, aut liberis iā natis, quos putabat pater mortuos. Placet ad eos liberos, qui postea exsistent, sic hereditatē pertinere infirmato testamento; vt nihilominus legata eo testamēto relicta debeantur. *auth. ex caussa.* §. *de lib. præt. vel. exh. l. vlt. ff. de her. inst.* quo fit, vt nihil eorū propter susceptos postea liberos reuocetur. Multo ergo minus liberis post donationem donatori natis, propter eos reuocabitur donatio. Siue enim quæritur facultas reuocandi in eo, qui legauit donauitue; hæc plena est & libera est in testatore legante. siue reuocandi voluntas; multo plus tribuitur supremæ voluntati, quam viuentium. *leg. prima. supra. de sac. ecc. l. vel negare. ff. quem. test. ap.* Quare si is qui cum vult legatum reuocare, potest, non intelligitur tamen reuocare, si ei postea liberi nati sint, qui & sint heredes: multo minus existimandus est reuocare donationem ob liberos postea susceptos, qui etiam si velit, id facere solus non potest.

Tertio † loco exstat de hac ipsa specie, quam tractamus, sententia Augustini. quā si audimus, omnis quęstio tollitur. Exstat autem *in c. vlt.* 17. *q.* 4. Ibi inter alia hæc verba sunt: *Quam laudabile factum sancti Aurelii Carthaginiensis episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes retento sibi vsufructu donauit ecclesiæ. nati sunt ei filii nec opinanti. Agnoscimus per omnia ipsissimam speciem, de qua nunc quaritur. De iure ita subiicit: reddidit episcopus ea, quæ ille donauerat. In potestate habebat episcopus non reddere, sed iure fori, non iure poli.* Hactenus ille, quod ad hunc locum pertineat. Ait igitur in specie proposita susceptis postea a donatore liberis, non eo magis donatarium cogi donata reddere, eoque nec ad donatorem reuerti, id quod volumus. At quo iure? iure fori, inquit, id est, eo iure, quo in foro vtuntur, id est, iure publico, legibus, constitutionibus, moribus. hæc enim sunt iura, quæ iubetur quiuis iudex in foro obseruare. *Institut. de off. iud. in principio.* Si quæritur, an hęc sententia pro iure habenda sit, nō potest dubium esse apud eos, qui iuri pontificio iuris publici auctoritatem tribuunt, quod faciunt ii fere, qui sententiam illā vulgarē defendunt. Nā sententia Augustini supior in ius canonicum relata est. Sed tamē dicēt aliter iure 21

ciuili cautum, nec posse in hac re Ius Pontificiũ iuri ciuili derogare: ideo de iure ciuili hic quærendum esse. Agnosco vere dici, ac volo etiam sententiam Augustini in hac re sic accipi, vt sit tantum priuati hominis sententia, quæ ipsa per se pro iure non valeat. At certe illud tenebimus, saltem haberi eam debere pro idoneo & vero testimonio, quo ille testatur iure ciuili, & publico non reuocari donationem donatori extraneo ob liberos ab eo postea susceptos, quãuis tunc cum donabat, nullos habuerit, nec speraret. Nam Augustinus etiam iuris doctrina eruditus fuit, vt multa eius scripta indicãt. Sed eo non moueor. Esto, nõ fuerit ille iurisconsultus. at quod inter oẽs doctos & pios conuenit, vir fuit præter eximiam doctrinam, summa tum pietate, tum prudentia præditus. fecit pietas, vt nollet mentiri: prudentia, vt nollet temere affirmare, quod nesciret; quod est summæ stultitiæ. Hinc intelligi volumus, Augustinũ, cum superius illud scripsit, aut ipsum per se cognouisse, ita ius esse. aut si ius non didicerat, Iurisconsultos sui tẽporis eruditos consuluisse, a quib. intelligeret, quid de ea re in foro seruaretur, atq; id ius pro certo accepisse. Quæ res declarat fuisse hanc illius temporis Iurisconsultorũ receptã sententiam. Ex qua ẽt intelligimus statuisse eos donationem propter liberos postea susceptos non tantum non reuocari iure alio quouis cõi; sed nec *l. si vnquam.* de qua præcipue quæritur; si quidem ea iam multo ante edita tum in vsu erat. Est enim lex Cõstantii. Augustinus aũt vixit temporib. Theodosii prioris & posterioris, qui longo post tempore secuti sunt Constantiũ. Quæ cum ita sint, res mihi dubitationem habere non videtur, quin in donatore extraneo, qui liberos nõ habẽs donauit, nõ reuocetur donatio propter liberos postea suceptos: præterquam si sit inofficiosa donatio, de qua postea nonnihil dicemus.

Reliquum est, vt quæ contra afferantur ad defensionẽ vulgaris illius sententiæ, cognoscamus, de quib. iam dicam, & sigillatim respondebo. Et primum ac præcipuum firmamentum eius sententiæ illis positũ est in hac *l. si vnquã.* qua & id ipsum statui volunt. Atqui iam ante satis ostendimus non modo id ex verbis
22 non colligi, sed etiam verba aperte reclamare. Et † de verbis, non negant id verbis non exprimi, quod & ipsum negari nõ põt. Est enim lex nominatim scripta de patrono donatore, & libertis donatariis. Sed dicũt effici legis sententia. Sententiam enim intelligi ex ratione legis; hanc autem eamdem esse in extraneis donatoribus, & donatariis, quæ in patrono donatore, & donatariis libertis. Porro in quib. caussis eadem ratio est, in his etiam ius idem statui debere, quia lex id senserit. *l. illud ff. ad leg. Aquil.* De hac vero ratione & collectione duo respondemus: primum verum non esse, eamdem esse rationem legis in extraneis donatoribus & donatariis: quæ in patrono & libertis. deinde vt esset eadem; tamen valde errari, cum quod patrono singulari iure hic tribuitur, transfertur & producitur ad alios casus quamuis similes. Primum hoc fatemur communia hæc esse patrono cum extraneo donatore in specie proposita, quod tam extranei donatores, quã patronus donare possunt liberos non habentes, & postea suscipere liberos. Sed hoc dissimile est, quod in donatione patroni donator est patronus, donatari⁹ libertus: in donatione extranei, vterque extraneus, & qui donat, & qui accipit. Non est vero eadem cõditio istarum personarum; ne ratio quidem in his eadẽ, sed longe diuersa: non dico aliis in rebus, sed in ea ipsa, de qua agitur. Extraneus quidem donator liberos nõ habens si donet, existimari põt hoc animo esse, vt liberis susceptis, si forte suscipiat, redeat donatum, nõ minus quam patronus donator; quia ambo sunt patres; proinde paterno, id est, eodẽ affectu erga liberos. Sed inter donatarios hoc interest, quod libertus a patrono accipiens videtur eadem lege accipere, qua patronus pro affectu donare intelligebatur: nimirũ vt natis postea patrono liberis reddat donata. quod de extraneo donatario dici non potest, atq; hic constitit differentiæ ratio manifesta. Vt libertus donatarius videatur eadem mente esse, qua patronus in donatis reddẽdis, facit conditio personæ, duabus de caussis. Primum libertus propter beneficiũ manumissionis oẽm honorẽ debet patrono. nec tantum patrono, sed & eius liberis. *l. si quis a liberis. §. vtrum. ff. de agn. lib.* Huic honori conuenit, vt patrono desideranti velit libertus præstare omnia, quæ põt sine damno suo, alioqui ingratus futurus. *argu. in l. ingratus. ff. de iur. pat.* At desiderãte patrono donata ad se redire, potest libertus ea reddere sine damno suo, nihil .n. hic de patrimonio suo deminuit, qui accepta reddit. Tum aũt præter honorem etiam bona ipsa sua propria debet libertus patrono, cũ res exigit. Nã patronũ egentem alere debet de suo. debet & liberos patroni egentes. *d. l. si quis a liberis. §. solent. & §. vtrum. de ag. lib.* Item & moriens libertus bona sua relinquere debet patrono certis cõditionibus. Etiam intestati bona ad patronum, eiusq; liberos certis item conditionibus redeunt. *§. sed nostra. Instit. de suc. lib.* Qui sua propria patrono largiri debet, cum opus est, non mirum, si reddere debet ea, quæ sunt profecta a patrono, cum res postulat, & voluntas patroni, quod fit, cum patronus liberos nõ habẽs donauit, & postea liberos suscipit. Nihil simile in donatariis extraneis, qui neq; honorẽ donatori extraneo debent, qualẽ liberti patrono; & multo minus illi debent bona, quẽ neq; egentẽ alere necesse habẽt, neq; morientes heredem facere. Perspicuum est igitur non esse in his eamdẽ rationem, quæ vt in liberto suadeat eos donata reddere debere donatori extraneo, quamuis liberis postea a donatore susceptis.

Sed † vt concedamus eãdem rationem esse in omnibus, qui donant liberos nõ habentes, & qui ab his accipiunt; tamẽ ratio iuris prohibet, quominus quod hic patrono tribuitur, transferatur ad alios, etiam in quib. par videri possit caussa. Certi iuris regula est, ꝙ contra iuris rationem receptum est, non esse producendum ad consequẽtias. *l. quod vero. ff. de leg. l. quod contra. ff. de regul. iur. c. quæ a iure. ext. de reg. iur.* Cuius hæc sententia est; quæ constituta a iure communi recedunt (sic enim explicatur *in d. c. quæ a iure.*) ea non sic esse producenda ad alios casus, vt dicamus, quia ꝓponuntur ii casus, in quibus forte eadem ratio sit, ideo consequens esse, vt in his idem admittatur. At beneficium, quod hic tribuitur patrono, est huius generis, atque adeo bis singulare ius habet, constitutum aduersus manifestam rationẽ & formam iuris communis. Illud primũ, quod conceditur, reuocatio donationis saltem ob id, quod donator postea liberos susceperit. constitutum aduersus certas iuris sententias, quibus efficitur, quæ recte ab initio gesta sunt, & præsertim quæ duorum consensu constant, non infirmari vllo euentu inuito aduersario, quemcumq; in casum reciderint, *vt s. ostendimus.* Et maxime id receptum est in donatione, cum donationi nulla conditio repetẽdi adiecta est. *l. si repetendi. s. de cond. ob caus.* Preterea 23

terea & illud singulare in hoc beneficio, quod placet donatum redire ad donatorem ipso iure. quo continetur, vt & recedat dominium rerum donatarum ab inuito donatario sine facto eius, & transeat ad donatorem sine traditione. Vtrumq; aduersus regulas certi iuris. prius aduersus *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* posterius aduersus *l. traditionibus. s. de pact.* Quæ cum ita se habeant cum in verbis, tum in ratione ac sententia *l. si vnquã.* erepta est, ni fallor, omnibus facultas superiorem sententiam ex ea lege defendendi.

Sequitur alterum argumentũ eius sententiæ, sumtum ex *l. si totas. sup. de inoff. don.* vbi proponitur pater omnia bona sua contulisse in filios emancipatos, quos iam tum habebat. cumq; illi postea nati essent alii filii vel nepotes, placet donationem reuocari, vt qui postea nati sunt, debitum bonorum subsidium, id est legitimam, consequantur. Sed hoc dictum est de inofficiosa donatione: quod ad reuocationem. *l. si vnquam.* nihil pertinet. Et ideo illic reuocatur donatio, quãuis is qui donabat, liberos tũ habuerit, & reuocatur vsq; ad legitimam dumtaxat. Quorum vtrũq; in beneficio *l. si vnquam.* contra fit. nam & hic cessat reuocatio, si qs liberos habens donauit; & cum reuocationi locus est, reuocatur totum, quod donatum est, non pars tantum. Quod eo pertinet, vt si donatio erit inofficiosa, semper reuocetur ex ea caussa ad legitimam liberorum. Est autem inofficiosa, quæ nec legitimam patrimonii relinquit liberis, quod fit, cum olim excedebat dodrantẽ debitæ ab intestato portionis, nũc bessem, aut semissem pro numero liberorũ. Hũc modum, inquã, cum donatio excedit, quatenus excedit reuocari põt a liberis; q̃squis erit, qui accepit siue libertus, siue extraneus; nec intererit liberos habuerit donator, cũ donabat, an non habuerit: ac ne illud quidem, quinam sint liberi, an qui tempore donationis iam nati erant, an qui sunt nati postea. Quod si donatio consistet intra eum modum, eoque inofficiosa non erit, etiam vna sit reuocandi caussa in liberis, non reuocabitur ex *leg. si vnquam.* ne propter liberos quidem postea susceptos, si donator erit extraneus, siue is iam ante habuerit liberos, siue tum non habens postea susceperit. Non sunt hæc contraria.

24 Nam † inter reuocationem ex hac lege, & reuocationem inofficiosæ donationis multum interest in omnes partes, siue caussa reuocationis spectatur, siue ipsius reuocationis ius & conditio. Caussa reuocationis longe dissimilis, eaque dupliciter. Nam *ex leg. si vnquam.* quamuis non sit inofficiosa donatio; reuocatur tamen ob liberos postea susceptos, dum is qui donauit, non habuerit liberos, cum donabat. nec refert, quantam partem bonorum suorum donauerit, magnamne, an minimam. Ex caussa inofficiosæ donationis reuocatio nulla est, vt apparet, nisi prius inofficiosam posueris. Item ex *l. si vnquam.* ita est reuocatio donati ob liberos postea susceptos, si donator tum cum donabat, liberos nõ habuerit. quod si habuit, neq; ꝓpter iã natos reuocatur, neque propter eos qui postea nati sunt. Inofficiosa autem donatio patris vt liberos omnes offendit, eorumque caussa constituta est, ita reuocatur propter omnes liberos, siue qui iam tum cũ donabatur, nati erant, siue qui postea nati fuerint.

25 Reuocationes † autem ipsæ ex his caussis, multo pluribus rebus inter se dissident. Ex *l. si vnquam.* donator ipse reuocat donationem. Inofficiosam donationẽ patris soli liberi. Ex *l. si vnquam.* si donator reuocat, nempe reuocatur donatio eo viuo. non enim reuocat quisquã, nisi viuus. Inofficiosam donationẽ reuocant liberi mortuo tantum patre donatore ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est querela inofficiosæ donationis. *l. vlt. s. de inoff. don.* Ex *leg. si vnquam.* totum aufertur, quod donatum est. Inofficiose donatũ eatenus, quatenus inofficiosa donatio est. *l. si mater. in fi. s. de inof. don.* Nec refert, in quẽ donatio collata sit, filiumne donatoris, an extraneum. Nam nec aduersus extraneum reuocatur latius, sed in hac re liberi & extranei donatarii comparantur *in leg. 1. supra eod.* Postremo ex *leg. si vnquam.* reuocatur donatio ipso iure, id est, ita, vt statim post liberos susceptos donata redeant ad donatorem. Inofficiosa donatio non item donata adiicit liberis; sed dumtaxat ꝓposita querela ad exemplum querelæ inofficiosi. *l. 2. l. cum donationibus. l. pen. & vlt. s. eo.* Huic autem renunciare possunt. possunt & decedere ante, quam querelã moueant. quibus casibus non transmittitur querela ad heredes, eoque nec reuocatio donationis, de quibus dicendum est alias pluribus. Quæ cum tam multa tamque dissimilia insint in his reuocationibus, & quidem ex iure certo: si qui sunt, qui eas comparent, vt quod de vna dicitur, transferãt ad alteram, hi comparant inter se res dissimilimas, & manifesti iuris imperitia labuntur.

Quæret † ergo aliquis, vnde sit dissimilitudo istarũ rerum, quæ vnam caussam communem habere vidẽtur, nempe donatoris liberos. Differentiæ ratio hæc est, quod qui donat liberos nõ habens, hac mente est, vt sibi consulat, id est, vt sibi donatum reddatur, si postea liberos susceperit. Hanc cogitationem si lex confirmat, vt fit in patrono donatore, consulit lex donatori, non liberis; nisi quatenus per patrem donatorem etiam ad ipsos eædem res rediture sint. Ideo solũ hic quod vtile sit, & conueniat donatoris voluntati considerandum fuit. Illud autem in primis exigendum, vt tunc donauerit, cum liberos non haberet: quo scilicet intelligatur, si haberet, daturus non fuisse, eoq; & his susceptis donatum nolle. Inofficiosa autem donatio quæ sciente patre fraudat liberos legitima portione, fit & manet etiam secundum voluntatẽ patris, ac soli liberi hic iniuria afficiuntur. Quocirca nõ fuit hic reuocatio donatori danda, qui sibi cõsultum noluit; sed fuit consulendum liberis fraudatis, & consulendum quatenus sunt fraudati, nec dissimiliter, quam si testamento illis quarta relicta non esset. 26

Tertium argumentum vulgaris sententiæ, & quo maxime ductus videtur Accursius ad *l. si vnquam.* (nã hanc rationem solam reddit, vt eamdem reuocationẽ tribueret extraneo donatori, quæ illic tribuitur patrono) est illa ratio, qua vsus est Iustinianus in testatore, *in l. cum acutissimi. in fi. s. de fideic.* non videri scilicet testatorem alienas successiones propriis anteponere. Ex ea enim colligitur id, quod responsum est a Papiniano *in l. cum auus. ff. de cond. & dem.* & confirmatum ac productum longius *in dict. l. cum acutissimi.* si testator filio suo herede instituto, rogauerit eum, vt post mortem suam restitueret hereditatẽ extraneo: videri fideicommissum relictum sub conditione, si filius sine liberis decesserit, ac liberis postea natis deficere fideicommissum. Hinc effici volunt, & si quis qd inter viuos donauerit extraneo, eadẽ ista ratione videri eũ velle donatum manere hac conditione, si liberos nõ susceperit. proinde his natis postea donationẽ reuocari. Sed vitiose admodum id colligitur. Primũ, quia superior ratio & sententia pertinet ad successionem

& hereditatem defuncti; ad legata ab eo relicta reuocanda non pertinet. Tum autem, vt pertineret etiam ad legata, & supremas omnes voluntates; tamen ad donationes transferri non debet, nec potest. Ad successionē & hereditatem a defuncto ipso relictam fateor pertinere, fitque hoc modo. Nam si testator liberos non habens instituat extraneum heredem postumo præterito, deinde liberis postea natis decedat; testamento, quod ad successionem attinet, euanescēte liberi sunt heredes scripto herede excluso. *auth. ex caussa. supra de lib. præt. vel exh.* Idemque est, si testator existimans filium mortuum, quem habebat, extraneum heredem instituerit, deinde exsistat filius, qui vindicet hereditatem. *d. l. vlt. ff. de her. inst.*

27 At † hoc nō item pertinet ad legata a testatore relicta. Nam si testator liberos non habens legata aut fideicommissa reliquerit vel testamento, vel codicillis, quamuis postea nati sint illi liberi, non eo tamē magis legata reuocantur, sed debentur ab heredibus legitimis, etiam rescisso propter liberos testamento. *d. auth. ex caussa. d. l. vlt. de her. inst. l. ab intestato, ff. de iur. cod.* Neque offendemur superiore illa sententia, non videri testatorem alienas successiones suis anteponere. Non. n. hic in successione defuncti anteponuntur extranei & alieni liberis, sed liberi omnibus; cū & hic defuncti patris sint successores exclusis scriptis iisque alienis heredib. Quod si ob liberos a testatore susceptos nō reuocātur legata ante ab eo relicta, nec quominus id dicamus, superiore ratione impedimur: multo minus ob eamdem istam rationem reuocabitur donatio liberis a donatore postea susceptis; cum, vt ante dixi, legata sola voluntate testatoris constent, donatio duorum consensu, & vt non nisi horum cōsensu perfici potest; sic nec nisi vtriusque consensu resolui. *l. sicut. sup. de obl. & act.* Sed amplius dicimus, etsi maxime ex superiore ratione & hereditates & legata a testatore relicta reuocarentur liberis postea natis testatori: tamen non recte transfertur hoc ius ad donationes inter viuos factas. Quamquā enim qui donat inter viuos, eodem animo est, quo testator, vt scilicet velit, si sibi nascantur liberi postea, donatum ad se redire; non est hoc tamen satis ad reuocationē. exigitur amplius & in testatore, & in donatore, vt quod voluit, etiam potuerit iure, id est, vt in eo quod voluit, rata sit iure eius voluntas. Atqui hoc testatori concessum est: donatori nequaquā. Vti quisque legassit rei suæ, ita ius esse iubetur legibus. *l. verbis. D. de ver. sign.* vnde vt legata valent sola voluntate testatoris, ita & sola eius voluntate licet tacita reuocantur. *l. 3. §. vltim. l. 4. ff. de adi. leg.* Non eadem potestas est donatoris in reuocandis donationibus. Non perficitur quidē donatio ab initio nisi voluntate eius. At semel perfecta non potest ab eo ex pœnitentia reuocari; vt ante ostēdimus. *l. cum ancillam. l. si repetendi. sup. de cond. ob caus. l. 5. l. 6. sup. de reuoc. don.* quippe quæ, vt modo dixi, perfecta sit duorum consensu. quo fit, vt non possit, nisi vtriusque consensu ab ea recedi. *d. l. sicut. sup. de obl. & act. l. ab emtione. ff. de pact.* Vna exceptio cōmunis hæc est, nisi quis donauerit ob caussam, & caussa secuta nō sit. Sed hanc nominatim adiici oportet. quam si quis apud se cogitat, & sequi vult, neque aperte in donando adiicit, placet nihil ei prodesse. & quāuis nihil eiusmodi secutū fuerit, quale sperabat, nihilominus manere integram donationem, vt iam diximus diserte scriptum esse *in l. si repetendi. s. de cond. ob caus.* Nihil igitur superior illa ratio l. *cum acutissimi.* ad rem pertinet, si de legatis a testatore relictis propter liberos postea ei natos reuocandis agitur, multoque minus, si agitur de donationibus propter liberos a testatore susceptos reuocandis. Et vero nec de institutione ipsa testatoris, qua heredem sibi instituat, quæque reuocetur liberis postea illi natis, species illic proponitur: vt nihil relinquatur ex eo loco, quod pertineat ad donationem ab eo, qui donauit, reuocandam propter liberos ab ipso postea susceptos.

Plane sic potest reuocationi & legatorū & donationis locus esse, si in his ea concurrant, de quib. in fideicommisso restituendæ hereditatis cōprehensum est *in dict. leg. cum acutissimi. de fid. & l. cum auus. ff. de cond. & dem.*

In † legatis quidem hoc modo, si proponas testatorem quid legasse filio, & rogasse eum, vt post mortē id restitueret Titio. Tum enim recte dixerimus in fideicommisso, quod hic datur Titio, inesse conditionem tacitam, si filius qui rogatus est restituere, decesserit sine liberis. Itaque nullis liberis relictis deberi fideicommissum. his relictis fideicommissum, nec datū videri, sed transire ad filii liberos. Coniectura voluntatis non obscura ex eo, quod filium rogando, vt tantū post mortem suam legatum restituat, perspicuum sit voluisse eum legatum non aliter a filio recedere, & transire ad extraneum, quam si filius esse desiisset. Atqui is in filiis perpetuo viuere intelligitur, & certum est eos filios, qui testatori sunt nepotes, non minus, immo magis auo dilectos & caros fuisse. *l. liberorum. D. de ver. sig.* Quare qui voluit legatum perpetuo apud filium manere, is vtique voluit manere & apud filios eius suos nepotes. vt sic videatur semper mansisse apud filium in eius liberis; & maxime, si res in contentionem veniat cum extraneo, vt quærendum sit, qui in legato aui præferendi sint, nepotesne defuncti, an extraneus. In qua contentione semper vincet ratio, non videri auum alienos successores suis liberis prætulisse, iuxta rationem *d. l. cum acutissimi.* Extraneo si leget testator, & roget eum post mortem suam restituere Titio, nihil caussæ dici potest, cur post mortem legatarii fideicommissum non debeatur, etiam si ille decesserit relictis liberis; quia non minus hi liberi testatori extranei sunt, quā Titius: vt nihil sit in his, cur propter eos velit testator legatum ademtum Titio, & ad istos potius transire. Sed etsi filio suo legans pater, roget eum legatum restituere Titio statim, aut post certum tempus; quamuis liberos suscipiat postea, & habeat die fideicommissi cedente, Papiniani & Iustiniani sententia est, eum cogi omni modo restituere, qui de eo filio tantum loquuntur, qui iussus est post mortem suam restituere hereditatem. *d. l cum auus. de cond. & dem. d. l. cum acutissimi. sup. de fid.* Idque ratione ipsa Iustiniani efficitur. non enim dicendus est pater in ea restitutione videri alienum suo successori anteposuisse, cum filium in eo siue legato, siue hereditate perpetuo successorem esse noluit, translata ad aliū hereditate, aut legato per fideicommissum. Quod si illa concurrent, vt & filio legatum sit datum, & idem rogatus restituere post mortem suam; tum recte defendemus idem probandum esse, quod ante diximus, id ipsum quod iuris esse dicitur in supra scriptis locis, cum filius heres institutus est, & rogatus post mortē suam restituere hereditatem.

Quo † exemplo idem ius & in donatione inter viuos admittere possimus, vt si pater inter viuos filio emancipato quid donauerit ea lege, vt id post mortē suam 29

suam restitueret Titio; tum filio decedente sine liberis, sit Titio vtilis actio ad petendum donatum, vt esse in hac specie placet *in l. quoties. sup. de don. quæ sub mo.* sin decedat filius relictis liberis, nihil debeatur Titio; sed donatum apud liberos filii donatarii maneat. eadem illa ratione videlicet, vt qui filium suum id donatum perpetuo habere dum vixit, voluit, velit etiam eũ habere in filiis suis, si quis post se relinquet, in quorũ persona, & ipse viuere intelligitur. præsertim cum & hi filii sint donatori liberi: caritas autem aui in nepotes suadeat ita existimare, auum magis consultum voluisse nepotibus suis, quam extraneo. confirmaturq; coniectura ex eo, quod prius eodem isto animo fuit in filium in hac ipsa donatione. neque vero plus dilexit filium, quam nepotes. Sed recte hæc dicuntur in donatione futura, & pendente, quæ filio mortuo donatum adimens collata est in extraneum, qualis est ea, quam modo proposuimus. Hæc quia nondum perfecta est, sed pendet donec filius viuit, voluntate donatoris impediri potest, ne impleatur, & ad hoc solius eius voluntas sufficit, neque consensum Titii exigimus. Quæ enim duorum consensu geruntur, nõ perficiuntur, nisi consensus vtriusque concurrat. *l. in omnibus. Digest. de obl. & act.* At vbi donator ipse viuus donauit, & perfecit donationẽ, quæ species est, de qua agimus: sciamus nihil prodesse donatori cogitationẽ & voluntatẽ de reuocanda donatione, si liberos postea susceperit. Nisi hanc conditionem adiecerit, donatio perfecta est. perfecta non potest reuocari inuito aduersario. *d. l. si repetendi. sup. de cond. ob caus.*

Hactenus ergo constat nihil adferri ex iure ciuili, quo vulgaris superior sententia, vel tenuiter defendi

30 possit. Sed † huius iuris defensione erepta, moueri possunt piæ mentes saltem sentẽtia illa superiore Augustini. de qua etiam quarto loco nonnihil dicendũ est. Scribit ille, vt supra retulimus, liberis in specie proposita postea patis donatarium non cogi reddere donata iure fori, id est, iure publico & legibus, at cogi reddere iure poli. Opinor, polum dicit id, quod scriptura sacra vocat regnum cœlorum. quo verbo intelligitur nõnunquam aut ecclesia, in qua Deus regnat, aut doctrina cœlestis, per quam Deus regnat in ecclesia. sic accipitur aliquoties Matt. 13. Itaque hæc sentẽtia erit Augustini, re donata ab eo, qui liberos non habebat, si is postea susceperit liberos, cogi donatarium iure diuino & mandato Dei donata reddere. Omnes autem mandato Dei parere debent. Et quod Augustinus dicit hæc in proposito non necesse esse reddi iure publico, recte dicit: idque inde nobis liquet, quia probatur manifestis sententiis iuris ciuilis, & inprimis. *l. si vnquam.* quę beneficium singulare patrono tribuẽs ceteros donatores excludit. Quod autem dicit iure diuino cogi donatarium reddere, recte fecisset, si addidisset probationem ex verbo Dei.

31 Sed † tamen defendi potest Augustinum etiam in hac re recte dicere; sed in persona ecclesiæ, de qua loquitur, vt constat ex toto illo *c. vltim. 17. quæst. 4.* vbi refertur illius sententia: & magis ex sermone 52. ad populum Hipponensem, vnde illud fragmentum transsumtum est. Longe alia est persona ecclesiæ, quę donatum accipit, alia priuatorum. Licet priuatis etiã ex verbo Dei sua tueri, & quod recte acceptum sit, vbi nulla sit conditio reddendi iure cognita, id retinere. Non idẽ licet ecclesiæ in rebus ab eo acceptis, qui liberos non habens donauit, ac postea liberos suscepit. Nam ecclesia est mater omnium nostrum; quæ etiam de suo debet egentes alere, vt est officium parentum. Multo magis igitur si quid donatum acceperit ecclesia ab eo qui liberos nõ habebat, cui nati sunt postea liberi, id debebit reddere, vt inde filii alantur. sed & eo magis, quod parentum bona quodammodo sunt filiorum. *l. vlt. D. de bon. dam.* quibus proinde ea reddi æquum & honestum videtur. Loquitur igitur Augustinus de iure proprio ecclesiæ, quod ad priuatos donatores non pertinet. Idque cum ex aliis plerisque eius sententiis intelligi potest, quæ sunt in eo sermone, quem dixi; tum maxime ex his duabus. Primum si pater filio suo iustis de caussis exheredato instituerit extraneum heredem, nemo, opinor, non fatebitur licere huic priuato etiam ex verbo Dei retinere eã hereditatem, quæ meritis de caussis indigno filio ablata est. At si idem exheredato filio fecerit heredem ecclesiam, negat eo loco Augustinus ecclesiã suscipere debere hereditatem, *vt & refertur in dict. c. vlti. 17. q. 4.* Idem in eodem sermone scribit ad hanc sententiam; si qui compilarint nauem, aut in caussa fuerint, vt periret nauis, & naufragium faceret; eos magister nauis fluctibus eiectos traderet magistratui, vt de submersione nauis quęreretur, & torquerentur a iudice, qui essent de fluctibus liberati. *Sed non eos daremus*, inquit: *nullo enim pacto hoc facere deceret ecclesiam.* Apparet igitur loqui Augustinũ de eo, quod decet, valetque ad bonam famam. decet tamen ecclesiam, non etiam conuenit personæ cuiusque priuati. Quibus ita constitutis tam quæ ad confirmationem veræ sententiæ valent, quam quæ pertinent ad confutationem contrariæ; non dubitabimus statuere in summa id, quod supra disseruimus pluribus; nullo iure ciuili, aut Pontificio donationem inter viuos nulla re ciuili, aut Pontificio donationem inter viuos nulla addita caussa donandi recte perfectam, reuocari ideo, quod donator, cum liberos non habens donasset, liberos postea susceperit: præterquam in patrono donatore, cuius hoc proprium beneficium est illis conditionibus, quas dixi, ex *l. si vnquam. C. de reuo. don.*

# TITVLI DIGESTORVM, DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN

*factum actionibus, hic tractandi ratio, eiusq; argumentum & summa.*

## CAP. I.

Magna ratio est, cur de præscriptis verbis & in factum actionibus scribam hoc tempore, atq; hoc loco, sententiam maxime persecutus eius tituli, qui in Pandectis exstat hac ipsa inscriptione. Etsi enim occasio illa, de qua superiore epistola sum p̄fatus, ad hanc curam satis videri potuit: tamen vt sunt ea, quæ mihi antecesserunt, ipsa res me, vt facerem, multo magis debuit inuitare. Scripsi anno superiore in titulos Codicis, de pactis, &, de trāsactionibus, nec tam in illos titulos, quam disputatio illa huc spectauit, vt vis pactorum a nobis explicaretur. Porro sic quæstio de actione præscriptis verbis, sic totius illius tituli tractatio ad quæstionem de pactis pertinet, vt nequeat separari. non enim ita pertinet, quasi quæ genere disiuncta, tamen ad partem aliquam de pactis melius intelligendam conducat: sed tanquam quæ sit ex media quæstione de pactis, atque adeo optimā eius quæstionis partem contineat. In titulo de pactis, de vi pactorum quæritur. atqui vis pacti, quod quidē ad agendū prosit, posita est pæne tota in ea actione, q̄ præscriptis verbis nominatur. vnde tot locis sub titulis, de pactis, &, de trāsactionibus, eius actionis fit mētio. Sed quod præcipue animaduertendū est, titulus ipse de præscriptis verbis totus hanc summam habere reperietur, vt, cum præter conuentionem quid datū a me, aut factū est, vt vicissim mihi dares, aut faceres; norimus, quæ hic conuentiones, & quatenus valeāt, quæq; sit ex his actio, cum ad petendum, quod cōuenit, tum ad id, quod datum factumue est, reuocandū. in quo de vi pactorum agi perspicuum est. Neque vero alia quæstio est, quæ est exposita breuius ab Vlpiano *in l. iuris gentium. §. 1. Dig. de pact.* Ita fit omnino, vt aut nusquam eius tituli tractatio locum habeat, aut ad quæstionem de pactis, cuius pars, vel appendix quædam est, debeat referri. Quamobrem cū, vt dixi, scripserim antea de pactis, in quo eius quæstionis explicationem susceperim: necesse est videri me aut institutæ disputationi non satisfacere, sed relinquere incoatam, aut huius quoque partis, quæ illius propria est, explicationē adiungere debuisse. Quod posterius cū fecerimus, oēs intelligere debebunt, sic nos præsente temporis occasione ad hanc explicationē maturandam esse vsos, vt tamen eam non magis occasio & casus mihi obiecisse, quam coniunctionis rerū necessitas post illam tractationem priorem a me expressisse videatur. Habet hic locus controuersias aliquot subdifficiles, & parum explicatas, dignas in quibus elaboretur. quod vel doctorum hominum de his accuratæ & discrepantes disputationes facile testari possunt. Res videbuntur fortasse ad morem veterū iudiciorum magis, quam ad vsum horum temporum pertinentes. & ita sunt omnino, si per se spectabuntur: sed pertinent tamen ad eos locos, quib. res ad vsum præsentem rerum vtilium necessariȩ continentur: ac sine his loci illi, qui sunt innumeri, facile intelligi non possunt. De quibus quid nobis videatur, exposui diligentius, vt in re controuersa. in qua cum scirem fore, vt multis noua dicere videar, non satis fuit id ponere, quod sentiebam, nisi etiam, quomodo confirmetur, & ab

& ab iis, quæ dicuntur contra ab aliis, quomodo vindicetur, ostenderem.

Tituli *de præscriptis verbis, & in factum actionibus,* hæc fere summa est. Cùm conuenit, vt mihi des quid, aut facias, interdum sola est conuentio, siue hæc nullo proprio nomine appelletur, siue in aliud nomen cõtractus transeat: interdum præter conuentionẽ prius ipse dedi, aut feci quid ea lege, vt dares, aut faceres illud, de quo præstando conuenit, vt sic dicatur caussa subesse præter conuentionem, vt loquitur Vlpianus *in l. iuris gentium, in prin. §. de pact.* caussa nimirũ, propter quam mihi dare aut facere debeas, id est, caussa dandi aut faciendi: præter conuentionem dicit, quia conuentio & ipsa vna est ad dandum aut faciendum caussa: vt sic iã duplex obligãdi tui caussa fieri intelligatur, & quod dedi aut feci, & ꝙ te daturũ facturũue pactus es. De priore genere nihil hic dicimus: ex quo aut plane nulla actio nascitur, aut si qua nascitur, id genus est earum conuentionum, quæ vel in propriũ nomen contractus transeunt, vel lege confirmantur: ex quibus certæ sunt & propriæ actiones, nõ præscriptis verbis. ita totum hoc genus a titulo, de præscriptis verbis, est remotum. Posterius est, de quo sub eo titulo agitur. Quid autem hic quæratur, vide. Earum siue conuentionum, siue negotiorum, siue contractuum, quibus caussa faciendi subest præter conuentionem, quatuor sunt genera. aut enim do, vt des: aut do, vt facias: aut facio, vt des: aut facio, vt facias. tot enim genera natura esse ostendit, neque plura eadem natura esse possunt: quæ Paulus posuit *in l. naturalis. in prin. eod. tit.* atque omnia vno generis nomine complexus est, ob rem datum appellans, quod ista lege datum, factumue est: nimirum dati nomine etiam factũ intelligens. Quoties vnum aliquod ex his incidit, si, posteaquam dedi, aut feci, ipse cessas dare aut facere, quatuor sunt in vnoquoque, de quibus quæri solet. Nam cum interdum intersit mea non dedisse, quod dedi aut feci, interdũ magis intersit id consequi, quod pactus es, vtrumque habet dubitationem, & eam duplicem. primum si velim reuocare, quod datũ aut factũ est, an possim, & si possum, qua actione id consequar: deinde si putem magis e re esse id consequi, de quo conuenit, an petere liceat: si licet, quæ sit in eam rem actio. His vero in rebus & Pauli disputatio *in d. l. naturalis.* & totius tituli tractatio continetur. De quibus quid iuris sit, videamus.

IN IIS CONTRACTIBVS, QVI IN *proprium nomen transeunt, neque condictioni dati ex pœnitentia locum esse, & certam in omnibus esse actionem, tum qua nota discernamus in omni conuentione, vtrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.* CAP. II.

SVMMARIVM.

1 *In sequestrem actio depositi, & actio præscriptis verbis, sed quibus.*

2 *Præscriptis verbis actio, & actio ex vendito de eadem re in specie leg. 2. Cod. de pact. int. emt. & vend. com. & l. si conuenit. Dig. de rescin. vend. & cur.*

3 *L. naturalis. Digest. de præsc. ver. tractatio, & scopus.*

4 *Condictio dati ob caussam caussa non secuta, cur nõ sit in iis contractibus, qui transeunt in proprium nomen.*

5 *Condictionem esse pecuniæ datæ ob caussam mandati, vt seruus emeretur & manumitteretur, quamuis nondum seruus emtus sit, & cur.*

ET de his ex genere contractus statuendum est. Interest enim plurimum, vtrum contractus, de quo agitur, in propriũ nomen contractus transeat, an non transeat. puta, sitne emtio & venditio, quæ contrahitur, locatio & conductio, aut similes contractus: an vero nihil horum dicatur, nullaque alia hic contrahatur obligatio, quam ob rem dati re non secuta, vt Celsus loquitur *in l. vltim. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Cum contractus incidit, qui proprio nomine appelletur, veluti cum dedi pecuniam, vt fundum a te accipiam, vbi emtio contrahitur; aut dedi pecuniã, vt mihi tabulam pingas, vbi locatio est: in his & similibus res breui, nec difficili definitione continetur, neque id, quod datum est, reuocari posse, vbi is, qui promisit, id quod dare debet, offerat, & id, de quo præstando conuenit, ita peti posse, vt sit eo nomine certa actio ex contractu certo constituta; vt proinde alia, id est, aut præscriptis verbis, aut de dolo non requiratur. Imo vero ne locum quidem habet. nam actio quidem de dolo hac conditione proposita est edicto, si alia actio nulla erit, *l. 1. ff. de dol.* de actione autẽ præscriptis verbis ita traditur *in l. 1. & l. 2. Dig. hoc tit.* tunc ad eam confugere nos, cum deficiunt prodita iudicia, & vulgares actiones.

Nam † quod de re apud sequestrem deposita & depositi actionem in sequestrem dari legimus, & item actionem præscriptis verbis, *l. ei apud. §. 1. D. depos. l. si gratuitam. §. vltim. hoc tit.* nihil huic sententiæ aduersatur. datur enim depositi actio in sequestrem: sed ei, qui deposuit, de re ab ipso deposita. quã ad rem præscriptis verbis actio non competit. Rursum datur præscriptis verbis: sed victori de re, quæ ab ipso deposita non est, sed ab aduersario, cũ quo certabatur. quã quidem ad rem certum est illi non magis depositi actionem competere posse, quam in superiore specie potest deponenti competere actio præscriptis verbis. Vnde ergo hæc actio victori aduersus sequestrem, cũ apud sequestrem eam nõ deposuerit? ex eo videlicet, quod in rebus sponsionis caussa deponendis ab initio conuenit inter sequestrẽ & eos, qui deponebant, vt, vter certantium vicisset, ei sequester res depositas traderet. postquam cõuentionem fecit victor, vt acciperet id, de quo conuenerat. decertauit enim, & vicit. Neq; hoc aliter fieri reperiemus, quam vt ex contractu certo certa sit actio, & ita certa, vt non sit præscriptis verbis. 1

Quod † tamen contra propria quadam ratione in vna caussa receptum esse hoc loco monendi sumus, nimirum cum vendidi tibi fundum ea lege, vt mihi quandoque pretium offerenti eum reddas. in qua cõuentione scriptum est *in l. 2. C. de pac. int. emt. & vend. com.* vt contractus fides seruetur, actionẽ præscriptis verbis, vel ex vendito mihi dari. Sed quo in hac specie præscriptis verbis, cum sit certa actio: aut cur hic a regula iuris discedimus, quæ tunc solum concedit venire ad actionẽ præscriptis verbis, cũ certũ nomẽ actionis inuenire nõ possumus? *d. l. 1. eod.* Puto eo factũ, qa in hac specie ab initio nihil amplius de sententia veterũ admissum fuerit, quam actio præscriptis verbis, vt indicat *l. si vir. hoc tit.* post tandem certa actione recepta, aut constituta (quod factum esse vetere quæstione decisa scribit Vlpianus *in l. si fundus. in princ. D. de leg. com.*) sic illa admissa sit, vt prior, quæ fuerat, etiã

maneret. Nam illud quidē de superiore conuentione primo dubitatum videtur, an conuentio pars emtionis haberi deberet: nec abs re. neque enim prima ratione videtur ea conuentio ex emtione esse, quæ eo spectat, vt emtio rescindatur: vt necesse fuerit in hac dubitatione non ex vendito, sed aut nullam, aut præscriptis verbis actionem dare. Sed obtinuit tandem hanc conuentionem emtionis partem esse, & quodammodo pretii partem obtinere; quia sine ea emtio contracta non esset. cui sententiæ consequens fuit, vt de ea etiam actio ex vendito admitteretur. *arg. in l. sed Celsus. §. 1. D. de cont. emt. l. si sterilis. §. si tibi. Dig. de act. emt.* Cur ergo hæc iam sola non datur, sed vtimur etiam actione præscriptis verbis? Nempe quia, quæ ex vetere dubitatione fuerat præscriptis verbis actio, ea semel inducta etiam nunc manserit. Eadem dicemus in specie *l. si conuenit. 6. D. de resc. ven.* in qua vt superiori simili, nempe ad rescindendam venditionem pertinente, easdem actiones dari legimus.

3 Ceterum † in omnib. aliis generibus contractuū, quos certos esse constet, sic datur certa actio, vt alia actio non quæratur. Quæ caussa fuit Paulo videlicet *in d. l. naturalis. §. 1. §. at cum do. & §. sed si facio.* cur, cum de superioribus dissereret, ante omnia distinxerit. in illo quidem genere, cū do vt des, contraheretur ne emtio, an permutatio: in illo, cum do vt facias, vtrum esset locatio, an non: in illo vero, cum facio vt facias, vtrum cōtraheretur mandatum, an non, & simul quādo esset emtio, locatio, mādatum, ostenderit. Id eo fecit, inquā, quia in hoc genere diuersa omnia cum de repetitione, tum de promissi petitione ab illo altero, de quo dicemus postea, esse intellexit. At de eo nihil aperte pronuntiauit. Nimirum quia ex aduersatiua oratione, quam de altero genere subiiciebat, id satis intelligebatur, & ex genere ac natura eorum contractuum non poterat esse obscurum.

4 Nam † primum quod ad id, quod in his contractibus datum aut factum est, attinet, id repeti non posse inde intelligimus, non solum quia traditur ab his cōtractibus, nisi vtroq; consentiente, discedi non posse, *l. ab emtione. D. de pact.* sed etiam quia contractus eiusmodi sunt, vt quamuis mihi vltro nihil dedisses, tamē solo consensu tibi obligarer, tuque promissum iure a me exigeres. Porro cui actionem ad id petendum damus, multo magis eo dato ad id retinendum exceptionem esse oportet *l. inuitus. §. 1. D. de reg. iur.* Iam vero in his contractibus si quid dederim iam, aut fecerim, vt dares aut faceres, peti posse id, de quo conuenit, vt dares faceres, plusquam certum est. Primum non est hic nuda conuentio, vt quis dicat ex pacto actionem nō nasci; sed rem dedi, vt dares aut faceres: ex quo genere ciuilis actio oritur, quāuis in alium contractum res non transeat, *l. iuris gentium. §. 1. D. de pact. l. solent. hoc tit.* Tum autem etsi nihil dedissem: tamen iam dixi ex eo genere cōtractuum, qui proprio nomine appellantur, et solo consensu obligationem iure gentium nasci. *d. l. iuris gentium.* Ex quo intelligi debet loqui nos de iis contractibus, qui rebus quamuis adhuc integris ab vno ex contrahentibus inuito altero reuocari non possunt. Quod si qui sint, qui possint reuocari, qualis est societas, cui renuntiari potest a quouis ex sociis, aut mandatum, quod reb. integris a mandante reuocari potest, hæc eorū conditio est, vt reuocatione vnius non tam desinant, quam videantur nulli fuisse.

5 Vnde † eueniet, vt pecunia, quæ hoc nomine data erat a mandante, vt quid emeretur, rebus adhuc integris reuocari possit, & possit condictione ob caussam dati caussa non secuta. Quod Vlpianus in hac specie respondit, cum dedi tibi pecuniam, vt seruum emeres, & manumitteres. ait enim ante quam emeris, competere mihi condictionem ad pecuniam, quam dedi, repetendam. *l. si pecuniam. §. si seruum. vers. item si quis. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Atqui mandatum est, dixerit aliquis. Sed mandatum potest reuocari rebus integris, vt dixi: quo facto eo res deducitur, quasi nec fuerit. Dici tamen potest, & fortasse verius, in hac specie nullam omnino ne ab initio quidē mādati obligationem exstitisse: quia nihil intersit mandantis seruum extraneo emi, vt ab eo manumittatur, cum ex ea emtione aut manumissione nihil ad mandantem rediturum sit. Nulla est autem mandati obligatio seu actio, cum eius nihil interest, qui mandauit. *l. si procuratorem. §. mandata. D. mand.* Ita in his contractibus, qui proprio nomine appellantur, eo res redit, vt quamdiu ex his obligatio est, tamdiu ex iis non sit dati repetitio. Quamobrem, vt dixi, quod certum erat, quodque ex aduersatiua, quam subiiceret, intelligebatur, id Paulus prætermisit. solum hoc quæstionē habere potuit, cū dedi aut feci ea lege, vt quid dares aut faceres, exsistante is contractus, cuius sit proprium aliquod iure ciuili nomen, vt emtio & venditio, locatio, conductio, aut similes, an alius generis cōtractus. Id ergo Paulus docuit in tribus illis, cum do vt des, cum do vt facias, cum facio vt facias. Quam autem det in singulis huius rei explicandæ caussa regulam, operæpretium est cognoscere.

## CVM DO, VT DES, QVOD CERTI *contractus genus, & quando, ad L. naturalis. in pr.* CAP. III.

SVMMARIVM.

1 *L. vlt. D. de cond. caus. dat. exposita.*

ET in eo genere, cum do, vt des, tunc emtio est, inquit, cum pecuniam do, vt rem accipiam. quod hanc sententiam habet, cum do non rem quamlibet, sed pecuniam: neque pecuniam, vt pecnniam accipiam, sed vt rem aliam; hac lege interposita, inquam, vt rem accipiam, cum scilicet ita conuenit, vt aliam mihi traderes, aut nominatim vt aliam rem quampiam accipiam. Nam si rem do, vt aliam mihi des, permutatio est. *l. 1. Digest. de contra. emt. l. 1. D. de rer. perm.* si pecuniam, vt pecuniam mihi reddas, est mutuū, *Inst. quib. mod. re contra. obl. in prin.* Si † pecuniam pro re quidem, sed hac lege nominatim interposita, vt eam mihi des, est & hic permutatio cōtractus innominati genus, non emtio vlla ex parte, *vt Celsus disputat in l. vlt. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* 1
Est enim hic conuentio contraria emtioni: in qua nō id agitur, vt necesse habeat venditor rem dare, id est, dominium rei transferre, sed solum rem tradere, vt sic ob euictionem obligetur emtori. *l. ex emto. D. de cont. emt.* Itaque illud, vt rem accipiam, sic accipimus, si nominatim ita conuenerit, vt rem accipiam. nam id cū factum est, perinde valet, quasi dictum esset, vt rem vel datam vel traditam accipiam, & mihi euictionis nomine obligeris: non tantum quia verbum ad vtrāque speciem rei traditæ referri potest: sed etiam quia pecunia hinc interueniens, illinc res pro pecunia emtionem contrahi satis arguunt: cuius proprium est, vt ab vna parte pecunia sit, ab altera merx, quæ pecunia, id

pretio æstimetur. *l.1.D.de contra.emt.l.1.Digest.de rer. permut.*

CVM DO, VT FACIAS, QVANDO *contrahatur locatio, aut non contrahatur, ad L. naturalis.§.1.* CAP. IIII.

SVMMARIA.

1 *Facta quæ locari possint, aut non possint.*
2 *Operam non omnem locari posse: & quarum operarum sit locatio.*
3 *Locare quid.*

IN eo autem genere, cum do vt facias, sic locationem & conductionem contrahi ait, si tibi pecuniã dem, vt facias, quod sit tale, vt factum soleat, & possit locari. Recte. nam si eo nomine quod facis, dem tibi non pecuniam, sed rem, locatio esse non potest: propterea quod nec sine mercede locatio est, nec consistit merces, nisi in pecunia numerata. *Institut. de loc. & conduc. in pr. &* §.1. Sed etsi pecuniam dem, vt quid facias, non potest esse locatio, si id factum sit, quod locari non soleat.

1 Quæ † facta soleant locari, hoc exemplo demonstrat; veluti vt tabulam pingas, inquit. nempe meam. Nam si tibi pecuniam dem, vt tuam pingas, & pictam mihi des, emtio erit; non locatio. *l. Sabinus. ff. de contra. emt.§. item quæritur. Institutio. de loc. & conduct.* Quæ aũt facta locari non possint, declarat hoc exẽplo; puta vt seruũ manumittas. Hæc ego exẽpla in vtráque partẽ pro definitione accipio, vt scilicet, si quid tale sit, ꝙ in re nostra exerceatur, collocetur, vt sic per rem nostram ad nos redeat, sit factum tale, quod locari possit: veluti vt me vehas, vt insulam in area mea ædifices, vt tabulam meam pingas, vt vestimenta mea polias, sarcias, vt ex auro meo mihi annulum conficias, & quæ sunt eiusdem generis. Contra vero si id quod fit, non fiat in re dantis, ac ne possit, sit factum eiusmodi, in quod locatio non cadat. Animaduerto enim non tantum placere tunc locationem non contrahi, cum pecuniam tibi do, vt Stychum manumittas: in qua specie dici potest, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit, quia momentarium sit, & nullum laborem, nullamque operam desideret: sed ẽt tum, cum do pecuniam, vt Romam eas. Cum enim *in leg.5.Dig.de cond.caus. dat.* dicitur in hac specie pecuniam reuocari posse rebus integris, si me pœniteat, satis declaratur locationem non esse contractam: alioqui ab ea inuito altero recedere non liceret. Atqui vt Romam eas, sine opera & labore tuo non perficitur. Cur igitur non est id factum, quod recipiat locationẽ? Non video, quæ hic alio ratio reddi possit, quã quod vt manumissio serui in re dantis nõ exercetur, ac nec potest: sic nec profectio, quæ Romam suscipitur, alia in re potest exerceri, quam in iis locis, per quæ commeatur: quæ dantis non esse constat. Nam quod Bartolus *ad l.5.D.de cond.caus.dat.* tunc dicit locationẽ in hac specie posteriore non contrahi, cum is promittit se iturum Romam, qui non solebat locare operas suas: diuersum esse, si dẽ cursori, qui soleat operas locare: facit cõtra Vlpiani manifestã sententiã, qui vt repetitionem det, non personæ accipientis, sed solius huius facti habet rationem.

2 Legimus † quidem locari posse operas, *vt in l. qui operas ff. locat.* sed hoc non significat, vbicumq; opera est, eam locari posse. Locare potest operas artifex, vt mihi domi pingat, vt ædificet, vt scribat: sed non erit locatio, si mihi operam prębeat, vt Romam eat, vt iam diximus. Accedit ad huius sententiæ confirmationẽ, quod in *l. Sabinus. ff. de contra. emt.* scriptum est, sic locationem videri, si areã darẽ, vt insulã ædificares: quoniam tunc a me substantia proficiscatur. Ex quo colligitur, vbi substantia rei nõ proficiscatur ab eo, qui dat pecuniam, vt in ea labor locationis ponatur, locationem non contrahi.

A † quo locationis nomen abhorrere nõ videtur. Sic enim dicitur locare a loco, vt nisi re accepta in qua quis tanquã cõstituto in loco operã suam locet & cõductori impendat, non sit locatio. 3

CVM FACIO, VT DES, QVOD CONtractus genus. CAP. V.

SVMMARIA.

1 *Societatem contrahi, cum do tibi equum aut pecus pascendum, vt si post certos annos vaenisset, pretium inter nos communicaretur.*

IN illa specie, cũ facio vt des, nihil dicit Paulus, quãdo locatio contrahi intelligatur: quia hoc ex superiore satis intelligitur. Nam si cum do decem, vt insulã mihi ædifices, a me conductio est: necesse est te, qui ædificas, vt tibi dem ea decem, locatorẽ videri, de quo paulo post plura.

Interdum † in hac specie societas contrahitur: vt si dem tibi pecus pascendum, aut equum nutriendum, vt si post certos annos væniisset, pretiũ inter nos communicaretur. hic trado rẽ vt pretii partẽ mihi des. In eo placuit esse societatem. *l. si tibi rem.§.1.eo.* Nisi quis dicat videri me tibi dare pecus, aut equum, cum permitto tibi vendere. quod nõ ita est. nominatim enim *in d.l. si tibi rem.§.1.* scriptum est, hic dominum manere, qui prius fuerat. 1

CVM FACIO, VT FACIAS, NVLLVM *hic certum genus contractus exsistere, ad L. naturalis.§. sed si facio.* CAP. VI.

IN ea specie, cum facio vt facias, de qua in *paragra. sed si facio.* ostendit, si mutuum mandatum sit, non contrahi negotium, quod in proprium nomẽ contractus transeat. Nos generaliter definiemus, nunquam in hac specie id negotium contrahi, quod certo nomine appelletur. Aut enim mutuum mandatum est, vt si pacti simus, vt tu in meo, ego in tuo solo ædificem: quo exemplo Paulus vtitur *in d.§. sed. si facio.* aut mutuum commodatum, vt si placuerit inter nos, vt ego tibi meum bouem in denos dies, tu tuum mihi commodares: quæ species est *leg. si gratuitam.§. si cum vnum, eo.* Si mutuum mandatum est, neutrubi est mandatum: quia non est gratuitũ. *l. si tibi rem.§.1.eo.* si mutuum commodatum est, probandum est eadem ratione neutrubi esse commodatum. *l. si gratuitum.§. si cum vnum.eo.* Neq; vero mutua facta in alias species cadere videntur.

QVOD OB CAVSSAM DATVM SIT, *caussa non secuta reuocari posse condictione: & hoc, quicumque casus accipienti obstiterit, quominus caussa sequeretur.* CAP. VII.

SVMMARIA.

1 *L. naturalis in prinipio. illic. Sed si scyphos. explicatur.*

ATque hoc ius est de his quatuor generibus negotiorum, cum res in aliud nomen contractus transit. Quod si negotium manebit in suo nomine, & nulla hic alia obligatio contrahetur, quam ob rem dati

re non secuta: ius in vtramque partem commutatur, siue de eo, quod datum, aut factum est, reuocando agetur: siue de eo consequendo, quod ex conuentione vice mutua dari, aut fieri debuit. Ac de eo, quod datũ factumue est, reuocando prius dicemus. In quo genere alia dati, alia facti ratio est. Neque enim vt fundum, quem tibi dedi, vt mihi Stychum dares, repetere natura possum, cum exstet: sic cum seruum manumisi, aut quid aliud feci, vt dares, faceres, ego mutare factum possum, & efficere, vt res in suum locum restituatur, id est, factum infectum reddere. Proinde & hæc nobis oratione distinguenda sunt. Ergo si dedi tibi qd, vt aut vicissim dares, aut vicissim qd faceres, & de re quæ data est, quæritur, certi iuris est, si hanc recipere velim, posse me datum repetere quasi ob rem datum re non secuta; constituta in eam rem propria condictione, nimirum ob caussam dati caussa non secuta. neque in eo refert, vtrum dederim, vt des, vt in permutatione: an dederim, vt facias. veluti vt Stychum manumittas. Hæc Paulus *in dicta leg. naturalis. in princ. §. at cum do. & §. quod si tale.* Qua in quæstione cum res ad condictionem ob caussam dati pertineat, nempe eo reuocanda est, & ex eius præceptis & ratione explicanda.

Illud notandum est, sic caussa non secuta esse dati condictionem, vt ad facultatẽ repetendi nihil intersit, vtrum ideo nõ des id, quod te dare oportuit, quia nolis: an vero quia non possis: & quominus possis, vtrum casu, an culpa impediare. Vt puta, si tibi scyphos dedi vt mihi Stychum dares, etiam mortuo sine culpa tua Stycho, scyphos a te condicere potero auctore Celso *in l. vlt. supra. de cond. causs. dat.* Et recte. dedi enim ob caussam: quæ si secuta nõ est, condictioni locus factus est: quia cõditio eius exsistit. & quamuis casus in re tua inciderit, tamen si alterutri nocere debet, æquius est eum domino nocere, quam mihi. *leg. pignus. Codic. de pig. act.*

1 Non † aduersatur huic sententiæ, quod Paulus scribit in hac specie Stychum, quem pactus es te daturum, periculo meo esse qui scyphos dedi: *d. l. naturalis. in pr. ver. sed si scyphos.* Est enim periculo meo eo sensu, quo res debitæ dicuntur periculo esse creditoris. hoc autẽ periculo esse creditoris. hoc autẽ periculum creditoris in reb. debitis pemtis intelligitur, vt debitor in his liberetur, nec illæ scilicet iam amplius ab eo peti possint. *l. si ex legati caussa. D. de verb. obl. l. quod te. Digestis. si cert. pet.* Ceterum si qua alia petitio fuit creditori ea non tolletur. proinde non eo minus, quod dedi, condicere potero: vtpote ob caussam datum, quæ caussa secuta non fuerit. hæc enim alia obligatio & actio est, vt dixi. Nec quisquã mihi dicat hoc modo fieri, vt hic nihil mihi pereat, si quod dedi, recipiam. Satis enim perit, quod Stychi æstimationem petere non possum, si is forte duplo pluris fuerit, quam quod dedi, & tamẽ eo, quod dedi, iubear esse contentus.

## DE REVOCATIONE FACTI, CVM facio, vt des, aut facio, vt facias, in iis contractibus qui in aliud nomen non transeunt, ad L. naturalis in extremo. CAP. VIII.

SVMMARIA.

1 *Cum feci vt dares aut faceres, caussa non secuta agi posse in id, quod nostra interest, id factum esse.*

2 *Facti reuocandi caussa actionem esse de dolo: & qua conditione. & num. 3.*

*L. cum proponas. C. de dolo exposita. ibid.*

3 *Datum sit quid ob caussam, an factum, quid intersit in iure eius reuocandi, cum caussa secuta non est.*

4 *Facti reuocandi caussa actionem esse intra duos annos de dolo: post id tempus in factum.*

*Decerni actionẽ de dolo quam recte dicatur. ibid.*

5 *Facti reuocandi caussa esse condictionem ob caussam, cum debitori meo acceptum tuli, vt quid daret aut faceret: & cur in hac specie.*

Alia, vt dixi, facti conditio est. Nam aut in eo præter factum mihi nihil abest, vt cum pinxi tabulã, cum insulam ædificaui, in tuo, cum seruum furem tibi indicaui: & hic nihil est, quod reuocetur. auolauit enim statim opera, & indicium, vt nihil iam maneat, quod possit vel reuocari, vel mutari: aut eo facto abest aliquid, vt cum Stychum manumisi, vt dares, cum Titium liberaui tuo nomine, vt me quoque liberares. & hic plerumque ea res abest, quæ iam plane esse desierit, nec possit reuocari: vt, seruo manumisso abest seruitus, quæ reuocari nullo modo potest, plerumque ita abest, vt ad eum, cum quo pacti sumus, non peruenerit, vt ne sic quidem ab eo repeti possit, ad quem nõ est profecta. Itaque sane de his condictio ob caussam non competit.

Sed † nihilominus & de eo retractãdo vl ipsa agi potest, si quid forte eo facto nobis aberit, quod pluris sit, quam quod nobis vice mutua promissum est: non vt ipsum, quod non dedimus, condicatur: sed vt in id agamus, quod nostra interest id factum non esse, quod fecimus. vt, si manumisi Stychum, vt Pamphilũ manumittas, prius quam manumiseris, possum tecum agere, quanti interest mea seruum habere, quem manumisi, vt Paulus scribit *in d. l. naturalis. §. vlt.* Quod si id tum fieri potest, quum manumisi, vt alium manumittas: etiã tum eodẽ modo agere licebit, cum manumisi Stychum, vt mihi decem dares, id est, non solum cum feci, vt faceres, sed etiam cum feci, vt dares: quia vtrobique idem factum est, & tu non dando, aut faciendo pariter fidem non præstas. Sed de actione Paulus nihil exprimit. 1

Verum † erit in eam rem de dolo actio, vt declaratur *in l. cum proponas. Cod. de dolo.* Manumisi ancillam meã, quæ apud te in contubernio erat, vt mihi Pamphilum dares. Pamphilum non das. quærebam de ancilla, an eam in seruitutem reuocare possem. Rescriptum est, reuocandæ libertatis potestatem me non habere, sed solũ desiderare posse de dolo mihi decerni actionem, nempe ad reuocandã ancillam, vt Bartolus recte accepit, & nos postea pluribus ostendemus. Recte vero de dolo in hanc speciem, vbi videlicet nulla est alia iuris ciuilis actio. Deest enim condictio, quæ de iis, quæ data non sunt; ac præsertim quæ in commerciis esse desierunt, nulla est. Atque esse in hac specie de dolo actionem in id, quod mea interest, ancillam non manumissam, vbi libertas reuocari non potest, licet intelligere ex *l. verum. in princ. Dig. de minor.* vbi & minori, qui deceptus ancillam manumisit, quia ancillam in seruitutem reuocare nõ potest, ideo datur de dolo actio, & datur in id, quod eius interest ancillam non manumissam. 2

Sed † cũ hãc actionẽ in his dari dicimus, hoc ipsum primũ nos admonet, eum, qui Pamphilũ ex cõuẽtione non manumisit, sic teneri ea actione in id, quod mea interest ancillã a me nõ manumissam; si p eũ stet, quominus 3

minus Pamphilum manumittat. ceterum si paratus sit eum manumittere, aut etiam Pamphilus sine dolo malo eius perierit, hac actione non tenebitur. Non enim dolo facit, qui paratus est viuum manumittere, aut eum qui non est, aut quem in potestate non habet, manumittere non potest. In quo quid datum a facto etiam in hac retractatione differat, potest animaduerti. Nam condictio ad datum repetendum datur, etiamsi aduersarius dare aut facere paratus sit, quod promisit, tantum vt dantem pœniteat. *l. 5. D. de cond. caus. dat.* non item datur de dolo actio in id, quod facientis interest, si per aduersarium nō stet, quominus quod conuenit, impleat.

4 Iam † quoniam de dolo actio hic datur, cōsequens est intra constitutū tēpus dari, vt est cōprehensum *d. l. cum proponas. C. de dol.* Id tēpus olim annus vtilis fuit, nunc bienniū continuū ex cōstitutione Cōstantini, *l. vlt. C. de dol.* Recte vero eodem rescripto dicitur decerni hæc actio, quæ datur caussa cognita. *l. 1. ff. de dol.* nam decernere dicitur magistratus, cum aliquid caussa cognita tribuit. *l. 3. § si caussa ff. de bon. poss.* Quid post biennium, nullane erit actio? Immo erit vtilis, seu in factum in id ipsum, quod mea interest, vt scriptum est *in d. l. verum de minor.* Neque enim hic actio pœnalis est, vt quis dicat eam post annum non competere: cū detur de eo, & quod nobis abest, & quod in rem aduersarii versum videtur, cum ex voluntate eius factum sit, *argument. leg. 3. §. nec non illud. Digestis. de in rem vers.*

5 Sane † accidit interdum, vt quis quid prima ratione videatur fecisse, vi autē ipsa eo facto aliquid in aduersarium contulerit, itaque ei dederit. vt fit, cum creditor debitorem suum liberat acceptum ei ferēdo ea lege, vt debitor vicissim quid det, aut faciat. sic enim creditor liberationem rem incorporalem confert in debitorem. Proinde mirum videri non debet, si eius liberationis nomine condictio datur. *l. 4. Dig. de cond. caus. dat.*

## DE EO, QVOD CONVENIT, VT DAretur, *aut fieret, an sit, & quæ sit actio in quatuor generibus contractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. ac primum de his tribus, cum do vt des; do vt facias; facio, vt facias.* Cap. IX.

### Svmmaria.

1 *Furti actionem & condictionem furtiuam esse, non actionem præscriptis verbis, vt fiat quod conuenit, cum dedi tibi rem meam inspiciendam, explorandam, vt postea reposcenti reddas.*
*L. Si gratuitam. §. Papinianus. D. de præs. ver. explicatur. ibid.*

2 *Præscriptis verbis actionem ex contractu incerto esse vt præstetur id, de quo conuenit, si maleficiū aberit. atque hanc solam, excepto precario, cuius nomine & hæc actio est, & interdictum de precario.*

3 *Præscriptis verbis actio vbi erit, ibi actioni de dolo locum nunquam esse.*

4 *L. permisisti. D. de præs. ver. exposita.*

HÆc de eo, quod datū aut factum est, reuocando dicta sunt. De eo, quod pacti sumus inter nos, vt dares aut faceres, si forte id petere malim, videamus. In quo natura prima est quæstio, an sit actio ex eo genere conuentionum. Sed esse constat: de quo satis diximus, *ad l. legem. C. de pactis.* Hoc constituto secunda quæstio introducitur, *quænam hic actio competat, certane & vulgaris, an præscriptis verbis incerta, an de dolo.* Et interdum certa dabitur. quod si fit, cessabit præscriptis verbis. Quid ergo, ex contractu incerto certa actio esse potest, dixerit aliquis? Minime: sed potest in eam rem, quæ ex conuentione præstari debet, maleficium incidere, quod de eadem re nobis certam actionem subministret. quæ cum exstiterit, ita dabitur, vt non sit alii actioni locus.

Maleficium † quod dico, non in quouis genere cōtractuum ex superioribus incidere pōt: sed in eo solū, cum facio vt facias: neque id in quauis specie eius generis, sed tunc solū, cū rem meā tibi trado, puta vendam, inspiciendam, explorandam, vt postea reposcenti reddas. Hic. n. euenit, vt si recte reposcenti nō reddas, & res apud te sit, tu eius rei furtum facias. quo fit, vt & tecum furti agere possim, & rem condicere a te, & de ea ad exhibendum agere: idque ita scriptum est *in l. si gratuitam. §. Papinianus. hoc tit.* Sed ibidem additum est de Papiniani sententia, ita me in proposito superioribus actionibus experiri posse, si mihi liqueat rem esse apud te: non quod si ignorem: eo minus re ipsa furtum facias: sed quia frustra furti agam, si ignorem, vtrū res apud te sit, atque ita eam contrectes, vbi neque de contrectatione tua, id est, furto affirmare possim, neq; id probare. Interim hoc constat, cum liquebit rem apud te esse, hic mihi de re, quam ex conuentione reddere debeas, certā & vulgarē actionē esse propositā condictionē furtiuā, quæ in hanc speciē certo incidens etiam præscriptis verbis actionem excludet: ad quam solum tunc confugere possumus, cū deficiunt vulgaria nomina & vsitata actionū. *l. 1. & l. 2. eod.* Id vero ipsum est, quod *in d. l. si gratuitam. §. Papinianus*, scribitur, ita demum mihi præscriptis verbis actionem in proposito competere, si ignorem, vbi sit res, quam mihi nō reddas. Iam enim effectum est hoc casu furti agi non posse. Sed hæc, inquam, certa actio ad petendū id, quod ex conuentione præstari debuit, ex maleficio est, quod in rem, quæ restituenda erat, cadit. 1

Quod † si nullum maleficium in eam rem incidens nullam extrinsecus certam actionem dabit, hic certū est, ex contractu incerto actionem certam & vulgarē esse non posse: cum vnaquæque ex ipso contractu nomen habeat. *l. 3. & l. 4. eod.* Quæ igitur hic erit actio? Et generaliter definitum est *in l. 2. & l. 3. eod.* esse præscriptis verbis. Sic. n. verba sunt: *nā cū deficiunt vulgaria atque vsitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est: ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sunt.* Sed an ita est in his generibus contractuū actio præscriptis verbis, vt sit sola: an vero etiam hac admissa alii remedio locus esse potest? Et interdum de eadem re non actio, sed interdictum locum habet. quod tamen in vna specie precarii receptum video. de quo sic interdictum propositum est, vt possit etiam eo nomine agi præscriptis verbis. *leg. 2. §. 1. l. duo. §. vltimo. infra. de prec.* Ceterum neque alibi interdictum, neque in vllo genere omnino alia actio cum actione præscriptis verbis concurrere potest. ita fit, vt hæc sic in his generibus competat, vt precario excepto sit sola. 2

Illud † quidem certe extra controuersiā esse debet, vbi actionē pscriptis verbis dari statuerimus: ibi actioni de dolo locū esse non posse: vt q̄ ex edicto nominatim tantū detur hac conditione, si de his reb. alia actio 3

non erit. *l.1.sup.de dolo.* Ac de tribus generibus minus dubitatur, cum do vt des, cum do vt facias, cum facio vt facias. nam in vnoquoque horum nominatim pręscriptis verbis actionem dat Paulus *in dicta lege naturalis. in princip. §. at cum do. §. quod si tale. & §. sed si facio.* Quo admisso & si de actione de dolo nihil adiicit: tñ illo edicto posito, quod dixi, sua sponte satis intelligitur hanc non competere. Quominus tamen de his ipsis tribus generibus dubitetur, aut etiam ne istorum desiderentur exempla, ipsa capita alia, quæ tam multa sub hoc titulo leguntur, exempla & fidem huius sententiæ subministrabunt, quę nunc breuiter indicabo. Ergo primi generis exempla hęc sunt: Do seruum æstimatum, vt mihi eum reddas, si de crimine, cuius eũ insimulabas, non compereris. *l. si dominus.* 8. Venditum fundum tibi trado, vt si velim, eodem pretio mihi transscribas *l. si vir.* 12. Do tibi rem vendendã æstimatam, vt rem aut pretium reddas. *l. si gratuitam.* 17. §. 1. Dedi tibi aream, vt insula in ea ædificata eius insulæ partem mihi redderes. Dedi puerum, vt eo vendito pretium inter nos communicetur. *l. si tibi rem.* 13. §. *Iulianus.* Ad secundum genus hæc pertinent: Do insulam, vt mihi aliam ædifices, seu trado insulam, vt tua sit, vt mihi aliam ædifices. *l. insulam.* 6. Do decem, vt Stychum manumittas. *l. si tibi decem.* 7. Accepto te liberaui, vt nomen Titii mihi delegares. *leg. ob eam caussam.* 9. Tertii generis hæc sunt exempla: Permisi tibi cretã eximere, vt eũ locũ, vnde exemisses, repleres. *l. permisisti.* 16. Cõcedo tibi inhabitare ædes meas, vt cum mihi visum erit, reddas. *l. si gratuitam.* 17. *in pr.* Do rem inspiciendam, vt reddas. *d. l. si gratuitam. §. Papinianus. & §. si cum mihi. l. duo.* 23. Commodo tibi bouem, vt mihi alternis tuum commodes. *d. l. si gratuitã. §. si cum vnum.* Certo cum aduersario, & vinco, vt mihi annulos sponsionis caussa ab illo apud te depositos ex sponsione mihi victori restituas. *dicta leg. si gratuitam. §. vltim.* Prædium pro te obligaui, vt mihi fideiussorem præstares. *leg. rogasti.* 19. §. *vltim.* Reliqui argentum apud te, vt si displicuisset, redderes. *l. apud.* 20. §. *vltim.* In quibus omnibus reperiemus suprascriptis in locis pręscriptis verbis, seu quod idem est, in factum actionem ciuilem dari. Sed num etiam de dolo dabitur? Et iam dixi prohibere edictum de dolo, quo ita comparata est de dolo actio, si de his rebus alia actio non erit. In quo tamen nos impediunt *lex. cum proponas. C. de dol. & l. permisisti. §. vlt. hoc. tit* nã in priore respondetur eum, qui ancillam suam dedit, vt Pamphilum acciperet, nullam aliã actionem habere, quã de dolo. In posteriore proponitur aliquis permisisse mihi, vt sererem in fundo suo, & fructus tollerem: cũ seuissem, non pati me fructus tollere. respondetur in hanc rem nullam iuris ciuilis actionem esse: at esse de dolo. Sed in *l. cum proponas*, de reuocanda solũ ancilla, quæ data erat, agitur. cuius rei nomine recte dicitur solam actionem de dolo competere: cum alia deficiat, vt paulo post, cũ de quarto genere agemus, pluribus demonstrabimus.

4 In† *l. permisisti.* nullum negotium ciuile gestum est inter nos, cum permisisti mihi, vt sererẽ in fundo tuo, & fructus tollerem. apparet enim hic nihil me fecisse, vt vicissim mihi dares quid, aut faceres: sed solum me seuisse, vt mihi ipse consulerem. Quod si actio præscriptis verbis solum ex contractibus est; *l. 3. eo.* consequens est, eam ex hoc facto competere mihi aduersus te non posse. Restat igitur, vt sit de dolo, ne impune me deceperis.

CVM FACIO, VT DES, NEQVE LOcatio contrahitur, *vnam hic quoque esse actionem præscriptis verbis, vt & in suprascriptis generibus: & quib. locis iuris id confirmetur. Ad §. quod si faciam. l. naturalis.* CAP. X.

ERgo vt dixi de tribus illis generibus minor est dubitatio, cum do, vt des: do, vt facias: facio, vt facias. De quarto genere, cum facio, vt des, nihilo magis dubitaremus, quam de superioribus, si non tantum q̃d superioribus locis generaliter definiatur, spectaremus: sed etiam quid de hac specie nominatim ab aliis iuris auctoribus traditum sit, &, quod ad rem maxime pertinet, quam sit eadem ratio in hac specie, quæ aut in superioribus generib. hanc actionẽ denegare, aut illa admissa in hoc quoque genere admittere debeat. Sed Paulus nobis dubitationem attulit: cuius *in l. naturalis. §. quod si faciam.* de eo ipso genere hæc verba sunt: *Quod si faciam, vt des, & postea quam feci, cessas dare, nulla erit ciuilis actio: & ideo de dolo dabitur.* Id quod si de eo dictum intelligimus, cum de re promissa agitur, vt omnes ante nos magno consensu facere animaduerto: incurrit ea sententia in eas difficultates, quas nulli adhuc iudicio meo expedire potuerunt. nec mirum: cum omnibus de hac re scriptis locis, & rationibus prope exploratis hæc sententia velut irrefita teneatur. Ego autem, quod bona venia doctorum hominum, qui de hac re scripserunt, facere liceat, sic statuo, audentius fortassis, vere tamen, etiam in hoc genere, cum facio vt des, & posteaquam feci, cessas dare, siquidem de eo, quod dare debuisti, agatur, esse mihi aduersus te eo nomine præscriptis verbis actionem: idque non tantum si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur: addo sic esse in ea caussa actionem præscriptis verbis, vt non sit de dolo. In quo quoniam obstant nobis Pauli verba, & me in his explicandis ab aliis omnibus etiã doctissimis interpretibus dissentire intelligo, putaui de eo mihi paulo pluribus & diligentius esse differendum. Ac primum illud doceamus, esse in hac specie aduersus eum, qui non det, actionem præscriptis verbis. Sunt vero in hanc sententiam tam multi, & hi diserte scripti loci, tam multæ, neque hæ dubiæ aut obscuræ rationes, vt his obiectis quid ceteris in hac quæstione accidat, nesciam: me quidem, cum illa expendi diligentius, pudeat, & valde quidem pudeat contra sentire. Et in locis huc pertinentibus non minimam vim habere debet illa definitio non infinite, sed vniuersali particula addita concepta, quæ legitur *in leg. 3. Digestis. eodem.* cum ita definitur, *ad præscriptis verbis actionem confugere necesse esse. quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nulla iure ciuili prodita sunt.* Dixit Iulianus, *quoties contractus exsistunt.* ergo & tunc, *cum facio, vt des.* nam & hic exsistit contractus; cuius iure ciuili nullum est proditum nomen. Sed quia nihil hic aperte & nominatim de eo, quod quærimus dicitur, eam definitionem omittamus: eos locos, qui de specie ipsa scripti sunt, consideremus. Ac præcipui loci, quibus de hac specie superior sententia statuitur, vel potius pene diserte expressa est, sunt tres, *lex, iuris gentium. §. 1. supra. de pact. lex solent. lex, si tibi polienda. hoc titulo.* ex quibus quia duo priores, quamquam dilucide scripti vocantur a nonnullis in quæstionem, melius erit, ne qua dubitatio relinquatur, eorum sententiam paucis expendere.

IN

IN SPECIE PROPOSITA IN L. IVrisgentium. in prin. illic, & puto. D. de pact. esse id negotium, cum facio vt des, non cum do vt facias. CAP. XI.

SVMMARIA.

1 *Valde errare eos, qui in specie tractata in l. iurisgentium. in pr. illic, & puto. putant proponi negotium do vt facias: cum perspicue id sit, in quo facio vt des, cuius nomine ei qui fecit, datur præscriptis verbis actio.*

2 *Contractus Do vt facias, aut facio vt des, absurdum esse ita dici ex conuentione sola præcedente dandi aut faciendi.*

3 *Contractus Do vt facias, facio vt des, ex implemento, id est, ex eo quod vere datur aut fit, non ex conuentione esse æstimandos.*

IN *leg. iurisgentium. in prin.* proponitur hæc species. Dedi tibi Stychum, vt Pamphilum manumitteres. manumisisti. Stychus, quem tradideram, euictus est. vnde apparuit eum datũ non fuisse. non enim datur, cuius dominium non transfertur. *§. sic itaque. Inst. de act.* nõ fuisse autem translatum ex eo planum factum est, quod sit ab alio euictus, qui dominus esset. itaque petis, vt Stychum tibi dem, quem tibi ex conuentu dare debui, vt Pamphilum manumitteres: & de actione quæsitum est. Diserte illic scriptum est, esse tibi in hanc rem ciuilem actionem, & eam præscriptis verbis. Atqui nihil aliud hic reperietur, quam manumisisse te Pamphilum, id est, fecisse vt Stychum darem.

1 Immo, † inquit Accursius, hic est, do vt facias. sic enim appellat negotium illud, cum do, vt facias. In quo ego, ne quid dicam grauius, Accursii, & veterum illorum, quotum ille in hac re sententiam secutus est, sæpe iudicium requiro. Nam, vt verum quod est, dicere liceat, quis non videt hæc verba, do vt facias, mihi in hac specie conuenire non posse? quomodo enim ego dici possum dare, vt facias: cum constet me hic neque dare quidquam, neque dedisse? Ergo profecto in hac re non recõdita aliqua ratione, sed sensu communi Accursius refellitur. Quid, si neuter nostrum dedit alteri? potestne alteruter ita dicere, ego dedi, vt facias? atqui neutrum dedisse perspicuum est. nam tu quidem manumisisti Pamphilum, non dedisti quidquam: ego Stychum tibi tradidi: sed tradidi dumtaxat, non dedi. non enim dominium transtuli, cum dederim alienum, & eum, qui postea sit euictus. Absit igitur, vt hic quisquam dicat esse contractum, vt ille loquitur, do vt facias, vbi neutrubi datum quidquam proponatur. Sed quid verbis opus est? an non certum est te fecisse, id est, manumisisse? cur manumittebas? an non vt Pamphilum, qui tibi a me traditus est, haberes, id est, vt traderem cum re, id est, darem? Quisquamne igitur negare possit fecisse te, vt darem: non me dedisse, vt tu faceres?

2 Immo, † inquit ille, est do vt facias (liceat enim mihi ita nunc cum illo loqui) quia conuenit, vt prius darem, etsi tu faciendo anteuertisti. hi autem contractus ex eo, quod initio conuenit, non ex eo, quod secutum est, sunt appellati, vt si conuenerit, vt darem, tu faceres, sit id, quod appellat, do vt facias, quamuis tu prior feceris, vt hic: sin contra conuenerit, vt ego manumitterem, tu dares, sit id, quod vocat facio vt des, etsi tu prior mihi dederis. Iam mallem prius illud sine vlla ratione pro sua auctoritate sibi credi Accursius voluisset, quam ad id probandum tam absurda ratione vteretur. Quid enim, quæso, absurdius, quam dicere hoc negotium, do vt manumittas, ex eo, quod non est, esse appellatum? atqui hoc dicunt, qui ex conuentione de dando hæc negotia dicta esse volunt. Nam profecto cum paciscimur solum, vt dem tibi Stychum, vt Pamphilum manumittas, in hac conuentione non est id, quod dicitur, do. reuera enim nihil do, neque dedi, &, quod præcipue animaduertendum est, nec dare volo. alioqui nõ nunc mecum ageretur, vt darem. Quomodo igitur ex conuentione dicatur hoc negotium, cum id, vnde negotium dicitur, non sit in conuentione? Si conuenisset, vt Stychum manumitterem, tu Pamphilum dares, nemo ferret, si dicerem esse negotiũ, do vt facias: aut si conuenisset, vt ego facerem, vt tu faceres, nemo non rideret, si dicerem esse do vt des: scilicet quia nõ esset in re, & conuentione, quod his verbis exprimo. Quis potius igitur me ferat, cum conuenit, vt dẽ postea, vt tu facias, vbi constat me plane nihil dare, si ego id factum dicam esse, do vt facias? Nisi forte quia cõuẽtione id agitur, ideo ego dicendus sum dare. At hoc multo dictu est absurdius. quasi vero ideo dem, quia conuenit, vt darem: aut quasi hæc eadẽ sint, dabo vt facias, & do vt facias. Atqui apparet quantumuis conuenerit, vt darem, me tamen non dedisse. neque nunc ob aliam caussam mecum agitur, quam quia non dedi. sed cur laboramus? hoc ipso quod conuenit, vt dẽ, natura ipsa intelligitur me non dare. Sunt enim hæc duo, dabo & do, ita non diuersa tantum, sed etiam cõtraria, vt sint ex genere eorum, quæ aientia & negantia appellantur. Qui dat, iam nunc rem repræsentat, & in posterum negat se daturum: quia iã impleuit, quod debuit. qui se dicit daturum, is dicit se nunc non dare, at postea daturum esse. hæc qui eadem esse putat, fateatur se hoc dicere aientia & negantia esse eadem.

Vt † paucis rem omnem definiam, hæc negotia, do vt des, do vt facias, & reliqua similia, dicta sunt ex eo, quod est, non ex eo, quod non est. cum autem conuenit, vt dem Stychum, vt Pamphilum manumittas, in conuentione non do, vt manumittas: sed tunc solũ, cũ impleo re, quod verbis promisi. Non sunt igitur hæc verba conuentionis, sed implementi: &, quod idẽ est, non sunt hæc verba, seu negotia ex conuentione, sed ex implemento æstimanda. Hoc neque verius quidquam, neque certius. Itaque sententia Accursii omnibus cordatis interpretibus merito semper displicuit: Bartolo in primis, qui ad hoc veterum commentum refellendum rationes (si quis forte plures desideret) non ineptas multas attulit. *ad l. naturalis. §. sed si facio.* vt profecto, qui hac etiã ætate eamdẽ sententiã renouant, hi, vt dicam leuissime, magnam mihi existimationi suæ iniuriam facere videantur. Est igitur, vt ad id, quod probare institui, redeam, in superiore specie id negotii genus, cum fecisti, vt darem, neque do. Iã vero in eo genere diserte scribit Vlpianus, esse præscriptis verbis actionẽ, neque id defunctorie, & velut obiter, sed ex professo, idque de veterum sententia, reprehẽso etiam nominatim in ea re Iuliano, qui diuersum sentiret. & vt intelligeremus in hoc exemplo consistendum nõ esse, addita est prętcrea nominatim ratio, quæ ad omnes cõtractus, in quibus facio, vt des, vel, quod idẽ est, facis, vt dẽ, sine vlla dubitatiõe ptinet. Quare

ex eo loco, quid illi in hac specie placeat tenendũ esse de actione præscriptis verbis, dubitari non debet.

IN L. SOLENT. XV. D. DE PRÆSC. *verb. proponi id negotium, in quo facio vt des, & tamen si non des, dari mihi præscriptis verbis actionem, quamuis dolo facias, ne des.*

CAPVT XII.

SVMMARIVM.

1 *Nisi quis dicat, verba esse Latinis, vt plurimum non excipientis, sed repudiantis, quod subiicitur.*

IN specie *l. solent. hoc tit.* nemo negat proponi id negotium, de quo quærimus, cum facio vt des. Indicaui enim tibi seruum tuum furẽ, vt mihi decem dares. & ne Accursius exemplum repudiet, quasi ab initio ita conuenerit, vt tu prius dares, ego indicarem, vt sic fiat illud, quod appellat ex conuentione, do vt facias: nominatim ita rem proponit Vlpianus, vt pactio intercesserit ob indicium, & hoc quid sit interpretatur. hoc est, inquit, vt si indicassem, apprehensusque esset fugitiuus, tum certum aliquid daretur: vt vel ipso iudice Accursio fatendum sit, siue ex conuentione, siue ex implemento res æstimetur, esse id negotium, quod vocat, facio vt des. Quid autem Vlpianus in hac specie, quam dat actionem? & hic illius verba sunt, *habere hanc conuentionem in se negotium aliquod:* ergo ciuilem oriri posse, id est, præscriptis verbis. In quo plane dixit, quod quærimus, & ita dixit, vt adiuncta etiam ratione confirmaret, ne forte de eo dubitaremus. Sed enim Vlpianus subiicit continenter hæc verba, *nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* Quibus verbis existimet fortasse aliquis Vlpianum mutare, quod prius dixerat. Sed tantum abest, vt mutent hæc verba priorẽ sententiã, vt statuant & confirment potius.

1 Iam † primum non sunt hæc verba, ne quis erret, excipientis, aut approbantis, quod ab aliis ita dici possit, vt subiicitur: sed repudiantis potius, seu indicantis neminem id esse dicturum: quia ineptum sit, & minime recipiendum, quasi dolo tuo remoto præscriptis verbis actio mihi aduersus te dari debeat: dolo autem tuo interueniente, vbi idem factum tuum sit, eadem actio dari non debeat. Scio hæc verba, nisi quis dicat, nisi si quis dubitet, interdum habere correctionem præcedentium: sed hoc tunc fieri obseruabimus, cũ is, qui scribit, & his verbis vtitur, nominatim adscribit se hanc correctionem probare, vt fit *in l. si mihi pure. 59. D. de leg. 2.* At vbi nihil tale adscriptũ est, animaduerti veteres his verbis vti solitos, cum sententiam alienam recitant, quam tamen vel improbent, vel etiã contemnendam putent: ad quam ideo non respõdeant pluribus, quia non existiment magna refutatione indigere. Notæ sunt illæ formulæ orationis Ciceroni familiares, nisi forte quis dicat, nisi vero quis putet: q. bus nunquam fere ille vtitur, nisi cum id quod subiicit, significare vult aut neminem esse dicturũ, aut non esse tale, quod nos mouere debeat. Sed ne quis cauilletur nos ista ad normam loquendi Ciceronis importune exigere, nostrorum testimoniis, atq; adeo eiusdẽ auctoris Vlpiani, de cuius verbis nunc agitur, contentus ero. Isto vero sensu, quem dixi, his verbis duobus in locis ille ita vsus est, vt nemo lectis locis possit dubitare, *l. 2. §. tractari.* illic, *nisi forte quis putet. D. ad senat. Tert. l. & eleganter. §. seruus pactionis.* illic, *nisi forte qs. ff. de dol.* Aliter nostri aliquãdo, sed rarius, *vt in l. Lur. 21. in fi. ff. de adm. tut. l. 2. §. si quid in loco. D. ne qd in loc. pub.* Quæ vt ita non esse quis concedat; tamen vide, quam nihil superiorum verborum vlla interpretatio nos de priore sententia Vlpiani dimouere debeat. In illis verbis postremis, nisi quis, & in hac specie, inest, inquis, exceptio & correctio præcedentis sententiæ. Sit sane ita: attamen, quod ex verbis apparet, hactenus exceptio est, vt mihi, qui indicaui tibi furem, tũc solum detur de dolo actio aduersus te, si aliquis tuus dolus arguatur. Ita auctore Vlpiano relinquitur actio præscriptis verbis, si nullus tuus dolus arguatur. quod nunc nobis concedi satis est, vt efficiatur etiam tunc hanc actionem dari, cum dolus aliquis tuus arguetur. quod cum venerimus ad eum locum, in quo de eo agemus, qui dolum adhibuit, pluribus ostendemus.

IN L. SI TIBI POLIENDA. XXII. D. DE *præs. ver. agi id negotium, in quo & conuentione & implemento prius facio, vt des, hic tamen dari mihi aduersus te omni modo actionem præscriptis verbis.*

CAPVT XIII.

SEd vt de superioribus duobus locis queat dubitari: attamen *in l. si tibi polienda. hoc titu.* est omnino ea species, atq; id responsum, ꝙ oẽm tergiuersatioẽ ꝑcidat. Dedi tibi vestimenta sarcienda, aut poliẽda, vt cum sarsisses, aut poliuisses, ego tibi tantũ darem, quãtum inter nos postea statutum esset. fecisti quod conuenerat, neque do quidquam, aut do quidem, sed nõ æquum. Placet in eam rem esse tibi aduersus me actionem præscriptis verbis. Atqui non solum tu fecisti prior, vt darem, atque ita prior implesti id, de quo cõuenerat: sed etiam in ipsa conuentione, quæ de toto negotio futuro antecessit, id actum est, vt prior faceres, deinde ego darem: vt siue implementum spectes, siue conuentionem de faciendo, omnia huc spectẽt, vt negotium a faciendo cœperit, vt sic deinde ego tibi darem. Et ne cum Bartolo hic mihi quis dicat, idet, cum facio, vt des, esse de dolo actionem, quia aut facienti mihi nihil absit, aut in dantem nihil transferatur: obseruetur eiusmodi esse superiorem speciem, qua tota hæc distinctio euidenter refellatur. Nam & tibi sarcienti aut polienti abest opera, quam aliis in rebus, & aliis hominibus locare potuisses, quo facto mercedem operæ esses cõsecutus: & præterea in me, cuius vestimenta sarsisti, aut poliuisti, fructum operæ confers, vt qui iam vestimenta sarta & polita habere incipiam, quæ prius lacera erant, ruptaue, aut rudia, & infecta.

ARGVMENTA NON DVBIA, QVI*bus euincitur actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, vt des, quam in aliis tribus generibus.*

CAPVT XIIII.

SVMMARIA.

1 *Negotium omne inter aliquos gestum, quod in aliud nomen non transit, parere actionem ciuilem præscriptis verbis.*

2 *Negotium geri inter aliquos dici in vsu iuris, non solum cum do vt des, vel facias, sed etiam cum facio vt des, vel facias.*

3 Cum

3 *Cum facio vt des, negotium vt plurimum simile esse emtioni & venditioni, similiter vt cum do vt des: ideo & in vtroque recte pariter admitti præscriptis verbis actionem.*

4 *Siue Facio vt des, siue Do vt facias, vtrobique geri negotium idem, & id simile locationi: ideo vt in hoc, sic in illo pariter admittendam actionem præscriptis verbis.*

5 *Cum Facio vt des, & cum Facio vt facias, vnam & eamdem in vtroque negotio esse caussam obligationis: & actionis ideo cum in posteriore sit actio præscriptis verbis, necesse esse & in priore admitti.*

HI fere loci sunt, quibus maxime superior sentētia demōstratur, vt si auctoritas statuentiū quęritur, non sit de ea sententia dubitandum. Age, argumenta huius sententię non minus certa cognoscamus.

1 Principio † hoc pro certo statuerunt veteres, quoties negotium inter aliquos gestū est, siue contractum id, quod Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter cōsentientes iure ciuili actionem, siquidem res in aliud nomen contractus transeat, certam: sin aliter, ciuilem quidem, sed in factum, seu præscriptis verbis. Indicat hanc sententiam duobus locis Vlpianus, nimirum *in d.l. solent. hoc tit. & l. iurisgentium. in princip. Digestis. de pact.*

2 At † idem iisdem illis locis huius generis negotiū esse declarat, non solū cum do aliquid certa lege, puta vt des quid vicissim, aut facias: sed etiam cum facio hac ipsa lege, vt des, vel facias: & nominatim id confirmat in hac specie, cum facio, vt des. Quid restat igitur, nisi vt ex hoc genere tanquam negotio ciuili gesto sit ciuilis actio præscriptis verbis? Sed mittamus Vlpianū, ne quis forte caussetur eum a nobis citari, a quo fortasse Paulus, de cuius sententia nunc quæritur, in hac quæstione dissenserit. Ipso auctore Paulo vtamur. Et in ceteris omnibus generibus nominatim Paulum dedisse actionē pscriptis verbis cōstat. Id si sine ratione facit, & tantū eo dicit, quia eo iure vtamur, quamquam id in iure, ac præsertim in Iurisconsulto ferendū non est: tamen si id ita est, sileamus, & vt sine ratione dicitur, ita & sine ratione constitutum, si libet, sequamur. Sin id non sine ratione dicitur, & ratio etiam, cur ab eo dicatur certa est, necesse est, si par, aut eadē ratio in hac specie reperietur, cum facio, vt des, idem ius in ea statui debere. Ac cur detur hæc actio in ea specie, cum do, vt des, ratio ab illo exposita est *in l. naturalis. §. vlt.* quia sit videlicet species similis emtioni. cui sane hanc speciem, cum facio vt des, per omnia cōparare nō possumus. sed quid refert, si cū facio, vt des, in eo negotio illa interueniunt, propter quæ ex superiore genere tanquam ex emtione & venditione hæc actio danda est?

3 Cur † ergo cum do, vt des, negotium emtioni simile habetur? quia permutatio est, vbi vni res abest, quā confert in alterum, vt vicissim rem aliam ab eo accipiat. At vt plurimum ita fit in hac specie, cū facio, vt des. Quid enim interest, vtrū dem ancillā, an eam, quæ apud te in contubernio est, manumittam, vt mihi Pamphilum des? Cum dedi ancillam, in te confero aliquid: & cum manumisi eam, quæ in contubernio tuo erat, hoc confero, vt liberam apud te habeas, & vt apud te eam non habeas: tamen vel hoc confero, vt voluntati tuæ mos geratur; vel certe confero libertatem in illam, quam manumitto: quod cū tua volūtate facio, perinde haberi debet, ac si in te cōtulissem. *arg. l. solutam. ff. de sol.* Quid, cū sarcio, aut polio vestimenta tua, vt mihi Stychum des, an minus mihi abest, aut in te confero, quam si aliquid darem, vt mihi dares? Iā dixi & mihi hic abesse operam, ac mercedem operæ, & per vestimenta sarta, aut polita fructum operæ in te transferri. Sed quoniam in plerisque tantū caussis huius generis ista eueniunt, non autem in omnibus, neque per omnia vnum negotium alteri simile est, dici potuit nō effici hoc argumēto, vt in omnib. caussis, in quibus facio, vt des, actio præscriptis verbis dari debeat. Immo cetera duo negotia, illa dico, cum do vt facias, & cum facio vt facias, ita conueniunt, aut certe ita conuenit ratio, propter quam in illis datur actio pscriptis verbis, vt aut ob eam caussam in illis hæc actio danda non sit, aut si recipitur, sit quoque & in ea specie, de qua quæritur, pariter admittenda.

Nam † vt ab eo genere ordiar, cū do, vt facias quid est, cur si posteaquam dedi, cesses facere, & velim cōsequi, vt facias, aut præstes, quāti interest mea, placeat esse mihi eo nomine actionē præscriptis verbis? Dubitaremus nisi Paulus ipse expressisset *in d.l. naturalis. §. vlt.* Id eo fieri ostendit, quia, sit hoc negotium simile locationi. Atqui in hoc negotio, cum facio, vt des, eadem omnino locatio est: aut si de similitudine locationis quæritur, est locationis similitudo plane eadem. Cur enim locationi simile est, cū do vt facias? nempe quia, vt in locatione facti vnus dat pecuniā pro opera, alter pro pecunia operam præbet: sic in hac specie vnus est, a quo res pro opera: alter a quo opera pro re proficiscatur. itaque ego conductori similis, quasi qui operam tuam re conducam: tu similis locatori, qui pro re tanquā pro pecunia operā tuam mihi impēdas. At eædem personæ dantis, & accipientis, eademque facta versantur in eo genere, cum facio vt des. Perspicuum est enim & hic vnū esse, qui operā suā præbeat pro re, alterū, qui rē det pro opera, quā accipit. Est igitur vtrobique aut eadē locatio, aut negotiū, quod pariter referat locationē & conductionē. Si qd interest, solū hoc interest, q in priore ego quasi cōductor sum, tu locator operę: in posteriore ego quasi locator operæ, tu cōductor. Sed hoc ad cōtrahendā, aut impediēdam conductionem quid pertinet? Siue ego locator sim, tu conductor: siue ego conductor, tu locator, semper locatio & conductio est: aut si quod negotium simile incidit, id simile est locationi & conductioni. Et sane audire cupio, qui fateatur, cū do tibi decē, vt tabulam mihi pingas, locationem & conductionem esse: idem neget locationem contrahi, cum ego pingo tibi tabulam, vt mihi decem des. nam qui prius in persona dantis conductionem esse dixit, idem dixit in persona pingentis esse locationem: quod nunc negat, cum eum qui prius pinxit, vt acciperet, negat esse locatorē. Postremo ab vtro initiū dandi, aut faciendi nascatur, in conductione nihil interest. Ordire ab eo, qui dat; erit quidem conductio, quæ in locationem desinet: sit initium ab eo, qui facit; erit locatio, quę desinet in cōductionem: interim idem contractus vtrobique locationis & cōductionis. Quod si verba Pauli vrgere volemus, facile obtinebimus magis locationi similē esse contractum, cum facio vt des, quam cum do, vt facias. Nam cum facio, vt des, quasi loco operam, tu conducis. sic fit, vt si a me initium contractus æstimetur, dicendum sit esse contractum similem locationi & cōductioni. Sed verba non cauillabor, vt qui sciam veteres locationis & cōductionis verbo, itidē vt emtionis & venditionis promiscue vsos esse, vt vno vtrumque

significarent. *l. vetere. & l. seq. D. de actio. emt.* hoc dico, si res spectabitur, in omni operæ locatione esse vnũ, qui det, alterum, qui faciat, & in quo contractu horũ vtrumque sit, eum aut locationem, aut similem locationi haberi debere. ridiculum autem esse, si quis ab eo ordiens, qui dat, dicat esse locationem: ordiens aũt ab eo, qui facit, neget eamdem esse locationem: cum si ille, qui dat, conductor est, necesse sit eum, qui contra facere debet, locatorem intelligi. quod si is locator tunc intelligitur, cum nondum fecit, sed facere debet: quanto magis pro locatore tunc habendus est, cum iam fecit, vt acciperet? neque vero pro locatore haberi debet, quin ex aduerso is, qui debuit dare, pro conductore intelligatur. Quamobrem res dubitationem non habet, quia, vt proposui, negotium non minus locationi & conductioni simile sit, cum facio, vt des, quam cum do, vt facias. Porro iam dixi Paulum ipsum id docere, ideo ex negotio do vt facias, actionẽ præscriptis verbis nasci, quia contractus sit similis locationi. nec vero iure fieri aliter põt, quã vt quibus in caussis eadem ratio sit, in his ius idẽ statuatur. *l. illud. D. ad leg. Aquil. l. a Titio. D. de verb. obl.* Ex quo efficitur, & in eo negotio, cum facio vt des, ei qui fecit, eandem actionem dari debere.

5 Sed † esto, distet aliquid in hac quæstione, vtrum dẽ, vt facias, an vero e conuerso faciam, vt des, vt quæ in vno genere actio in factum ciuilis prodita est, non continuo in altero esse debeat. At certe omnibus bonis & æquis iudicibus vincã, necesse est, in caussis obligationis, hanc esse conditionem & coniunctionem horum duorum contractuum, cum facio, vt facias, & cum facio, vt des, vt si in priore genere detur actio pscriptis verbis, non possit, quin sit & in altero. Propone hoc modo: manumisi seruum meum, vt tuum manumitteres, quo exemplo Paulus vtitur *in d. l. naturalis*, obligari te mihi ex conuentione constat, vt tuum manumittas. Cur? quia prius manumisi meũ, & præterea pactus es te tuum manumissurum: neq; præterea alia obligãdi tui caussa est. nihil. n. ad rem pertinet, quod promisisti te facturum, non daturum. Non res, quæ in obligationem deducitur, obligationem facit, sed conuentio: quæ siue in dando, siue in faciendo sit, pariter promissor obligatur, qui se daturũ, aut facturũ promisit *l. 2. in princ. l. 5. §. stipulatio. D. de verb. oblig. §. vlt. Inst. eo.* Imo vero, si quid res promissæ ad obligationem contrahendam pertinerent, citius obligaretur is, qui promisit se quid daturum, quam qui se facturũ promisit: quia certius est, quod dari promittitur. *d. §. vlt. Inst. de verb. obl.* vt dicendum sit, si obligetur is, qui promisit se facturum, multo magis eum, qui se daturum promisit, obligari. Ergo cũ manumisi, vt manumitteres, & generaliter cum feci, vt faceres, duæ sunt tantum caussæ, cur mihi iure ciuili obligeris, manumissio mea, seu factum meum, & tua conuentio, qua te in hoc obligasti, vt vicissim quid præstares. Atqui cum manumisi seruum, vt tuum mihi dares, id est, cũ feci, vt dares, totidem sunt obligandi tui caussæ, vt mihi des, non dico pares aut similes, sed plane eædem omni ex parte. nam & manumisi seruũ meũ, vt prius, & tu te quid prẽstaturũ pactus es. & parui refert, quod promisisti te daturum. nam, vt iam dixi, tanto magis obligari te oportet ex hac conuentione, quia certum promisisti. Ex quo quis non videt in vtroque negotio in eodem facto, eademque conuentione, & iisdẽ obligationis caussis aduersus eum, qui se daturum aut facturum promisit, eamdem actionem pariter esse oportere? At constat, Paulum in ea specie, cum facio vt facias, dare præscriptis verbis actionem. sit igitur eodem auctore & tunc, cum feci, vt dares,

## CVM FACIO, VT DES, NON TANtum esse actionem præscriptis verbis, cum nullus tuus dolus arguetur, sed etiam si arguatur.

### CAPVT XV.

### SVMMARIVM.

1 *In §. quod si faciam. l. naturalis. Pauli verba nullam admittere distinctionem, vt de dolo detur, si postquam feci, cesses dare.*

2 *Si cum feci vt dares, est mihi actio præscriptis verbis aduersus te, vbi nullus tuus dolus arguitur, quominus des: necesse esse, & tum dari, cum dolo non das.*

3 *Ex quo facto aliqua mihi aduersus te actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem generaliter eamdem esse actionem, cum dolus tuus accesserit.*

4 *Errare eos, qui putant, cum quis promisit se daturum rem alienam sciens, & dolo malo, vt quid facerem, ideo conuentionem non valere, quasi dolo malo factam.*

5 *Pacta dolo facta seruanda non esse aduersus eum, qui deceptus est: aduersus eum qui decepit, contra.*

His rebus victi eruditi interpretes plerique admiserunt etiam in hac specie, cum facio, vt des, & posteaquam feci, cessas dare, esse præscriptis verbis actionem: sed tunc, cum nullus dolus tuus arguetur: sin arguatur, hoc tuentur de dolo dari. Ideo faciunt, quia de dolo dari negare non audent, cum tam aperte dicat Paulus eam in hac specie cõpetere: sed quod verbum concedere videtur, id accipiunt, vt dicant Paulum de eo sentire, qui me deceperit sciens. nam quomodo esset de dolo aduersus eum, qui dolum nõ adhibuisset? Ita aduersus eum, qui dolo nihil fecit, relinquitur præscriptis verbis actio ex suprascriptis locis. Ne quis autem eam distinctionem repudiet, videtur expressa esse *in l. solent. hoc titu.* vbi Vlpianus in extremo ita scribit, nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur. sed præcipue *in l. naturalis. §. sed si dedi. eod.* vbi Pauli ipsius ita verba sunt: *si dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres, & manumisisti, & is quem dedi, euictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum ciuilem.* Sed dum hoc incommodum vitare volunt, ne contra Pauli verba faciant, in eos locos, easque ipsas rationes, quibus supra vsi sumus, incurrunt. Nam primum quale est illud exemplum facti, cum das mihi vestimenta tua polienda, vt postea des, quantum inter nos statutum sit? an si polio, nec pateris quidquam statui, sed mihi illudis, abs te decipi non videor? nusquam magis. & tamen nihil amplius datur in hac specie, quam præscriptis verbis *in d. l. si tibi polienda. hoc tit.* Quid, cum do vt facias, & posteaquam dedi, cessas facere, an si sciens prudens non facias, quod possis, aut etiam dolo feceris, quominus præstare posses, quod te oportuit, mihi actio de dolo aduersus te dabitur, non etiã præscriptis verbis? finge me tibi dedisse ancillam, vt Pamphilum manumitteres: ancillam acceptam a te manumissam, Pamphilũ dolo alienatũ, ne eũ manumitteres, & ita me abs te decipi. Sed nihil amplius in hac specie dat Paulus, q̃ præscriptis verbis actionem. *d. l.* natu-

*naturalis.§.at cum do.& seq.hoc tit.* neque quisquã hic distinguendum putat, vtrum ideo non manumittas, quia non possis, an ideo, quia nolis, & data opera me decipias. Idemque fieri dicimus, cum feci, vt faceres, & posteaquam feci, fidem fallis. *d.l.naturalis.§.vlt.* Atqui quibus de caussis datur præscriptis verbis actio in superiorib. generibus duobus, iisdem de caussis, & in hac specie cum facio, vt des, eam actionem dari diximus, & probasse satis videmur. Quibus efficitur, & in hac specie sic eamdem actionem dari, vt quamuis dolo facias, ne mihi des, nihilominus tamen eadem illa actione mihi tenearis.

1 Quod † si locus Pauli eos mouet, vt hac distinctione vtantur, videant etiam atque etiam, ne quamuis hanc distinctionem admiserimus, tamen rem nõ expediant. Paulus enim nihil distinguens, vtrum dolo nõ des, an sine dolo, simpliciter definit in hac specie, cum facio, vt des, nullam esse actionẽ ciuilem. Si hoc sic accipiendum est, si dolus tuus arguatur, cur nõ dixit, vt ipse supra in ead. *l.naturalis §.sed si dedi.* & Vlpianus *in d.l.solent.in fin.* quod si id intelligendum est, cur non & in superiorib. generibus, & in eo quod sequitur, ex dolo aduersarii eamdem distinctionem introducemus? quod si admittenda est, cur hoc genus, cũ facio vt des, a superioribus distinxit? Ex quo apparet, etsi superiores loci, & argumenta, quæ dixi, non obstarent, tamen ne sic quidem satis eam distinctionem ad locum Pauli tuendum conuenire, si quis Paulũ de eo, quod dari debuit ex hac conuentione, sensisse intelligat. Sed repudio iam hæc omnia, si illis videtur, quasi dubia & incerta, nec satis idonea, quæ ad istam distinctionem reiiciendam afferantur.

2 Id † sumo, quod in hac distinctione ab illis datur, quod & ipsum per se verissimum est: quod si quis neget statui *in d.l.solent.hoc tit.* idem neget solem meridie lucere: in hac specie nimirum cum facio, vt des, saltem tunc præscriptis verbis actionem dari, cũ nullus tuus dolus arguatur. Hoc posito, aio quæstionem tolli, & vel hoc vnum satis argumenti esse, vt conuincatur etiam tunc, eamdem actionem aduersus te dari debere, cum aliquis dolus tuus in ea re arguetur. Quamobrem? quia dolus tuus neq; factum meũ, neque conuentionem nostram mutauit, sed confirmauit potius. Quid enim, cum Stychum manumisi, vt mihi Pamphilum dares, an eo minus tu promisisti te Pamphilum daturum, aut ego minus Stychum manumisi, quia tu Pamphilum promissum alienum esse sciebas? Imo ego ideo vere manumisi, quia Pamphilũ mihi eram de te pollicitus: & tu eo magis promisisti, quo facilius me ad manumittendum meum inducer es. Neque porro aliæ sunt caussæ, cur nullo dolo tuo interueniente mihi tenearis, quã hæ duæ, quod manumisi Stychum, quẽ manumitti placuerat, & quod conuenit, vt eo nomine mihi Pamphilum dares. Ita necesse est omnino in eodem facto, eademque conuentione eamdem esse actionem.

3 Et † ne hic hæsitemus, generaliter definiendũ est, quoties in contractu aliquo ex facto tuo mihi aliqua actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodẽ facto eamdem actionẽ esse etiam tunc, cum dolus tuus accesserit. vt puta, fecisti aliquid in re, quam mihi vendidisti, quo res deterior fieret, & fecisti imprudens, teneris mihi ex emto, vt culpam præstes. idem si dolo fecisti, non alia erit actio, quam ex emto. *l.& eleganter. §.non solum.D.de dol.*

4 Neque † verendum est, credo, ne nobis hoc argumentum excutiat quorundam ratio, qui dolo tuo interueniente in quouis contractu eamdem actionẽ admittunt, quæ sine dolo tuo futura esset, si modo & te dolum adhibente contractus valeat: verum in proposito cum manumisi ancillam, vt Pamphilum mihi dares, si sciens alienum promisisti, disputant nullam esse conuentionem, nullam hinc obligationem ciuilem nasci: vt proinde non alia hinc relinquatur mihi actio aduersus te, quam de dolo. Dicerent illi aliquid, si quod dicunt nullam hic conuentionem esse, id probarent. nunc autem quid afferunt? nempe, inquiunt, pactio mala fide, & dolo malo interposita non parit obligationem, ne naturalem quidem. Quasi vero hæc conuentio, de qua agitur, id est, qua mihi Pamphilum alienum sciens promisisti, dolo malo facta dici debeat. quod si putant, longe errant. Ea enim demum promissio & pactio dolo malo facta putanda est, in qua qui promittit deceptus est, vt promitteret, & ita dolo obligaretur: non is, cui promissum est, quod in hac specie cõtra fit, vbi ego, qui manumisi seruum meum, decipior quidem: sed in manumissione, non vlla promissione mea, aut obligatione: quippe qui nihil omnino promittam, aut vlla in re tibi obliger: tu vero promittis quidem, seu pacisceris Pamphilum te daturum: sed in eo non deciperis, quantumuis sciens promiseris alienum. sciens enim prudens promisisti, non circumuentus. Tum autem etsi daremus, hanc promissionẽ tuã de seruo mihi dando dolo factã esse: tamẽ non concederemus ideo esse inutilẽ, seu actionem nõ parere, vbi a tuis partibus dolus est.

Quod † enim dicitur in edicto Prætoris pacta dolo malo facta non seruari, sic accipiendum est, vt ne seruentur aduersus eum, qui est deceptus, cui dolus aduersarii nocere non debet. ceterum aduersus eum, qui decepit, certi iuris est, pactionem eius ita valere, vt non magis valeret, si dolum non adhibuisset. quod in transactione constitutum scimus aduersus eum, qui transactionem dolo malo factam rescindi postularet, cum ab eius partibus dolus versaretur. *l. transactione finita.30.Cod. de transactionibus.* Et vt certius intelligant isti, quid de hac ratione iudicandum sit, considerent, ea admissa quid consequatur. nempe hoc consequens est, etiam in aliis contractibus incertis, puta cum do vt des, do vt facias, facio vt facias, nullam esse ciuilem obligationem, si Pamphilum, quem mihi dare, aut manumittere debeas, sciuisti esse alienũ, & me decepisti. ita etiam fiet, vt sit mihi hoc casu etiam in his actio de dolo dumtaxat, non præscriptis verbis. quod sententiæ Pauli ex diametro aduersatur, qui in tota illa disputatione *l.naturalis.* nihil aliud docet, quam si non des, aut facias, quod conuenit in supra scriptis contractibus, semper propositam esse præscriptis verbis actionem. Quod si ne illi quidem ipsi, qui nouam istam rationem tam ingeniose nobis excogitarunt, inficiari audeant, fateantur aut falsam eam rationem esse, aut ad eum, qui decipiens, non deceptus promittat, quo de nunc agitur, non pertinere, aut quod est verius, vtrumq; concedant. Manebit igitur, si cum feci, vt dares, est præscriptis verbis actio, cum ignorans, & sine dolo rem alienam promisisti: etiam tum esse debere, cum promisisti sciens, & me decepisti. Prius esse inter omnes conuenit, nisi si qui sint, qui contradicendi studio, aut constantiæ caussa ea, quæ sunt certissima, negare audeant. Sit ergo & posterius.

## CVM FACIO, VT DES, SIC ESSE *actionem præscriptis verbis etiam aduersus eum, qui sciens fallit, vt non sit de dolo.* CAP. XVI.

SVMMARIVM.

1 *De dolo actionem nunquam esse, vbi constet competere actionem præscriptis verbis.*

2 *De dolo actio sicubi competit, etiam actione in factũ temperata agi posse: at non si in factum actio competit nullo dolo interueniente, ibi interueniente dolo competet de dolo actio.*

Effectum est igitur illud, quod mihi huc vsque cũ doctissimo interprete Franc. Duareno conuenit, omnimodo ex hac specie, cum facio vt des, si, posteaquam feci, cessas dare, esse actionem præscriptis verbis. Hoc non conuenit, quod iam sequitur. nam cum statuisset ille esse præscriptis verbis, vt diximus: ex aduerso autem scriptum esset a Paulo *in dict.* §. *quod si faciam. l. naturalis,* in hac specie de dolo dari: ille ad hæc concilianda hoc attulit, vt diceret vtramque actionem competere, & de dolo, & præscriptis verbis. Quod a multis notatum scio: & recte iudicio meo. Refellitur enim non obscure ea parte edicti, quæ est de dolo: qua scimus actionem de dolo non alia conditione propositam esse, quam si alia actio non erit, 1 *l. 1. Dig. de dol.* quod † eam vim habet, vt si præscriptis verbis hic detur, vt datur, non sit locus actioni de dolo. Non enim satis defendi potest, quod ille ait, in eo edicto actionis nomen de actione certa interpretandum esse, id est, ea, quæ proprie & specialiter ita dicitur. Nam illud contra sic ab omnibus veteribus iuris auctoribus acceptum est, vt eo verbo nõ tantum contineretur ea, quæ vere est actio, sed etiam omnis defensio, quæ vim haberet iuris nostri obtinendi etiã per exceptionem. *l. 1. §. ait prætor. ff. de dol.* quãto magis omnis petitio hoc verbo continebitur, quæ actionis verbo significatur magis, quam exceptio, in quo numero est actio præscriptis verbis? Denique bene annotatum est a Barone scriptum esse *in l. si quis affirmauerit. §. Labeo. D. de dol.* vbi præscriptis verbis actio est, ibi de dolo cessare.

2 Non † me mouet, quod ille dicit eum, cui actio de dolo competit, posse actionem verbis in factum temperare, vt doli mentio detrahatur. *l. re quam ff. de dol. l. cum reus. ff. de fideiuss.* hoc .n. de eo recte dicitur, cui constet prius actionem de dolo dari. Sane vero cui actio de dolo datur, huic licere debet actione verbis in factum temperata experiri, & de iure suo aliquid remittere, cui etiam in totum agere non licuit. Et siquidem in hac specie, de qua agitur, constaret competere de dolo actionem, vltro faterer potius in factũ agere licere. Nunc aũt de eo quæstio est, an sit hic de dolo actio. quod nos negamus, & recte negamus: quia in eadem conuentione sit præscriptis verbis actio, si dolus tuus nullus interuenerit: vt proinde dolo tuo interueniente eadem esse debeat. In summa si de dolo actio alicubi competit, recte dicitur ibi & de eo in factum actionem esse, sed non si in factum actio est, ideo dixeris esse etiam actionem de dolo. Tunc solum vtrique locus est, cum nullo dolo interueniente aduersarii nulla est aduersus eum actio. sic enim fit, vt dolo eius interueniente, cũ ex ipso genere facti nulla alia actio sit, ipse dolus actioni de dolo locum faciat, & propter eam actionem locũ habeat actio in factũ. At vtrique locus esse non potest, vbi ex ipso facto & cõuentione est aduersus aliquem omni modo actio, id est, etsi eius nullus dolus arguatur. Nã qui sine dolo suo aliqua actione tenetur, eũ necesse est, & dolo eius interueniente in eadem caussa, & conuentione eadẽ actione multo magis teneri. qua constituta sic actor ea vtetur, vt de dolo agere non possit.

## EXPLICANTVR, ET DILVVNTVR II. *loci, quibus in hac specie, cum facio vt des, actio de dolo ad id, quod dari debuit, dari videtur. ac primum l. cum proponas. C. de dolo.* CAP. XVII.

Qvid igitur nobis relinquitur constituta in hac specie, cum facio vt des, præscriptis verbis actione, nisi vt de dolo competere negemus? quod & initio fecimus: &, si nobis constare volumus, omnino ita faciendum est. nec dubito, quin & docti homines idem facturi fuerint, nisi multi loci obiicerentur, in quib. scriptum videtur in hac specie de dolo actionem dari. Ergo hic labor nobis reliquus est, vt ostendamus nihil tale dici in illis locis, qui putantur contrarii. quod si obtinebimus, opinor, sententia vtilis, & dilucida constituta est, & breui opera magna & graui molestia liberati sumus: quam suscipere cogimur, sed frustra, in illis conciliãdis, quæ diuersa sententia admissa inter se conciliari nullo modo possunt.

Ac superiori sententiæ quatuor fere loci opponũtur. Primum *l. cum proponas. C. de dol.* Manumisi ancillam, vt mihi Pamphilum des, neque postea fidem seruas. Illic ita scriptum est, reuocandæ libertatis me potestatem non habere: sed solum, si necdum statutum tẽpus excesserit, desiderare debere de dolo mihi decerni actionem. Et de eo rescripto idem mihi videtur, quod Bartolo, non agi in eo de Pamphilo dando, qui mihi a te promissus est: sed solum de ancilla mea manumissa reuocanda. quam ad rem cum omnis alia cõditio deficiat, quia libertas non possit reuocari, ideo recte dicitur solam de dolo actionem in eam rem cõpetere. quod ex verbis tum præcedentibus, tũ sequẽtibus liquido colligi potest. Nam initio cum denegatur actio, de manumissa in seruitutem reuocanda denegatur. reuocandæ, inquiunt Impp. libertatis potestatem non habes: vt quod continenter subiicitur de actione de dolo dando, ad speciem præcedentem referri debeat de ancilla. Deinde in extremo cũ alia actio, quã de dolo datur, non de Pãphilo datur: sed rursum de ancilla repetenda. vt appareat, quod dixi, vnã illic de ancilla, quæ a me manumitti debuit, fuisse q̃stionem: de qua sub distinctione respõdetur, vt si quidem manumissa est, non possit libertas reuocari: proinde nec ea, quæ manumissa est: sin nondũ est manumissa, & necdũ a me tibi tradita, tũ & ancilla, & ii, qui ex ea nati sunt, reuocari possint. Ac confirmatur id p̃cipue ex eo iure, quod de specie illic proposita cõstituitur. Obseruandum est .n. diligenter actionem de dolo, quæ illic decernitur, non dari tantũ, cum manumisi ancillam, vt mihi Pamphilum dares: sed etiam cũ tibi dedi ancillam, vt Pamphilum dares. Scio tentare Accursium, vt efficiat nihil amplius illic esse, quam id negotium, in quo feci, id est, manumisi ancillam, vt alium seruum dares. sed frustra, cum factũ proponatur hoc modo: tradidisse me videlicet tibi ancillã, vt mihi alium seruum dares, te autem ancillam acceptam manumisisse. quod quidem nihil aliud declarat, quã me ancil-

ancillam tibi dedisse, id est, tuam fecisse. neque enim manumittere potuisti, nisi dominus esses. *l. 1. in princ. & in fin. C. de manumiss.* Ex quo intelligitur, quæ illic actio de dolo decernitur, eam in illa specie decerni, cum dedi ancillam, vt mihi Pamphilum dares. At hoc de Pamphilo petendo accipi non potest: cum certo constet eo nomine præscriptis verbis actionem dari. *d. leg. naturalis. in prin.* Ita fit, vt quæ illic actio est de dolo, ea de ancilla manumissa solũ ꝓponi intelligatur.

## IN L. SOLENT. D. PRÆSC. VERB. *non esse sententiam Vlpiani, vt cum feci vt dares, & dolo cessas dare, sit eo nomine de dolo actio.* CAP. XVIII.

SEcũdo loco obiicitur nobis *l. solent. hoc tit.* vbi Vlpianus illis verbis, quæ sunt in extremo, nisi quis dicat, videtur in hac specie, cum indicaui tibi furem, vt mihi decem dares, & non das, actionem de dolo dare, si tuus dolus arguatur. Sed iam dixi illa verba nõ corrigentis esse, sed confirmantis potius priorẽ sententiam, quasi aut nemo id dicturus sit, quod subiicit, aut si quis dicat, id contemnat, nec putet egere refutatione. In quo non necesse est repetere omnia, quæ supra diximus. Tantum dicam, non esse hanc mentẽ Vlpiani, vt his verbis mutet priorem sententiam, vel hinc facile intelligi posse, quod illam sententiam non simpliciter, aut dubitanter posuerit, sed addita ratione, ex qua intelligeretur ipsum non dubitare, quin in ea specie actio, & ea ciuilis daretur, nẽpe præscriptis verbis. Si ab ea sententia vellet discedere, prius eum superiorem rationem infirmare oportuit. Nunc autẽ tantum abest, vt id faciat, vt etiam alio loco quam maxime confirmet, atque etiam ea ad refellendum Iulianum, qui in diuersa sententia erat, vtatur. *l. iurisgentiũ. in prin. ff. de pact.* Illud non prætermittam, quod & supra pluribus docui, etsi daremus actionem de dolo esse, vbi tuus dolus arguatur: tamen ex sententia superiore Vlpiani, quæ eo loco exposita erat, saltẽ hoc relinqui, vt vbi nullus tuus dolus sit, illic competat præscriptis verbis actio. Atqui hoc concesso consequens est, vt dixi, etiam cum dolus tuus arguetur, esse actionem præscriptis verbis, vt in eadem conuentione, & facto. Quamobrẽ superior locus eiusmodi est, vt vtro modo posteriora verba interpretemur, vtroque pariter in eos, qui contra sentiant, is locus conuertatur.

## EXPLICATVR L. NATVRALIS. §. I. *illic, Sed si dedi. de præsc. verb. simul l. iurisgentium. in princip. illic, Et ideo puto. Dig. de pact.* CAP. XIX.

SVMMARIA.

1 *In §. sed si dedi. l. naturalis. de præsc. ver. Iuliani sentẽtiam referri, non probari. & num. 7.*

2 *In factum actionem a prætore dandam in l. iurisgentium. in pr. de pact. significare dandam esse a prætore actionem de dolo, non autem actionem in factum prætoriam distinctam a ciuili in factum. & num. 3.*

3 *In factum ciuilẽ, quod legitur in §. sed si dedi. l. naturalis. de præscrip. ver. recte legi, & locum minime corruptum a Triboniano.*

4 *Non §. sed si dedi. l. naturalis. emendandum ex l. iurisgentium. in princ. de pactis. sed verbum actionis in factum, quod est ambiguum, in l. iurisgentium. ex §. sed si dedi. interpretandum.*

5 *Iulianus quid senserit, & in quo a Mauritiano & Vlpiano sit reprehensus in l. iurisgentium. in princ. de pact.*

6 *Cum feci vt dares, & postea quam feci, cessas dare, actionem præscriptis verbis mihi dari ab Vlpiano etiam tunc, cum sciens me decepisti, in l. iurisgentium. in prin. de pact.*

7 *Referri sæpe sententiam aliorum a Iurisconsultis in Pandectis sine vlla reprehensione, vbi tamen sententia non probetur.*

QVæ sequuntur, plus videntur difficultatis habere ad explicandum. ex quib. citatur tertio loco id, quod est *in l. naturalis. §. sed si dedi. hoc tit.* Dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres. manumisisti, & is, quem dedi, euictus est. si sciens dedi, inquit Paulus, de dolo in me dandam actionẽ Iulianus scribit: si ignorans, in factum ciuilem. Hic ego, si cum his sentirem, qui in hac specie dicunt esse, vt ipsi loquuntur, do vt facias, videri fortasse quibusdam possem habere, quo obiectionem in speciem eluderem. dicerem enim in eo genere aliud dici, aliud in eo, de quo quærimus, etsi rationem differentiæ non satis explicare possem. Nunc autem iam supra dixi, quod & verum est, non aliud in proposita specie negotium contrahi, quam id, in quo manumisisti, id est, fecisti, vt tibi darem. Et quamuis alterum illud genus esse cõcederem: tamen etiam in hoc multo minus admitterem competere actionem de dolo, si posteaquam dedi, non facias: cum *in l. naturalis. §. at cum do*, constet non aliam in hac specie dari, quam præscriptis verbis. vt non multum referat ad difficultatem diluendam, vtram speciẽ in supra scripto loco proponi dicamus. Fateor igitur in eo loco Pauli agi de ea specie negotii, de qua quærimus, cum facio, vt des. nego autem siue locũ de ea specie accipiamus, siue de altera, aliã actionem de sententia Pauli competere, quam præscriptis verbis; si quidem de eo agatur, quod ex conuentione dari, aut fieri oporteat. hoc amplius superioribus verbis Pauli id infirmari nego. Obseruandum est n. Paulum toto eo loco nihil de specie proposita affirmare; sed tantum quid de ea Iulianus scripserit, referre, de dolo, inquit, in me dandam actionem Iulianus scribit.

Scripsisse † Iulianum ait. num ergo eam sententiã, & ipse probat? Diceremus eum probare, si de ea nihil vsquam alibi nominatim scriptum esset. cur enim referret, nisi quia probaret? Sed si ea sententia alibi improbatur nominatim, nõ est, quod dubitemus Pauli locũ sic accipiendum esse, vt dicat quidẽ Iulianũ scripsisse, ceterum nõ affirmet id sequendum esse, sed aut ipse improbet, aut certe in medio relinquat, ita fiat etiam, vt res ex aliis locis constituenda sit. nec multum ad rem facit, si alii erunt, quam Paulus, qui alio loco, hanc sententiam improbent. quæ enim in Pandectis scripta sunt, perinde accipienda sunt omnia quasi nõ a Paulo, aut Vlpiano, vel aliis, sed a Iustiniano scripta essent. *l. 1. §. omnia. l. 2. §. tanta. C. de veter. iur. enuclean.* Iam vero reprehensa est Iuliani sententia superior ex professo a Mauritiano & Vlpiano. exstatq; confirmatio eius reprehensionis, quam sequamur *in l. iurisgentium. in princ. de pactis.* Quare & hanc ipsam reiicere, contrariam sequi debemus. An autem in eo reprehẽsus sit a Mauritiano, & Vlpiano Iulianus, quod de dolo dedisset, ita intelligi poterit, si statuerimus, quid ille scripserit. Et si vere scriptum est in *d. l. naturalis. §. sed si dedi. hoc titul.* fuit hæc Iuliani distinctio in superio-

re specie, vt siquidem sciens seruum alienum tibi dedi, de dolo in me actio tibi danda sit: si ignorans, in factum ciuilis, id est, præscriptis verbis.

Mauritianus, & hunc secutus Vlpianus Iulianum non reprehendunt, quod ille dixisset, ciuilem actioné in me dandam. nam hanc ipsam ita dandam esse confirmant, vt solam dicant sufficere: sed hoc reprehendunt, quod ille dixisset interdum actionem a prætore dandam. id enim tum fecit, cum hoc casu actionem de dolo dandam esse dixit. nam hæc a prætore solum, seu edicto solum prætoris datur. hoc, *inquam*, reprehendunt illi: quod dicant etiam in hunc casum ciuilé sufficere, quia negotium ciuile sit contractum. Sed facile sentio, quid hic nobis ex aduerso eruditi homines dicturi sint, non esse nimirum Iulianũ a Mauritiano, & Vlpiano reprehensum, quod ille dixisset actionem de dolo in me dãdam: sed quod dixisset actionem in factũ a prætore dandam. quod pleriq; oés sic acceperunt, quasi Iulianus ita scripsisset, vt si sciens dedissem tibi seruum, qui euictus est, danda esset in me de dolo actio: si ignorans, in factum prætoria. hic vero Iulianum putauerunt hactenus reprehédi, quod hoc casu posteriore dixisset prætoriam in factum dandam: cum esset in hunc casum ciuilis. ceterũ eam partem sententiæ Iuliani, quæ est de actione de dolo non attingi: ita integram manere. Nec deest illis ratio. nam si Iulianus in hac specie partim actioné de dolo dedit, partim actionem in factum ciuilem, *vt in d.l.naturalis*, ex Paulo relatũ est, nullus locus relinquitur actioni in factũ, quæ a prætore detur. ea enim neque de dolo actio est, neque in factum ciuilis. Quibus cum obiicitur scriptum esse diserte apud Paulũ, scripsisse Iulianum, aut de dolo actionem in me dandam, aut in factum ciuilem: respondent locum Pauli a Triboniano interpolatum, & corruptũ esse. quod alii factum ita excusant, quasi Tribonianus id posuerit de Iuliani sententia, quod ex notis ad Iulianum scriptis de ea seruari vellet: alii non sine flagitii crimine id a Triboniano factum damnant.

3 Ego † autem bona venia illos interrogo, vnde didicerint Tribonianum non recte, & fideliter retulisse Iuliani, seu Pauli verba: sed pro, in factum prætoriã, reposuisse, in factum ciuilem. Quod ad me attinet, cũ omne parum tuto affirmari scio, quod si negetur, longius progredi non possis: tum vero periculose puto affirmari, quod ad derogandam publicis scriptis fidé & auctoritaté pertinet. neq; vero vllo modo admittendum esse arbitror, nisi apertissime ita faciendum esse conuincatur. Quodnã ergo huius flagitii & corruptelę argumentũ habent? nempe illud vnum, quod scriptum sit apud Vlpianum *in d. l. iurisgentiũ. in prin.* Iulianum putasse actioné in factum a prætore dandã, nõ ciuilem. At hæc in factum actio, quæ a prætore detur, de actione de dolo accipi potest: non quod idem sit actio in factũ, quæ detur a prætore, & actio de dolo: sed quia sæpe in qua specie actio de dolo competit, in ea dicimus actionem in factum a prætore dari, vel quod quę actio de dolo est intra annum, ea post annũ est in factum: vel quod quæ de dolo est, ea in factum potest temperari, & molliore verbo Iurisconsulti interdum vti malunt. Id quidem factum scimus *in l. rei quam. D. de dol.* quod enim illic scriptum est, actioné in factum cum sua indemnitate competere, de ea specie scriptum est, in qua actionem de dolo competere inter oés conuenit. Nõ semper ita accipi concedo, & nisi quid ostendat hoc modo accipiendum esse, non esse accipiendum etiam concedo. Interim illud tenebo, in eam partem aliquãdo id verbum accipi & posse & debere.

Quod † cum ita sit, quæro, vtrum quod est in hoc verbo ambigui, id ex loco Pauli nec ambiguo, nec incerto interpretari debeamus, an contra ex incerto & ambiguo locum certum & diserte scriptum mutare. Perspicuum vero est, quid hic fieri conueniat. nempe incerta ex certis, & minime ambiguis interpretari & confirmare: non item certa ex incertis conuellere aut euertere debemus: præsertim si ad sententiam, quam ex locis certis effici dicimus, vera ratio & aliarum partium iuris consensus accesserit. 4

Sic † igitur, opinor, recte dicemus. scripserat Iulianus, si ego sciens alienum seruum tibi dedi, vt tuũ manumitteres, & manumisisti, dandam in me de dolo actionem: si ignorans dedi, in factum ciuilem. ita hoc scripserat in hac specie, actioné aliquando a prætore dandam. nam actio, vt dixi, de dolo solũ a prætore datur. pro actione de dolo dixit Vlpianus scripsisse Iulianum actionem in factum a prætore dandam: verum eodem sensu. solum hoc animaduertendum est, & solum ad rem pertinet, quod Iulianus hic actioné a prętore aliquo casu dandam putauit. Quod actionem in factum ciuilem dedit aduersus ignorantem, conuenit hoc illi cum Vlpiano & Mauritiano. quod putauit aliquãdo actionem a prætore dandam, siue hanc de dolo esse volumus, siue loco eius in factum prætoriam verbis temperatam, hoc illud est, quod superioribus improbatur: cum in totum in hac specie aduersus me ciuilis sufficiat, id est, præscriptis verbis. hic verus est, vt mihi videtur, Vlpiani sensus. 5

Vt † autem planius intelligatur Vlpianum nõ hoc solum sentire, actionem præscriptis verbis competere tunc, cum ego ignorans seruum alienum dedi, sed etiam in omnem casum, id est, & tunc, cum sciens te decepi: expendatur, quam reprehensionis suę rationé ille afferat. Non recte, inquit, dixit Iulianus in factum actionem a prætore dandam: quia ciuilis in factum actio, id est, præscriptis verbis sufficiat. cur ciuilis? quia contractum est, inquit, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, vnde hæc nascitur actio. Atqui etiã tunc contrahitur obligatio & illud, quod Aristo vocat συναλλάγμα, cũ dedi tibi seruum alienum sciens, vt seruum tuum manumitteres, & manumisisti. Vnde certissima cõiectura ducitur etiam tum actionem in factum prætoriam eum repudiare, & ciuilé dare, cum te decepi, vbi hoc esse negotium contractum constat, quod dixi. Quæ si ita sunt, vt non tam probabiliter videantur dici, quam necessario, tantum abest, vt sententia Iuliani superior nobis obstet, vt contraria sententia Vlpiani bene cõstituta id ipsum statuatur omnino, quod diximus de actione præscriptis verbis omnimodo danda, vel vbi dedi, vt dares, vel vbi feci, vt dares, quamuis vtroque casu me deceperis. 6

Illud † fortasse aliquibus nouum videbitur, & insolens, quod dixi Paulum *in d. §. sed si dedi*, ita referre Iuliani sententiam, vt non probet: quasi alio consilio retulerit, quam vt illa vteretur. alioqui quid aliud, quã nos irrisit? Sed ne cui hoc ita videatur, sciamus nõ nũc primum a me dici, referri interdum a iurisconsultis in Pandectis veterum sententias, quas tamen ii, qui proponuntur eas referre, non probét, aut certe quæ probandæ non sint: sed exemplo a me fieri, atque adeo in locis compluribus omnium consensu esse receptum. Ex multis pauci nunc sufficient. In *l. 5. §. de arbore. sup. de rei* 7

*de rei vind.* ita scriptum est: de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit, Varus, & Nerua vtilem in rem actionem dabant. neque quidquam adiicitur eo loco, quo significetur eam sententiam reprehendi. Sed omnes consentiunt locum sic accipiendũ esse, vt ne id probetur. quando hanc sententiam aliis locis certo notari constet, quos ad superiorem illum referimus, *vt l. hoc amplius. §. Alfenus. ff. de dam. inf. l. sed si meis. §. arbor. ff. de acquirend. rer. domin.* In *l. si fideiussor. ff. de dolo.* si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de eo Papinianus ita scribit; de dolo actionem reddi aduersus eum oportere Neratius Priscus & Iulianus responderunt: quoniã debitore liberato ipse quoq; dimittitur. At hæc sententia multis locis repudiata est, *vt l. mora. §. vlt. Dig. de vsur. l. mora. D. de verb. obl.* Ne Papinianus quidem ipse probat, etsi refert: sed eam alibi aperte repudiat, *in l. Stychum. in prin. D. de solut.* de quo disserui plurib. *ad l. cum filiusfam. D. de verb. oblig.* Adde, si videtur, & hos locos. Refertur sententia *in l. seruus. §. vlt. D. de dolo.* non probatur *in l. cum a te. Dig. eo.* Refertur *in l. 1. §. per contrarium. D. de dot. prael.* non probatur *in l. 1. §. itẽ heres. D. quan. act. de pec. ann. est.*

## HIC EX PROFESSO EXCVTITVR, *& explicatur sententia §. quod si faciam. l. naturalis.* CAP. XX.

### SVMMARIA.

1 *§. Quod si faciam. l. naturalis de pra. ver. de eo quod ex conuentione dari debuit. petendo accipi non posse, quin pugnet certo cum aliis locis: atque adeo omnino ita accipi non debere.*

2 *§. Quod si faciam, sententiam esse, de eo, quod factũ est reuocando, nullam esse ciuilem actionem, id est, condictionem. & ideo hoc casu de dolo dari, & nu. 4. in fin. & nu. 8.*

3 *Ciuilis actionis verbo in §. quod si faciam, intelligi debere certam, vt excludat actionem præscriptis verbis: & cur, cum alioqui verbum sit generale.*

4 *Ciuilis actionis verbo in §. quod si faciam, non solum intelligi debere certam, sed etiam talem certam, qualem in prioribus caussis dixerat Paulus, id est, condictionem, & cur.*

5 *Præscriptis verbis actionem esse & dici actionem ciuilem. & de ea agi a Paulo in tota reliqua tractatione l. naturalis; & tamẽ eam actionis ciuilis verbo accipi non debere in §. quod si faciam variis rationibus euincitur. & nu. 6.*

6 *Errare eos, qui cum facio vt des, dicunt, vbi dolus tuus nullus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam.*

7 *Ciuilis actionis verbo vt maxime concedamus intelligi actionem præscriptis verbis, in §. quod si faciam, tamen nihil profici, nisi vt locus repugnet innumeris aliis. in quo si quæritur, vtra sententia cedere alteri debeat, omnia concurrere & in auctoritate plurium & in æquitate & veritate sententiæ, cur Pauli sententia reiicienda sit.*

8 *Summa sententia §. quod si faciam.*

9 *Breuis comprehensio totius tractationis leg. naturalis, de actionibus, quæ interueniunt in quatuor generibus contractuum incertorum illic propositis.*

10 *Præscriptis verbis actio, an de dolo detur, cum facio vt des, quid intersit.*

OMnium difficilimus ad explicandum locus, & ex quo hæc omnis disceptatio maxime nata est, ad extremum nobis obiicitur. *l. naturalis. §. quod si faciã. hoc tit.* Sic enim verba sunt Pauli eo loco de proposita specie, vt illam sententiam, quam posui, non leuiter, aut obscure notare: sed disertis verbis velut ex professo reiicere, & contrariam statuere voluisse videatur. quod si faciam, inquit, vt des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla erit ciuilis actio. & ideo de dolo dabitur.

Et † si quis locũ ita accipiat, quasi Paulus loquatur 1 etiam de ea parte contractus, qua de re promissa agatur, nõ autem de ea tantum, in qua agatur de eo, quod factum est, retractando, non est meo iudicio, quod quisquam neget hunc locum ex diametro nobis aduersari: nõ est, inquam, quod neget Paulum hoc dicere, denegari in hac specie in totum actionem præscriptis verbis, & nullam relinqui in omnem casum, nisi de dolo. Vt enim dederimus verbo ciuilis actionis interdum non significari actionem præscriptis verbis, vt proinde eo verbo hæc actio non excludatur, attamen satis excluditur in eo, cum de dolo actionem dari negat. neque enim actioni de dolo locus esse potest, si vlla alia competit. Deinde si Paulus actionem tantũ certam verbo superiore excluderet, non erat, quod inde colligeret actionem de dolo dari. nam potius ita inferri debuit, & ideo actio præscriptis verbis, seu in factum ciuilis dabitur. Nam hæc vtique certa non est, & certi iuris est, cũ deficiunt vulgaria, & vsitata actionum nomina, ad hoc genus actionis descendi & solere & debere, cum de contractibus agitur, *l. 1. 2. & 3. eo.* Sed hæc ita sunt, inquam, si quis Paulum de ea parte conuentionis loqui putet, in qua de dando eo, quod promissum est, agatur. Quod si de eo nõ loquitur, res est expedita. nam de eo, quod factum est, reuocando ei, qui fecit, fatemur nullam esse actionem ciuilem, & verum est, vt si de eo agi potest, consequens sit vnam superesse eo nomine actionem de dolo. Quid ergo, de eo, quod promissum est, petendo Paulus non agit? Si id dicimus, vereor, ne a plerisque statim hæc sententia reiiciatur prius, quam inducta pro se caussam dixerit: ab iis præsertim, qui contemtis rationũ momentis, & neglectis aliis locis, qui in contrariam sententiam tam clare de hac specie scripti sunt, ad verba tantum Pauli, quæ se hic ostendunt, adhærescent, & ex his de re tota iudicabunt. nam verba generaliter scripta sunt, & Paulo in hac tota quæstione propositũ est maxime de eo agere, quod dari fieri debuit, ac de eo superioribus §§. præcipue ab illo dictum est, vt si quis hic neget idem illum sentire, is & verbis videatur refelli, & scriptoris ipsius sententia, quæ facile ex præcedentibus colligatur. Sed peto, si qui tales erunt, vt de re velint cognoscere attentius: ita etiam spero, cũ audierint nobis æquiores futuros, & quod ante mirum videbatur, vltro probaturos.

Ego † vero Paulũ ita interpretari non dubito, quã- 2 si diceret nullam esse in hac specie certam actionem talem, qualem supra dixit, id est, nullam condictionẽ. ex quo bene infert de dolo dari debere: dum hoc intelligatur hanc esse dandam in ea specie, in qua de condictione quæritur, & tamẽ ea denegatur. in summa de eo, quod factum est, repetendo esse actionem posse: sed non condictionem, vt in superioribus generibus ostenderat. ideo hoc casu de dolo dandá. Sed verba nobis obstant. Quid enim, dixerit aliquis, an nõ hæc generalia sunt? an non adeo hæc vniuersalis ora-

tio est, nullam ciuilem actionem fore? qua oratione non vna aliqua species actionis ciuilis, sed omnis ciuilis actio excluditur. proinde non condictio tantū: sed etiam actio præscriptis verbis, quæ & ipsa ciuilis est actio. itaque cum dicimus cōdictionem solum his verbis, non etiam actionem pręscriptis verbis excludi, an nō aduersantia Paulo dicimus? quis enim ignorat has orationes sibi inuicem aduersari, nihil eorum verum est, & aliquid eorū verum est: quod a Dialecticis sumtū Iulianus posuit *in l. si is qui ducenta. §. vtrū. ff. de re. du.*

3 Et † sane si vno modo ciuilis actio dicatur, hoc ita esse fatendū est, fieri nō posse, quin Paulo aduersemur, si cū ille nullā esse actionē ciuilē dicit, nos præscriptis verbis actionē esse dicamus. Sed si verbū ambiguū est, quo Paulus vtitur, cur nō in verbo eā significationem sumimus, quę cū aliis locis, & vera ratione consentiat, dummodo aliud sensisse Paulum aperte nō probetur: Immo vero id ita faciendū est. Atqui verū est illud, ꝙ a Franc. Duareno in hac specie respōsum est *ad l. iurisgentium. in pr. D. de pact.* ambiguū esse verbū ciuilis actionis. ꝙ & nos hoc loco recte vsurpabimꝰ. Est. n. interdū, cū ciuilis actio oēm actionem cōtineat, quæ ex iure ciuili est, siue sit ex verbis, siue sit ex sententia. quo modo si intelligitur, sane etiā præscriptis verbis actio hoc verbo cōtinetur. est enim hæc ex iure ciuili. vnde & ciuilis passim dicitur, de quo postea. Hoc sensu si fateamur a Paulo dici, nullā esse ciuilem actionem, non liceat nobis actionem præscriptis verbis esse dicere. Sed interdum hoc verbū paulo angustius accipitur, vt eo significetur non omnis actio, quæ sit ex iure ciuili: sed ea, q̄ sit ex verbis ipsis legis, id est, q̄ sit certa & solemnis: quæ propterea per excellentiā ita proprie appellatur. Quod cum fit, certū est actionē præscriptis verbis, quę incerta est, & ex sententia tantū legis, non ex verbis, hoc verbo nō contineri. vnde cum dicatur *in l. interdictū. ff. de prec.* precarii nomine nullam iuris ciuilis actionem esse: nihil tamen contrarii dici putamus, cum alibi de precario legimus non solū interdicto de precario vti nos posse, sed etiā actione præscriptis verbis. *l. 2. §. 1. l. duo. §. vlt. ff. de prec.* Id si ita est, si qs iam ex hoc sensu nullam hic ciuilem actionem esse dicat, vt sit nullam certam & solemnem: neq; is quidquam alienum a significatione verbi & vsu loquendi fecerit, simul idem nec præscriptis verbis actionem excluserit. nos vero id ita hoc loco interpretandum esse contendimus. Sed cur hoc modo potius, quam illo altero, quem & magis vsitatum esse, & a Paulo sępe antea in eadem disputatione vsurpatum scimus? Quia si præscriptis verbis actionem ex iis verbis denegabimus, pugnabit sententia cum tam multis locis, quos supra ostendimus; & præterea efficietur ea absurditas sententię, quam nulli adhuc aliter interpretati vlla ratione vitare potuerunt. In quo nihil nostro Marte cōfingimus, ne quis forte hic nos dicat diuinare: sed regulam iuris sequimur, quæ est de ambigui interpretatione: quo præcipitur, vt in ambigua voce legis ea interpretatio sumatur, quæ vitio caret. *l. in ambigua. D. de legib.*

4 Et † hac quidem interpretatione ad superioris loci conciliationem vsus est Franc. Duarenus. Sed nō progressus longius ea responsione consecutus est dūtaxat, vt efficeret ciuilis actionis verbo, quo vtitur Paulus, non denegari præscriptis verbis actionē: sed ex sententia eius nō est cōsecutus. nā hoc cōcesso nihilominus in eamdem fraudem incidit ex eo, quod sequitur. cum enim colligit Paulus, & ideo de dolo dabitur: satis significat se etiam actionē præscriptis verbis excludere: aut certe illud admittendum erit, vnam cum altera concurrere. quod pugnat cum edicto de dolo. ita dū vnam difficultatē vitat, in aliam incidit nō paulo minorē. Quare hoc addemus actionis ciuilis verbo hic intelligi debere certam quidem actionem & vulgarem, vt diximus: sed non quamuis certam, verum eā, de qua Paulo in ea disputatione est sermo: vt sic generalitas verbi ad institutum Pauli accōmodetur, nec ad alia pertineat, quam ad ea, de quibus ante a Paulo actū est. nam & generalem transactionem eodem modo interpretamur. *leg. si de certa. Cod. de trans.* Porro certa illa actio, de qua egit antea, condictio est ob caussam dati, quam in superioribus duabus speciebus cōpetere dixerat, si quis vellet repetere, quod dedit. Quapropter certā actionem, qualem supra dixerat, in hac specie competere negans, condictionē cōpetere negat. Ex quo iā recte colligit actionē de dolo dari: hoc sentiens videlicet eo casu dandam, quo casu condictio requiritur, & tamen non competit. Quæ nos eo deducunt, vt intelligamus eum, de eo, quod factum est, retractando agere. in eo remouere condictionem: ita plane consequens esse, vt sit eo nomine actio de dolo.

Hæc verbis huc vsq; satis cōuenire nemo negabit. Sed nihil ad rē verba faciūt, dicet quispiā, si aduersatur scriptoris sententiæ: q in omni scripto præcipue spectāda est. *l. in ambigua. ff. de legib. l. pen. ff. ad exhib.*

5 Iam † vero quæ res in obscura voluntate scriptoris spectari iubentur, ex quibus mens & voluntas coniicitur, vsus verbi, consuetudo eius, qui loquitur, ea quę præcesserūt, quæque sequuntur: *l. si seruus plurium. 50. §. vltim. ff. de leg. 1.* ea omnia hic cōcurrunt, vt Paulus actionis ciuilis verbo actionem præscriptis verbis accepisse, & de eo petendo, quod dari debet, pręcipue egisse existimetur. Scimus in vsu iuris actionem præscriptis verbis ciuilem appellari. *l. iurisgentium. in prin. de pac. l. solent. hoc titul.* nec Paulus ipse aliter loquitur, qui ciuilem ita nominat absolute, vt præscriptis verbis actionem intelligat. neque id facit alibi: sed in eo ipso capite, id est, *in l. naturalis.* cuius fragmentum est is locus, de cuius interpretatione agitur. Proinde & cōsuetudo sermonis, & vsus loquendi auctoris, & ea quæ præcedunt, hanc significationem, quā dixi, plane arguunt. sed ex iis, quæ præcedunt, illud maxime, quod sibi Paulus in ea tota disputatione ab initio tractandū proposuit. Id autem fuit, vt totius ob rē dati tractatus inspiceretur, in eoque quæreret, non solum quæ dati repetitio esset: sed etiam maxime ad petendum id, de quo dando aut faciendo conuenit, quænā esset actio. idque aperte in duobus illis generibus præcedentibus, cum do, vt des, item do, vt facias, ab illo factum est. An censemus igitur illum velut oblitum, aut dissimilem sui non eadem hic de ista specie, cum facio vt des, complexum esse, quæ de superioribus duobus, & in ea id, de quo non vsque adeo quærebatur, posuisse: illud quod præcipue ad institutum & quæstionem faciebat, omisisse? Hæc & similia homines eruditi aduersus illam interpretationem disputare solent. quæ & ipse ingeniose dici fateor, & sunt eiusmodi, quę me plurimum semper mouerint: sed non vsque eo, vt me vsque adhuc vincere potuerint. dicuntur enim recte, & omnino admittenda sunt in omni interpretatione voluntatis: sed hactenus, nisi absurditas sententiæ, & aliorum locorū manifestus dissensus, quorū præcipue in iure interpretando ratio habēda est, refragetur. Nā cum

eum efficitur absurda, aut falsa sententia, semper illam regulam tenere debemus, potius eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *dict. leg. in ambigua. Digest. de legi. leg. quoties in stipulationibus. 80. ff. de de verb. obl.* Fateor durum esse, dicere Paulum in eadem significatione verbi non perseuerare, & quodammodo ambiguitate verbi ludere, atque hoc modo errorē obiicere legenti: dicere ab illo quęstionē de eo, quod conuenerat, præstando hoc loco prætermissam esse. Sed vtrumq; ferri potest. est enim in arbitrio scribentis, quomodo eo verbo, quod plura significat, vtatur: nec necesse est eum, q de aliqua re disserit, omnia quæ ad eam quæstionem pertinent, dicere. Et ne cui vsq; adeo mirum videatur, & non conueniens Paulo, quod dicimus, in hac specie cum facio, vt des, respondisse illum de condictione: de re autem, quæ ex conuentione dari debuit, responsionē omisisse: id ipsum fecit omnino in ea specie, quæ illi ex facto ꝓposita est ad discutiendum *in d. l. naturalis. in prin.* nimirum cum facio, vt facias. De hac enim agens *in §. vlt.* sic disputationem concludit: si ergo hæc sunt, vbi de faciendo ab vtroq; cōuenit: & in proposita quæstione idē dici pōt, & necessario sequitur, vt eius fiat condemnatio, quāti interest mea seruum habere, quē manumisi. Obserua eum de seruo tantum a me manumisso, id est, de eo, ꝙ a me factum est, actionem dare in id, quod mea interest. Vtrum actionem præscriptis verbis intelligimus? minime. hæc enim de eo est, quod deducitur in conuentionē, non de facto retractando. Quā ergo? nempe de dolo, vt supra in hac specie cum facio, vt des, responderat: quia nulla sit in eam rem ciuilis, id est, certa actio ex iis, de quibus hic agitur, id est, nulla condictio. Id si in ea specie, quæ principaliter proposita erat, fecit Paulus, an vsque adeo mirum videtur, aut ab eius sententia alienum, idem eum in hac specie, cum facio vt des, de qua prius, respōderat fecisse? Quod etsi non constaret: dici tamen posset, quod iam monui, ferri posse, quod non satis dilucide loquatur Paulus, & quod non omnia, quæ vellemus, persequatur. hæc enim si vitia sunt, orationis sunt vitia, non sententiæ, quæ nihilominus vera retinetur. At illud ferendū nō est, si quis dicat cum facio, vt des, nullam esse actionē præscriptis verbis: item de eo, quod conuenit, de dolo dari. Nam ad hoc refellendum satis est, si dicamus saltem tunc esse præscriptis verbis actionem, cū nullus dolus subest aduersarii. nam hoc ita probatur *in l. solet. & eadem l. naturalis. §. sed si dedi. hoc tit.* vt qui neget, nihil amplius, quā ad verba ipsa eorum locorum sit reuocandus.

6 Scio † esse qui dicant, vbi nullus dolus tuus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam: sed in factum prætoriam, quod etsi superioribus locis satis coarguitur: tamē si quis id cōcesserit, quid profecturi sint, nō animaduerto. nō enim Paulus tantū dicit, cum facio vt des, nullam esse ciuilem actionem: sed etiam addit de dolo dandam. quod ipsum aperte falsum est, si nullus tuus dolus arguatur. Dicēt dictū Pauli sic esse interpretandum de dolo dandam actionem, si aliquis dolus arguatur. Atqui ex hoc responso in id, quod volumus, incidunt, non esse verū, quod Paulus simpliciter definit, si eius responsum de eo, ꝙ dari debet, accipimus. Sed illuc redeo, quod dixi, si nullus dolus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, quod supra dilucide ostendimus. Hoc autem posito absurdum est, si quis neget etiam tunc, cum sciens alienum promiseris, nō competere mihi aduersus te eamdem actionem. quę absurda etiam ex ipsa Pauli sententia nascūtur, si modo illa sententia est Pauli, quam esse alii volunt. Atqui vt ea sententia se ipsa non refelleret: tamē cum de Pandectis agatur, & sint alii loci diserte scripti superiori sententiæ contrarii, faciendum est, quod Iustinianus iubet. id agendum videlicet, quantum possumus, ne vnus locus pugnet cū alio. *l. 2. §. contrarium. Cod. de vet. iur. enucleand.* In qua conciliatione si quęritur, quid facto sit opus, & qui loci quibus cedere debeant, in promtu est, quid sequi debeamus. quod positū a D. Augustino in *lib. 3.* de doctrina Christiana, in omni interpretatione & conciliatione dubiorum locorum obseruari decet, pauciora nimirum per plura, obscura & incerta per certa & dilucida interpretationem & legem capere debere. Quod cum ita sit in hac specie, vt in alteram sententiam, quam defendimus, plura sint & certiora testimonia, recte fit, atque ordine, si huic alios locos concedere iubemus.

Sed † demus iam si ita placet, locum hunc Pauli æque plane, vt superiores scriptum esse, & quidem ita, vt aperte neget actionem præscriptis verbis esse dandam: quid proficiemus, nisi vt locum esse superiorib contrarium efficiatur? quo admisso, introducetur ētnum hæc quæstio, quis aliis cedere debeat. At hoc si quæritur, res est expedita. nam & vnū locū pluribus, & obscurum dilucidis, & quod sine ratione dicitur, veræ rationi parere oportet. Nunc autem quam multi sint loci in contrariam sententiam, satis supra demonstrauimus. Rationes vero, cur ēt in hac specie præscriptis verbis actio dari debeat, eiusmodi allatę sunt, vt ne auctore quidem Paulo res dubitationem habere videatur. Conferamus iam contrariam sententiam: quid simile reperiemus? Immo vero vt quis dicat, nullam hic actionem esse præscriptis verbis, vbi fateatur negotiū ciuile geri non minus, quę tandem ratio, nisi inepta & ridicula reddi potest? Sunt, qui dicant ideo fieri, quia nihil in dantem transferatur, nihil facienti absit. quod in poliente & sarciente vestimenta perspicue falsum est. & vt verum sit nihil transferri: tamen satis est quid fieri, quod erat in potestate facientis non facere, quod factum ei absit, & simul ad voluntatem accipientis pertineat. alioqui idem in ea specie dicendum erit, cū facio vt facias. Alii conuentionem dolo malo factam nullius momenti esse dicunt. quod ad hanc speciem non pertinet, vbi is qui promittit, decipit ipse, nō decipitur, &, si pertineret, falsum esset; quod ita promittitur, in eo inutilem esse pactionē. de quo satis suprá diximus. Alii nullum hic negotium nominatis contractibus simile geri dicunt, vt consequens sit nullam iuris ciuilis actionem in eo dari, id est, pręscriptis verbis: quod & ipsum cuiusmodi esset, abunde supra ostendimus. Reliquę rationes, quæ ab aliis huc afferuntur, sunt eiusmodi, quæ refutatione non indigeant, adeo sunt nugatoriæ, & se ipsæ satis ostendunt. quas refellit Alciatus. *lib. 5. parad. cap. 1. Duaren. ad l. iurisgentium. in prin. ff. de pact.* Quare si hac sententia admissa quasi præscriptis verbis actio in hac specie *in d. §. quod si faciam,* non detur, nō tamen perficimus, quominus & Paulum in eo non recte sensisse, & eius sententiam nō esse seruandā fateri cogamur: an non præstat commoda aliqua interpretatione sic locū eius interpretari, vt eum retineamus, & verbis interpretatio conueniat, & nihil sit in sententia Pauli absurdi, nihil quod cum aliis locis non recte conueniat?

Dicamus † igitur iā breuiter hunc esse sensum Pauli, cum do tibi, vt des, vel do, vt facias, & postea quā de- 8

di, cessas dare, aut facere, in his non tantum esse mihi actionem aduersus te de eo, quod conuenit: sed etiam dati repetitionem, in eamque rem actionem ciuilē, & certam, nempe condictionem ob caussam dati caussa non secuta. quod prioribus §§. de duobus illis generibus expositum erat. At si faciam, vt des, & posteaquam feci, cesses dare, esse quidem & hic actionem præscriptis verbis, si de eo, quod conuenit, præstando agatur. quod tanquam confessum prætermissum a Paulo putemus: verum nullam esse in hoc genere ciuilem & certam actionem: nullam, inquam, talem, qualem in superioribus generibus esse dixerat, id est, nullam condictionem eius, quod factum est, ob eas caussas, quas initio exposui; & ideo de dolo dandā: intellige hoc casu, quo facti repetitio & condictio quæritur, quæ iure ciuili nulla est.

9 Quæ † si vera sunt, hæc erit summa disputationis, quam de quatuor generibus propositis contractuum ex *l. naturalis.* & aliis locis teneamus. Cū do, vt des, aut do, vt facias, neq; placiti fidē p̄stas. vltro petenti mihi dati condictio est: si modo quod dedi, sit in ea caussa, vt per rerum naturam præstari possit. Quod si non poterit præstari, veluti, si dedi ancillam, quæ a te manumissa est, licebit nihilominus mihi agere aduersus te in id, quod mea interest ancillam datam non esse: eritque in eam rem de dolo actio. quæ sententia est *l. cum proponas C. de dol.* At cum facio, vt des, vel facio, vt facias, hic nulla facti esse potest condictio, & vt Paulum loqui arbitramur, nulla est ciuilis actio. quamobrem & hic eo nomine sine vlla distinctione de dolo dabitur. Atq; hæc ita sunt, si de re data reuocanda velim experiri. Quod si in id agetur, vt mihi prestetur id, de quo conuenit, sic de omnibus contractibus incertis statuemus sine exceptione, siue dem, vt des: siue dē, vt facias: siue faciam, vt facias: siue id, de quo quærimus, faciam, vt des, esse mihi aduersus te de eo, quod in conuentionē deductum est, actionē ciuilē, & eam præscriptis verbis, idque siue dolus tuus aliquis interuenerit, siue nullus. Et quia competit actio præscriptis verbis, ideo in hanc speciem de dolo non erit: quia cū ciuilis sufficiat, non sit a prætore danda. *d. l. iurisgentium. in pr. de pact.*

10 Vtrum † de dolo detur, an præscriptis verbis, hoc refert, quod de dolo actio famosa est. *l. 1. D. de his, qui not. infam. l. penul. D. de in int. rest.* prescriptis verbis nequaquam: cum neque edicto de infamibus, neque vsquam alibi hac actione damnato infamia irrogetur. Actio de dolo intra biennium solum competit. *l. vlt. C. de dolo.* actio præscriptis verbis, vt ciuilis, perpetua est. *Inst. de perp. & temp. act. in prin.* Illud tenendum est, cum in his generibus actionem esse dicimus p̄scriptis verbis, simul hoc dicere nos esse etiam actionem in factum. nam præscripis verbis actio est in factum ciuilis. *l. 1. & 2. hoc. tit.*

## PRÆSCRIPTIS VERBIS ACTIO *quid sit, & cur sic vocetur.* CAP. XXI.

SVMMARIA.

1 *Præscriptis verbis actio, quid sit.*
2 *Præscriptis verbis actio cur ideo dicta.*
3 *Præscripta verba quid hic significent.*
4 *Præscriptis verbis actio cur dicatur subiici, & subdi, pro dari.*
5 *Nomen actionis in agendo certum exprimi oportuisse iure Romano, si actio certum nomen habuit.*
6 *In Præscriptis verbis actione nullum nomen certum nomen exprimi; & quare.*
7 *In factum actionem esse etiam præscriptis verbis; non tamen in vsu iuris ita dici, & cur.*

Hoc iure de præscriptis verbis, & in factum actione constituto, quid sit vtraque; & cur ita vocetur; quid vna ab altera differat; quid singularum propriū sit, considerandum est.

Ac † quid sit actio præscriptis verbis, ita facile poterit intelligi. Iam primum de hac actione Iulianus scribit *in l. 1. hoc tit.* ad hanc confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullę iure ciuili proditæ sunt. dixit, *quoties contractus*, non autem in vniuersum, *quoties negotia seu caussæ exsistūt.* Ex quo colligimus, hoc verbum vsurpari solere non in maleficiis, aut aliis obligationum caussis, sed in cōtractibus dumtaxat: neque his omnibus, sed iis tantum, quorum appellationes iure ciuili nullæ sunt: nempe iis, de quibus supra disseruimus, & in his solis. alioqui Iuliano ita dicendum fuit, ad quam confugere necesse est, quoties caussæ aliquæ exsistunt, quarum appellationes, & quæ sequuntur: non autem ad cōtractus incertos reuocare, quod omnium aliarum caussarum commune erat. Iā in *l. 1. & l. 2. eod.* scriptum est, non competere actionem præscriptis verbis, nisi cū cessant iudicia prodita, & vulgares actiones, siue cum deficiunt vulgaria atque vsitata actionum nomina. Ex quo intelligimus, *præscriptis verbis actionis nullum nomen esse.* merito, cum vnaquæque actio ex eo negotio, vnde nascitur, nomen habeat; fieri autem non possit, vt nomen ex contractu nanciscatur ea, quæ ex eo nascitur, cuius nullum nomen est. Neque mirum sit esse aliqua negotia, quorum nullum nomen proditū sit iure ciuili. natura enim cogente id fit, qua cōparatum est, vt plura sint negotia, quam vocabula, *vt est in l. 4. eo.* His de natura huius actionis separatim cognitis, nihil negotii est intelligere, actionem præscriptis verbis sic recte posse definiri, vt sit nuda & simplex nullo proposito actionis nomine eius, quod in conuentionem deductū est, petitio, recepta in iis cōtractib. quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sunt.

Dictam † esse hanc actionem ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & ea demonstratione vice nominis, quo caret, vtatur, & multis doctis viris placet, & iā olim docuit Duarenus *ad l. iurisgentium. in pr. ff. de pact.* quod & mihi verissimum videtur. Est tamen, nisi explicetur, non vsque adeo omnibus expeditum: & non desunt etiam ex viris eruditis nonnulli, qui totam hanc rationem nominis repudient, & ii quidem, quorum doctrina & auctoritas non parum mouere nos debeat. Quare, si placet, de eo amplius cōsideremus. Et paulo timidius de eo affirmaremus, nisi hæc actio hac ipsa circūlocutione describeretur ab Alexandro Imperatore *in l. cū mota. C. de trans.* Sic enim ille, aut enim, inquit, stipulatio cōuentioni subiecta est, & ex stipulatu actio cōpetit: aut si omissa verborum obligatio est, vtilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est, id est, vno verbo, actio p̄scriptis verbis. Inepta prorsus & aliena descriptio, nisi id, quod ad hanc actionem demonstrandā dicitur, propriū sit eius actionis. Quod si proprium, quis neget, cum verba cum re consentiant, actionem ex re ipsa esse appellatam? At a quo Imperatore tandē hæc descriptio est? Alexandro videlicet, qui nō sapiēs tantum, sed doctissimus etiam & consultissimus sit

habitus,

habitus, quique in consilio & iure reddendo doctissimis & prudentissimis Iurisconsultis maxime præter ceteros sit vsus: vt nemo dubitare possit, quin consuetudinis loquendi, & iuris peritus Princeps in hoc verbo & rebus, & consuetudini loquendi, & iuri consentanea scripserit. Sed hoc intelligetur certius, si cognouerimus, quid sit rem gestã demonstrare verbis præscriptis, & cur præcipue id facere hæc actio dicatur. tũ enim certo statuetur hanc verbi rationem, quam maxime rei, & naturæ huius actionis esse conuenientẽ. Res gesta est, id, quod factum, gestum, contractũ est. vnde hæc quoque actio in factum appellatur, vt postea pluribus indicabimus. Demonstrat actio rem gestam, cum editur. sic.n. editur, vt res seu factum exponatur, sic deinde subiiciatur petitio. *l. edita. C. de edẽ.* Demonstrat verbis: nempe iis, quib. res gesta narratur & exponitur, dum ipsa editur. Demonstrat autem

3 verbis præscriptis. vbi † præscripta accipere non debemus, certa & velut ad certam formulam cõcepta, vt cum dicimus conceptis verbis iurare (nulla enim in hac actione verborum conceptio est, quæ in directis solum, & solemnibus actionibus olim obseruabatur, non in vtilibus. *l. antepen. D. de neg. gest.* alioqui vulgares & vsitatæ actiones, quæ certis conceptionibus cõstabant, multo magis præscriptis verbis dici debuerunt) sed præscripta verba hic declarant, ante scripta. dicũtur.n. ita habita ratione ipsius petitionis, quæ instituitur. Verba rei gestæ præcedunt, seu, quod idem est, res, vt gesta est, ante narratur: sequitur deinde petitio. ita verbis rei gestæ ante scriptis petitio subiicitur.

4 Ad † quem ordinem verborum & actionis alludens Papinianus *in l. 1. in fin. eod.* pro his verbis, *in factum ciuilis datur actio*, dixit, *in factum ciuilis subiicitur actio.* cur subiicitur, nisi quia in ea proponenda aliquid præcessit? quid autem præcessit, nisi verba rei gestæ? vnde merito hæc præscripta, id est, ante scripta dicuntur. eademque forma loquendi dictum est *in l. si pro fundo. C. de trans.* agi prescriptis verbis actione ciuili subdita. Nec dissimiliter prescriptionis verbo vsus est Cicero epist. *2. lib. 5. ad fam.* dum ita scribit *iam illud S. C. quod eo die factum est, ea præscriptione est.* Similiter & Corn. Tacitus lib. 1. Annalium, his verbis de Tiberio loquens: *Ne edictum quidem quo patres in curiam vocabat, nisi Tribunitiæ potestatis præscriptione posuit sub Augusto acceptæ.* Id est, nisi prius scripto titulo Tribuni plebis, quo se ostenderet eam vocationem instituere non pro imperio principis, sed solum pro Tribunitia potestate, quam ab Augusto accepisset. Dixerit hoc loco aliquis, nihil in hac præscriptione & demonstratione rei gestæ propriũ esse huius actionis. rem.n. esse omnium actionem communem, vt cum actio editur, factum & res ante gesta exponatur tanquam caussa actionis: deinde subiiciatur petitio. nam nisi id fit, neque aduersarius speciem facti intelligere potest, neq; illud scire, vtrum cedere, an cõtendere debeat ignorãs, sitne aliqua idonea caussa, cur a se petatur, an nulla. quod tamen illi in omni actione edenda præstandum est. *l. edita. C. de eden. l. 1. D. eo.* Quod si verum est, non magis videtur hæc actio dici debuisse præscriptis verbis, quam ceteræ oẽs, in quib. eadem verba præscribuntur in editione actionis. Sed neminem mouebit hæc obiectio, qui intelliget actionem præscriptis verbis ideo ita dictam, quia solum verbis præscriptis rem gestam demonstraret, non etiam alio indicio actionis proprio ad se ostendendam vteretur: similiter vt obligationes ex consensu dicũtur, non quæ consensum in se habent (alioqui omnes obligationes ex contractibus descendentes dicerentur ex consensu nasci: cũ nullus sit contractus, qui nõ habeat in se consensum & conuentionem. *l. 1. §. 1. D. de pac.*) sed eæ, quæ solo consensu contrahuntur. *Inst. de obl. ex cons.* Ceteræ actiones certæ & vulgares verba quidem rei gestæ habent: sed in his non consistũt. est aliud quiddam earum proprium, quo vnaquæque designatur in iudicio, & vnde nomen habet itidem, vt in iis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, fieri videmus, quæ præter cõsensum aut rem, aut verba, aut literas desiderant. hæ enim non consensu contrahi dicuntur, sed aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis.

Quid † ergo in ceteris actionibus vulgaribus edendis, & proponendis requiritur, quod sit proprium vniuscuiusque? nomen certum actionis, quod in actione proponenda exprimi iure Romano oportuit, ac sine eo nulla fuit actio, vt pluribus ostendi *ad l. edita. de eden. patetque ex l. 1. & l. 2. hic. l. 1. ff. si mens. fal. mod. dix.* hinc illę veterum dubitationes in quibusdam caussis, de titulo & nomine certo actionis constituendo, cum alii alium contractum, aliamq; actionẽ esse dicerent. *l. 1 ff. de æstimat. act. l. naturalis. §. vlt. l. si tibi rem. §. Iulianus l. apud. §. 1. & similibus. hoc tit.* quæ omnis superuacua erat quæstio, si in illis speciem tantum facti aperte proponere sufficiebat, ac deinde petere, vt id, de quo conuenit, præstaretur. 5

Hæc † nomina cum in omnibus negotiis non occurrerent, cum, vt dixi, plura sint negotia, quam vocabula: necessitas eo rem deduxit, vt aut in his denegandа esset actio, aut præscriptis verbis esset agendũ. Nõ si nomen actionis nullum fuit, ideo actionem denegari oportuit, si eam dari eadem æquitas postulabat. quid enim nomen de re mutare debuit, aut potuit? bene Iustinianus *in l. 2. C. com. de leg.* dicit leges nõ verbis, sed rebus esse imponendas. Ita hoc relictum est, vt confugiendum fuerit ad actionem prescriptis verbis, vt dicitur *in l. 2. & 3. eo.* id est, ad eam formulam, qua sine vllo nomine actionis res gesta tantum demonstraretur verbis, ac deinde ex re ipsa petitio subiiceretur. Inde præscriptis verbis dicta, quæ ita rem gestam demonstrat his verbis, vt hac demonstratione pro iusto nomine vtatur. Quæ cum videamus tam præclare rebus conuenire, & præterea tam aperta descriptione doctissimi Imperatoris confirmari, neminem facile postea futurũ arbitror, qui his cognitis hic amplius hærendum esse arbitretur. 6

Nõ desunt tamen, vt dixi, etiam doctissimis hominibus quibusdam rationes, quibus hæc notatio improbetur. Nam si ex eo dicta est actio præscriptis verbis, quia verbis ante scriptis rem gestam demonstret, quæcumque actiones ita verbis rem gestam demonstrabunt sine vllo nomine actionis, eæ dicentur præscriptis verbis. necesse est enim, cui definitio nominis conuenit, eidem tribui & nomen definitum. itaque etiã in factũ actiones prætoriæ erunt præscriptis verbis. nam & hæ hac ipsa rei gestæ demonstratione, nõ vllo certo nomine actionis constant. At prætoriæ in factum actiones, quales sunt, quæ in subsidium legis Aquiliæ dantur, non sunt actiones præscriptis verbis: satis enim constat actionem præscriptis verbis ciuilẽ esse, de quo postea, non prætoriam: ex contractu, non etiam ex delicto. Non igitur ex ea rei gestæ demonstratione præscriptis verbis actio dicta est. Addũt etiã Græcorum auctoritatem. nam Harmenopulus *lib. 2.*

*Epito.cap.*3. si hanc actionem expressit, vt eam nominaret τῶν προγεγραμμένων συμφώνων:: vt sit actio præscriptarum conuentionum, seu ex præscriptis conuentionibus, siue ex præscripto conuentionum.

7 Et † quod ad superiorem rationem attinet, agnosco eam esse eiusmodi, quæ sit animaduertenda. nā & ego illis assentior, si vera notatio est, dicendum esse, quæcunque actiones demonstratione rei gestæ pro nomine, quo carent, vtantur, eas & præscriptis verbis esse actiones. Idem admitto consequens esse, etiam in factum actiones, quæ sunt prætoriæ, præscriptis verbis actiones dici posse, & re vera esse. Hoc illi falsum esse, & certis locis teneri putant. Ego doceo esse verissimū: omninoque ita se rem habere, vt quæcumque est pscriptis verbis actio, eadem sit & in factum: & contra quæcumq; est in factum, eadem sit & præscriptis verbis.

## IN FACTVM ACTIO QVID SIT, ET *quid ab actione præscriptis verbis differat.* CAP. XXII.

### SVMMARIA.

1 *In factum actio, quid sit.*

2 *In factum actionem eamdem esse & præscriptis verbis, & quæ præscriptis verbis, eamdem in factum.*

3 *In factum actionem & actionem præscriptis verbis significatione easdem, in vsu tamen iuris distingui: & quamobrem.*

4 *Harmenopuli sententia de actione præscriptis verbis explosa.*

5 *Præscriptis verbis actionem, quæ dicitur, non ideo esse ex verbis.*

6 *Præscriptis verbis actionem minime esse ex præscriptis conuentionibus, seu ex præscripto conuentionū, & minime inde dici.*

7 *Præscriptis verbis actionem dicamus, an ex præscriptis verbis, multum interesse, & in eo valde falsum esse Harmenopulum.*

1 QVid † est enim in factū, aut q̄ vis huic verbo subiecta est? Et dicitur in factum, non quæ datur aduersus factum (omnis enim actio in personam ex facto est aduersus personam, non aduersus factum. *l. actionum. in prin & §.1 ff. de oblig. & actio.* sed in factum valet, iuxta siue secundum id, quod factum est, concepta & composita actio. Quod ex eo intelligimus, quod plerisque in locis cum in factum actio, aut exceptio nominatur, additur concepta, aut composita *vt l. quod bonis. in prin. Dig ad leg. Falc. §.1. Inst. de exc.* Quomodo autem concipitur, aut componitur in id, quod factum est? verbis videlicet, quæ ante scripta id ipsum factum, id est rem gestam demonstrant.

2 Atqui † nihil aliud declarat pręscriptis verbis actio, quam eam ipsam actionem, quæ verbis in factum cōposita, aut concepta est. cum enim nomino actionem præscriptis verbis, oratio est, cui apparet aliquid deesse. subauditur autem constans, vel concepta, seu cōposita. In quid autem verba præscribūtur, seu præscripta concipiuntur? nempe in rem gestam, vt appellat Alexander *in d. l. cum mota. C. de tran.* id est, vt nunc loquimur, in factum. vnde & præscriptis verbis actio dicitur in factum. *leg. 1. & passim toto hoc titulo.* Et vt intelligatur in pręscriptis verbis ea verba significari, quę pscribuntur in factum: interdum plena oratione coniunguntur ista, diciturque actio præscriptis verbis in factum, *vt l. Titius. eo.* quod nihil aliud est, quam actio, constans verbis in factum pręscriptis. Ex quibus apparet, vtriusque verbi vim & potestatem esse eamdem: sicq; fieri omnino, quod dixi, vt omnis pręscriptis verbis sit etiam in factum, de quo conuenit. *l. 1. l. si vir. leg. si tibi rem. & passim. eo.* sed & idem vice versa valeat, vt q̄ in factum est composita, sit, & constet verbis in factū ante scriptis, id est præscriptis.

3 Sed † frustra laboramus, dicent: cum certo constet actiones in factum ab actionibus præscriptis verbis distingui. quippe actiones in factum etiam ex maleficiis nasci, easdemq; esse ptorias. *l. quia actionum. eod.* at præscriptis verbis actionē ex contractibus dari. *l. 3. eo.* & ciuilem esse, non prætoriam. *l. iurisgentium. in pr. D. de pact. leg. solent. hoc tit.* Nego hæc esse cōtraria. distinguuntur enim ista in vsu iuris nō vi & significatione verborum, sed docendi gratia. Notatio & vis horū verborum manifesta est, vt dicatur in factum, quæ est in factum, & rem gestam concepta: & præscriptis verbis, quæ constat his ipsis verbis in factum scriptis: vt latine scientibus sine dubio vtrumque cōpendio sermonis idem exprimat. Sed in vsu iuris distinguūtur ista, vt præscriptis verbis intelligatur ea, quæ est in factum ciuilis, ex contractibus incertis prodita: actio aūt in factum generis quidem nomen sit: vt plurimū autē dicatur ea specialiter, quæ ex maleficiis, aut quasi maleficiis, quorum nullæ sunt iure ciuili appellationes, competit. *dicta. leg. quia actionum. eo. l. actionum. in fin. D. de oblig. & actio.* An quia, inquam, istorum significatio diuersa est secus, quam diximus? minime: sed quia visum est ad docendum commodius singulas res singulis appellationibus distinguere: quia singulæ suis nominibus notatæ facilius discernantur. Hoc si a nobis nunc primum excogitatum esse ad defensionem, ceterum nouum & aliis in rebus inusitatū putamus, in iure ciuili peregrini & hospites sumus. Notum est enim, quid Iustinianus scribat de verbis iniusti, rupti, & irriti facti testamēti *in §. alio. Inst. quib. mod. test. inf.* Si vim & significationem verborum sequimur, quodcumque iniustum est, idem irritum est: & nullum irritum, nisi quod iniustum. idemque de rupto & irrito multo magis licet dicere. nam & quod rumpitur, irritum fit sine dubio: & quod fit irritum, quid aliud, quā rumpitur? quod & Iustinianus ibidem testatur. Atqui ista distingui scimus in vsu iuris, vt quædam non iure facta dicantur, quædam iure facta rumpi, vel irrita fieri. An quod illa si verborum vim spectamus, non idem significant? immo, inquit Iustinianus, quia commodius erat singulas caussas singulis appellationibus distingui. Et ne id in superioribus tantum verbis factum putemus, idem videmus euenire in re quam simillima. nimirum in verbis actionis & petitionis. quę cum idem significent, *vt indicat. l. exstat. in princi. Dig. quod met. cauſ.* tamen in iure docendi caussa ita distinguuntur, vt sint species diuersæ; sitque actio in personam, petitio in rem, & nihilominus rursum actio generis nomen obtineat. *l. actio. Dig. de obligat. & actio. l. pecuniæ. §. actionis. D. de verb. signif.* Quid actio ex stipulatu, nonne si verbi significatio attenditur, omnem actionem continet, quæ est ex stipulatione, etiam certa? nō est dubium. nam stipulatus valet idem, quod stipulatio, neque aliud declarat hoc verbum *in l. pecuniæ. in princip. Digest. de vsur. l. 3. in fin. C. de inutil. stipulation.* vnde actio ex stipulatu dicta etiam tunc, cum certa est stipulatio: vt sit actio ex stipulatione. *leg. prædia. Dig. de action.*

*action. em. l. si pacto. C. de pact.* Atq usus iuris obtinuit, vt actiones ex stipulatione sic distinguantur, vt ex certa sit condictio certi, ex incerta sit ea, quæ pprie appellatur ex stipulatu, & quidē ita, vt ea negetur ex stipulatione certa competere *in l. si quis certum. D. si cert. pet.* Quare nō est, φ ista obiectione deterreamur, quominus eā notationē, quam posui, quæ se ipsa ostendit, & certa auctoritate Imperatoris Alexādri nititur, retineamus. Sed † opponitur nobis auctoritas Harmenopuli. Grauis scil. auctor Harmenopulus, & dign⁹, cuius audiendi caussa vadimonium deseratur. credo, quia Græcus est, & aliena lingua, non Latina vtitur. At vide, quam a plerisque, qui istum nobis obtrudunt, dissentiam. Ego si quid verum me habere credam, continuo mihi suspectum fiat, si idem ab Harmenopulo positum videam. de quo homine non necesse habeo dicere, quod sentio, & quod homines eruditi, cū parcissime loqui volunt, de eo dicere solent, hominē peregrinum fuisse, in iure Romano non satis exercitatum, sæpe etiam rudem videri. Tātum dicam, quod huius loci proprium est, vel hunc vnum locum, & interpretationem Harmenopuli de actione præscriptis verbis abunde sufficere, vt probetur isti homini non tam peritiam iuris Romani, quam iudicium, & linguæ Romanæ etiam mediocrem cognitionem defuisse. Cum ille præscriptis verbis interpretatur τῶν προγεγραμμένων συμφώνων, nēpe verba interpretatur conuentiones, & præscriptis verbis idem valere vult, quod ex præscriptis verbis, seu ex pscripto conuentionum. idem enim declarat actio locati & conducti, quod actio ex locato & conducto: actio emti & venditi, quod ex emto & vendito. Quam in paucis verbis multa peccata.

5 Principio † quomodo hæc actio ex verbis? nullo vero modo ex verbis nasci dici pōt. nam primum nō semper cum trado tibi aliquid, nominatim conuenit verbis, vt vicissim aliquid facias: sed ex eo, quod certo modo datur, tacite intelligitur, quid agatur: nec tamen minus hinc nascitur præscriptis verbis actio de eo, quod tacite actum est, quam si nominatim conuenisset vt, si dem tibi seruum quæstionis habendæ caussa, cum furti argueretur, neque nominatim conuenerit, vt, nisi de eo compertū esset, redderes: si gratuitā habitationē dedi, si dedi annulum inspiciēdum, neq; conuenit, vt redderes. In omnibus quia id agitur, vt quod alicuius rei gratia tibi trado, ea re finita reddas; actio præscriptis verbis competit, vt reddas. *l. si dominus. l. si gratuitā. in prin. l. duo. hoc tit.* Et quomodo tandem ex verbis actio dici potest, vbi de re præstanda nulla omnino verba sunt? Demus nominatim conuenisse, vt dares, aut faceres. num ideo obligatio, aut actio ex verbis? Ex conuentione, & pacto nasci dici potest: ex verbis non potest. Neque enim conuētio est, verba: sed is consensus, qui verbis declaratur. neque cum aliquid conuenit in emtione & venditione, locatione & conductione, & similibus contractibus, qui consensū perficiuntur, etsi verbis id cauetur, ideo ex verbis obligatio seu actio nasci dicitur, sed ex consensu. Tunc solum verborum, seu ex verbis obligatio esse dicitur, cum præter consensum ad obligationem contrahendam verbis, id est, interrogatione & respōsione est opus. quæ cum in his contractibus, cum do vt des, do vt facias, & ceteris similibus nō desiderentur, perspicuum est, neq; hic actionē esse ex verbis, neque ita dici præscriptis verbis, quasi verba hic significent τὰς συμφωνὰς, seu conuentiones.

Iam † vero quid est hoc, actionem præscriptis verbis dici, quia sit non tantum ex verbis, sed etiā ex verbis præscriptis, seu ex præscriptis conuentionibus, aut præscripto conuentionum? Si hoc intelligit, cum do tibi, vt des, aut facias, cum facio, vt des, aut facias, nisi conuentio pręscripta erit, non competere præscriptis verbis actionem, toto iure errat. Ex contractibus incertis est hæc actio. nihil porro ad obligationem scriptura facit, si alio modo contractus probari potest. *l. 4. D. de fid. inst. l. instrumentis. l. cum instrumentis. Cod. eo.* Sin hoc putat, competere hanc actionem etiam nulla scriptura interueniente, quis nō videt eū nō attendere, quid dicat, si hoc dicit nihilominus actionem ex ante scripta conuentione nuncupare, vbi scriptā conuentionem nullam esse fateatur? quod plane idē est, ac si quis actionē ex verbis esse dicat, vbi res sine verbis gesta est, aut literarū obligationem, vbi nullas literas esse concedat. At ego plus dico, etsi conuentio perscripta sit, & ex ea agatur: non ideo tamen dicendā esse hanc actionem ex præscriptis cōuentionibus, seu præscripto conuentionis. Nascitur obligatio & actio ex conuentione, seu contractu, qui instrumento continetur: non ex scriptura, quæ, vt dixi, ad fidem rei gestæ tantum, ad obligationem nihil pertinet. *d. l. 4. ff. de fid. inst.* Emtio mihi tecum contracta est, & instrumēto perscripta. dicetur tamē actio ex emto esse ex emtione, non ex præscripto emtionis, aut conuentionis. similiter etsi a te stipulatus sim fundum, & res instrumentis gesta sit: dicatur tamen ex verbis, seu verborū obligatio aduersus te nasci, non etiam ex scriptura seu præscripto verborum aut stipulationis. Sciamus igitur ex scriptura conuentionis præcedente, siue ex pscripto conuentionis hanc actionem præscriptis verbis non esse appellatam, siue scriptura re vera præcesserit, siue nulla. quod quidem postremum nullam dubitationem habere potest. Atque hæc quidem illum, si quid in iure intelligeret, satis monere potuerant, nō sic præscripta verba in hac actione accipienda esse quasi ea, quibus conuentio ab initio composita est, significarentur.

Sed † apparet, quid eum deceperit. Ille putauit actionem præscriptis verbis idem esse, quod actionē ex præscriptis verbis. nam, vt dixi, τῶν προγεγραμμένων συμφώνων est interpretatus: quod valet præscriptarum conuentionum, seu ex pręscriptis conuentionibus. In quo iam non iuris ignorantia, sed ipsius etiam Latini sermonis inscitia turpiter labitur. multum enim inter ista interest. Actionem ex præscriptis verbis cū dico, ea adiectione ex præscriptis verbis, caussam & originē significo, vnde hęc actio nascitur, nēpe contractū & conuentionē. Actionē præscriptis verbis cum dico, per verba præscripta illa intelligo, quibus in edenda actione res gesta exponitur, & demonstratur, *vt est in d. l. cum mota. C. de transf.* Inter quæ tantū interest, quantū inter caussam & effectū, inter cōtractū & actionē, siue instrumentum id, quo ad instituendā actionē vtimur. En cur Harmenopuli auctoritati tantum tribui debeat, vt eam in notatione, & significatione huius verbi etiam manifestæ sententiæ optimi auctoris Alexandri opponere oporteat. Nos vero cauebimus, si sapimus, ne tam bono interpreti quidquam in posterum facile credamus. Manebit igitur, φ initio posueram, recte Alexandrū hanc actionē ita expressisse, vt diceret eā esse, quæ pręscriptis verbis rem gestā demonstret, & omnino inde esse nominatam. Illud cauendum, etsi inde non diceretur, ne tamē

ideo dictam putemus, quia fit ex præscriptis verbis, id est, ex præscriptis conuentionibus.

## QVÆ, ET QVALIA SINT EA, QVÆ *tanquam propria actioni præscriptis verbis passim tribui legimus.* CAP. XXIII.

SVMMARIA.

1 *Præscriptis verbis actionis propria quæ.*
2 *Præscriptis verbis actio cur dicta in factum.*
3 *Præscriptis verbis actio cur ciuilis dicta.*
4 *Præscriptis verbis actio cur vtilis. & num. 5. 6.*
5 *Directa actio & vtilis quid, & vnde dicta.*
6 *Certæ & solemnes actiones, itemque vulgares & vsitatæ, quæ, & cur ita dictæ.*
7 *Negotia cum do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias, si in speciem certi alicuius contractus non cadunt, certis tamen esse similia, & quibus.*
8 *Præscriptis verbis actio incerta, & cur ita dicta.*
*Proprius contractus, specialis & distinctus ab aliis, in l. rogasti. de præs. verb. ibid.*
9 *Præscriptis verbis actio incerti dicta, & cur.*
10 *Præscriptis verbis actio in id quod interest, etiam tum cum do vt des, aut facio vt des: & cur hoc præter regulam iuris.*
11 *Id quod interest, an res quæ dari debet, petatur, quid intersit.*

DEinceps quæ huic actioni tribuātur, siue quæ sint huius actionis propria, videamus.

1 Et † præter ea, quæ definitione complexi sumus, hæc omnia illi tribui animaduerto. nā & in factū dicitur, & ciuilis, & vtilis, & incerta, & frequentius incerti, & quod præcipue animaduertendum est, eiusmodi est, quę competat in id, quod nostra interest etiā tunc, cum conuenit, vt mihi dares. quæ omnia non vsque adeo expositam rationem habent. eo nobis breuiter explicanda sunt.

2 In † factum dici constat *l. 1. l. si vir. l. si tibi rem. in prin. §. vlt. l. duo. l. Titius. hoc tit.* nempe ob eā caussam, quam supra pluribus exposui, quia verbis est præscriptis seu compositis in factum: quasi dicas in rē gestā, & id quod factum est.

3 Ciuilem † esse constat, non prætoriam. *l. iurisgentium. in princi. Digest. de pact. leg. 1. leg. insulam. leg. solent. hoc titul. leg. rebus. Codic. de rer. perm.* Quod significat iure ciuili constitutam esse, non edicto prætoris. *§. 1. Institut. de obligat. §. sed istæ. Institutio. de actio.* Est autem ciuilis, quia ex contractibus, de quibus iure ciuili actio eo modo constituta est, quo iam dicemus.

4 Ita † ciuilis est, vt sit tamen vtilis, non directa. sic enim describitur ab Alexandro *in d. l. cum mota. C. de trans.* vtilis actio, *inquit*, quę præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. Vtilem accipimus, non efficacem, & eam, quæ opponatur inutili. nam si danda est, non debuit adiici vtilis: cum si iure detur, non possit, quin sit vtilis, vbi is, cui datur, ad agendū admittitur: sed vtilē, vt in vsu iuris accipere solemus, eā, quę hoc verbo distinguitur a directa. *l. antep. ff. de neg. gest. §. vlt. Inst. de leg. Aquil.*

5 Est † autem directa, quę verbis legis in aliquē datur, quasi quę verbis legis dirigatur, seu feratur recta in aliquem. vtilis, quæ sine verbis legis datur ex sententia, vt declaratur exemplis ad legem Aquiliam accōmodatis. *in dicto. §. vltimo. de leg. Aquil.* vtilis dicta, quasi quæ cessantibus verbis legis detur propter eamdem vtilitatē, vt significatur *in leg. quia actionū. hoc tit.* Ita in summa hoc volumus, pręscriptis verbis actionē ita iure ciuili dari, vt sit tamen non verbis legum constituta, sed ex sententia per interpretationem propter similitudinem negotii ad hoc genus negotiorum incertorū traducta. Idq; ita esse sic intelligere possum⁹. Nam primo ita cōpositæ sunt actiones, vt eas Romani certas, solemnesq; esse vellent. *l. 2. §. deinde ex his legib. ff. de reg. iur.*

6 Certas † & solemnes sic accipimus, quæ & formulis certis constarent, quæ postea sublatæ sunt tit. *C. de form. & impetrat. actio. subl.* & certo ac constituto nomine notarentur, quo vterentur vulgo in actionibus instituendis. inde vulgaria & vsitata actionū nomina appellata. inde q̄ vulgaria & vsitata nomina sunt, eadē & iure ꝓdita dicūtur. *l. 1. 2. & 3. hoc. ti.* Eiusmodi nomina actionū nulla esse potuerūt in iis negotiis, quæ prius ipsa certo nomine non appellarentur: cum vt iam aliquoties dixi, actio ex genere negotii & contractus nominetur. Ita eueniebat, vt ex his negotiis quemadmodum nullæ erant appellationes proditæ, sic nec essent actiones. Et hæc quidem ita existimari necesse erat, si verba legum spectarētur. Sed eum, cui dedi, aut feci aliquid ea lege, vt mihi vicissim quid daret, aut faceret, non teneri mihi iniquum est: cum duæ sint hic, cur mihi obligetur, caussæ, & quod pactus est se daturum, facturum, & quod prius dedi quid, aut feci ea lege, vt daret faceret. Quamobrem hic quoque actionem esse placuit, vt nō verba, sed res spectaretur. Quid ergo? potuit alicui sine certo iure actio esse constituta? minime: cum hoc sit in diuisione obligationū omnem obligationem aut ciuilem esse, aut prætoriā *§. 1. Institutio. de obligat.* eademque actionum ratio est. *§ sed istæ. Instit. de action. leg. actionum. §. vltim. Digest. de oblig & act.* Sed quæ hic ex verbis legum non est actio, ea recte inducitur ex legum sententia, cognitis videlicet iis caussis, in quibus actio certa nominatim iure ciuili constituta est, & eorū negotiorum, de quibus agitur, similitudine animaduersa, iuxta *l. non possunt. & l. seq. ff. de legi.* Constabat actiones certas & vulgares ex emtione & venditione, locatione & conductione, mandato, societate, commodato constitutas esse. Proponātur igitur nobis aliqua negotia, quæ istis nominibus appellari non possint: verumtamen & genere facti, & ratione sint similia. sententia legis postulabit, vt & de his actionem demus: quæ verbis nō inducta, directa quidem non erit, at inducta ex sentētia dicetur vtilis.

Talia † sunt autem hæc negotia omnia, cum do, vt des: do, vt facias: facio, vt des: facio, vt facias, vbi ea in speciem aliquam certi contractus non cadant. Cū do, vt des. ꝑmutatio est. ꝑmutatio nō est emtio & vēditio: sed est emtioni plane similis. *leg. 1. Dig. de contra. emt. leg. Digestis. de rer. permu. leg. sciendum. §. deinde. Dig. de Aedil. ed.* Cum do, vt facias, aut facio, vt des: siue pecunia non interuenit, siue interuenit quidem, sed nō est id factum, quod locari soleat, non est locatio & cōductio: sed tamen negotium geritur simile locationi & conductioni: quia vnus dat, alter operam præbet. quod & ipsum fit in omni locatione & conductione. de quo quia satis supra disseruimus, nō necesse est hoc loco eadem inculcari. Cum facio, vt facias, negotium mandato simile est, vt Paulus testatur *in dicta leg. naturalis. §. vlt.* interdum & commodato, vt in specie *leg. si gratuitā. in pr. & §. si cum vnum. eo.* Hinc est, cur ex his cōtractibus sit actio, & cur sit vtilis. Et hoc est, ꝙ Paulus 7

lus in d.l.naturalis.§.vlt.in ea specie,cū facio vt facias, cum actionem præscriptis verbis esse dixisset, subiecit,quod esset tāquam rationis vice: quæ actio, inquit, similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi & emtioni. quia similis, ex eo intelligi vult recte in his casibus esse introductam, & simul vtilem esse significat, non directam, quod quærimus:quippe ex sententia esse, non ex verbis legis:alioqui non superioribus similis diceretur, sed cū his eadem.Sed cum constet hanc actionem ex verbis iuris ciuilis non esse, quomodo dicitur ciuilis, siue ex iure ciuili? quia verbum ex legibus intelligitur, non solum,quod est ex verbis legis,sed etiam quod ex sententia.*l.nominis.§.vlt.ff.de verb.sign.*

8 Dicitur † & hæc actio incerta.*l.rebus. C.de rer. permu.l.3.C.de inut.stip.* quia nullo certo ex contractu, & q̄ proprio nomine appelletur:sed modo ex hoc, modo illo datur:vt quemadmodum incertus est contractus,ex quo actio competit,sic & ipsa incerta sit,quę inde datur actio. Nam quod *in l.rogasti.hoc tit.* dicitur hæc actio interdum competere ex negotio proprii contractus,proprius contractus illis dicitur,non certus,& certo nomine constans, sed specialis & distinctus ab emtione,de qua illic dubitari poterat,an contraheretur.

9 Frequentius † apud Iurisconsultos dicitur incerti. tot enim locis in Pandectis Florentinis, ita dici legimus.*l.iurisgentium.in princ ff.de pact. l.insulam. l.si dominus.in fin.l.ob eam.hoc tit.l.duo.§.vlti.ff.de prec.* nempe quia persequitur hæc actio id, quod interest, vt iā indicabimus. Id autem quod interest, incertum. *l.si pœnam.Dig.de verb.oblig.§.vltim.Instit.eod.* Itaque ita dicitur actio præscriptis verbis actio incerti, vt illa, q̄ aduersus eū comparata est, qui cautioni iudicio sistēdi caussa non paruit:quam ideo incerti actionē nominari constat,quia fit in id, quod actoris interest. *l.vlt. ff.si quis in ius voc.non ierit.*

10 Hoc † quidem cōstat actionem præscriptis verbis ex omnibus quatuor generibus contractuum propositis esse in id,quod mea interest. De duobus illis non dubitatur,cum do vt facias, vel facio, vt facias. *l.si tibi decem. hoc tit.* quandoquidem cum in his dicimus actionem esse in id, quod interest,regulam iuris sequimur in omnibus aliis faciendi obligationibus constitutam. est enim in his petitio & condemnatio in id, quod interest. *l stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus.ff.de verb.oblig.l.1.in prin.Dig. de act.emt.l.si quis ab alio.§.vlt.Dig.de re iud* In reliquis duobus generibus, id est,cum do vt des,aut facio vt des,quia id agitur,vt quid nobis detur, conueniens esse videbatur regulæ iuris,quæ seruatur in dandi obligationibus, vt esset actio de eo,quod dari debuit,nō autem in id, quod interest.Cum.n.dicitur dandi obligatio,quæ ex stipulatione est,certa esse *l.vbi autem.§.vlt.ff. de verb.oblig.* vi ipsa hoc dicitur,ex eo genere in id,quod interest,actionem non esse. alioqui & ipsæ obligationes dandi essent incertæ: cum id quod interest,sit, vt iam dixi, incertum. Nunc autem etiam in his generib. posterioribus hoc obseruatur,vt sit præscriptis verbis actio in id,quod mea interest illud, de quo conuenit,accipere.*l.naturalis.in prin.eod.* in quo non dubium est, quin a regula iuris, & ceterarum dandi obligationū recessum sit in hac actione. Cur sit recessum, cum par videatur ratio,nō immerito dubitatur. Et *in l.3. C. de inutil.stip.* scriptum est,hunc esse effectum incertæ actionis,vt ita condemnatio concludatur.Ex quo colligimus,sic ab initio in his contractibus datam esse ex pacto actionem, vt tamen omnib. rebus placeret eā incertam esse,id est,non solum nomine & titulo actionis incertam,sed etiam rei petitione: denique non sic esse datam, vt præcise actor posset petere rem promissam sibi dari,sed solum,quod sua interest.

Vtrum † res in iudicium deducatur, an id quod actoris interest, hæc istarum rerū differentia est,quod si res petatur,vna cum re etiam fructus, & omnes accessiones post litem contestatam veniant. *l.cum fundus.in prin. ff.si cert. pet.* si id solum, quod interest, habetur tantum ratio æstimationis eius, quæ fuit tempore litis contestatæ,neque actio postea locum habet ad incrementum,aut deminutionem.*arg.l.vbi.ff.de eden.* de quo scripsimus abunde *ad l.vinum ff.si cert pet. & l.si quis ab alio.ff.de re iud.* 11

## ACTIONEM IN FACTVM GENERIS *verbum esse:eius species duas, ciuilem in factum, & prætoriam:atque hanc rursum duplicem,& quænam hæ species.* CAP. XXIII.

DE actione in factū præter ea, quæ supra dixi, hæc habeo, quæ moneam:cum actio præscriptis verbis,quæ ciuilis est,sit in factum,vt supra diximus:præterea, quæ prætoriæ incertæ sunt ex maleficiis, aut quasi maleficiis,dicantur in factum,*l.quia actionum. hoc titul.* hinc satis intelligi actionem in factum dici omnem actionem incertam. proinde generis nomen esse, cuius duæ sint species: ciuilis in factum, quæ proprio vocabulo dicatur præscriptis verbis: tum in factum prætoria, quæ proprie & absolute dicatur in factum. Sic autem proprie dici actionem in factum constat *ex d.l.quia actionum. & l. actionum.§. pen.ff.de obl.& act.* Qua eadem ex re facile intellectu est, hoc verbum & generaliter accipi,& specialiter: prorsusque in eo idem euenire, quod in verbo adoptionis,actionis,cognationis: de quibus sui loci consulendi sunt,*l.1.& l.2.D.de adopt. l.pecuniæ.§. actionis. D.de verb.sign.l.nō facile.§.cognationis.l.Iurisconsultus. §.1.D.de grad.* Illud adiiciendum est,actionis in factū, quam proprie ita appellari diximus, duas esse species. quædam enim adiuuandi iuris ciuilis gratia comparatæ a Prætore nominatim eius edicto propositæ sunt: qualis est, quæ patrono datur aduersus libertū,a quo contra edictum prætoris in ius vocatus est:de qua *in d.l.actionum.§.pen.de oblig.& act.* aliæ iuris ciuilis supplendi caussa receptæ sunt ex legum sententia: recepta,inquam, ex iurisdictione Prætoris magis, quam edicto propositæ: quales sunt actiones in factum accommodatæ legi Aquiliæ, quas supplet prætor in eo, quod legi deest,*vt est in d.l.quia actionum. hoc tit.* supplet autem ita,vt cum postulantur,eas secundum formam iurisdictionis det prætor, vt ibidem scriptū est: non etiam,vt nominatim edicto proposito eas polliceatur.De hoc genere scripta est tota exemplis ad eā legem accommodatis *l.qui seruandarum.14. eo.* cuius initium, quia nonnihil obscuritatis habere videtur, breuiter exponam.

## AD L. QVI SERVANDARVM. XIIII. *in princ. Dig. de præs. ver.*

QVi seruandarum mercium suarū caussa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione, inqt Vlpianus. Falsum est,dicet aliquis. tenetur enim magistro nauis actione ex conducto,vt detrimentū ꝓportione sarciat. *l. 2. D.de leg.Rhod.* Sed q̄ hic dicitur

nulla actione eum teneri, ſic accipiendum eſt, vt nulla teneatur ob id factum, ſiue ob id, quod ipſe merces in mare proiecit. quod enim tenetur, non propter iactum ſuum tenetur: ſed quia propter eum iactũ merces ſuas ſaluas habuit, vt declaratur *in d. l. 2. in pri. illic, æquiſſimum enim, de leg. Rhod.* Ex quibus vtrum dicamus, multum intereſt. Nam ſi ob iactas a ſe merces teneretur, in ſolidum teneretur ob damnum datum, & teneretur domino mercium, cui eo facto nocuiſſet. Nunc autem tenetur tantum magiſtro nauis, & tenetur pro portione tantum commodi, quod ex eo iactu conſecutus eſt. *l. amiſſæ. d. l. 2. in pr. de leg. Rhod.* Vnde & ceteri quoq; vectores pro portione conferre debent: denique dicuntur res ipſæ, quæ ſaluæ factæ ſunt, id tributum debere. ex quo euenit, vt etiam dominus nauis pro portione obligetur. *d. l. 2. §. cum in eadem. de leg. Rhod.* Itaque magis res ipſæ ſeruatæ teneri dicendæ ſunt, quam perſonæ. Ait Vlpianus, ſed ſi ſine cauſſa id feciſſet, in factum. Sine cauſſa merces proiiciuntur in mare, cum nulla neceſſitate iactus faciendi nauis premitur, vt quamuis manentib. in naue mercibus, nullum tamen periculum immineat a tempeſtate. Qui ita merces alienas in mare proiicit, non tenetur lege Aquilia: quia res iactæ perdurant nihilominus, neque rumpuntur: ſed quia his quamuis integris manentibus, dominus tamen earum damnũ facit: ideo qui proiecit tenetur actione ſubſidiaria in factum ex legis ſententia. *§. vlt. Inſt. de leg. Aquil. d. leg. quia actionum, hoc titu.* Ait, ſi dolo, de dolo tenetur. Imo in factum, dixerit aliquis. Nam & qui ſeruũ alienũ ſpoliauit, fecitque, vt is frigore moreretur, etſi dolo eum feciſſe perſpicuum eſt, tamen in factum actione tenetur, *vt ibidem in §. ſeq. Vlpianus ſubiicit.* Et quod ad hanc ſpeciem, de qua agimus, plane pertinet, idem reſpondet de eo, qui damni dandi cauſſa, id eſt, data opera calicem argenteũ in mare proiecit. deniq; huc referri debet, quod ſupra diſſeruimus, ſi remoto dolo quis ob aliquod factum ſuum teneatur aliqua actione, probandum eſſe eum, & in eodem facto quamuis dolo eius interueniente eadem actione teneri. Et ne diſcedamus a lege Aquilia, is hac lege tenetur, q̃ culpa quid rupit. Si dolo rupit, non minus eadem lege agitur. *l. 5. §. iniuriam. D. ad leg. Aquil.* Quapropter & de omni alio damno, deque actione in factum ad eam legem accommodata idem ſtatuendum eſt. Quid ergo eſt? Is hoc loco intelligendus eſt dolo malo merces in mare proiicere, non qui ſcit nauem non laborare, & nullum iactum eſſe neceſſarium (nam & hic pariter in factum actione tenetur, vt pariter teneretur lege Aquilia, qui quid quamuis dolo rupiſſet) ſed is, qui laborante quidem naue proiecit merces in mare: ſed ita, vt prius eius dolo fieret, quo nauis laboraret, id eſt, magis oneraretur, quam par eſſet, vt hinc cauſſa exſiſteret exonerandæ nauis: qua occaſione deinde vſus merces proiecit. Hoc caſu in factum actione ex ſententia legis Aquiliæ non tenetur. nam ei tũc ſolum locus eſt, cum damnum datũ eſt iniuria, id eſt, culpa. *l. 3. l. 5. §. iniuriam. l. ſi putator. l. in lege. ff. ad leg. Aquil.* ſine culpa autem iactus fit, cum ob tempeſtatem nauis periclitatur. Supereſt igitur, vt teneatur de dolo, qui hunc dolum & machinationem adhibuit, vt damno dato lege Aquilia teneri non poſſet, neque ex verbis, neque ex ſententia. Summa hæc eſt: *Qui alienas merces in mare proiecit, ſi quidem nulla neceſſitate leuandæ nauis cogente, in factum totius damni nomine domino mercium tenetur: ſin neceſſitate vrgente, interdũ tenetur ob id factum, interdum non tenetur. Si ei neceſſitati cauſſam dolo malo dedit, tenetur: ſed de dolo actione, non in factum. ſi nihil in ea re dolo malo fecit, ſed vnum habuit propoſitum mercium ſuarum ſeruandarum, nulla tenetur actione ob id factum, etſi ob lucrum, quod inde conſecutus eſt, pro portione teneatur magiſtro nauis, vt amiſſarum mercium detrimentum ſarciatur.*

FINIS.

HUG. DONELL.
Coment.
in Pandect.


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm